

Acórdão: 23.727/21/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001422975-08
Impugnação: 40.010149711-51
Impugnante: Fab Boulevard Comercial Ltda
IE: 002241135.00-15
Proc. S. Passivo: Ana Paula Miranda Silva Siqueira/Outro(s)
Origem: DFT/Juiz de Fora - 2

EMENTA

ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - SIMPLES NACIONAL. Constatada a falta de recolhimento de ICMS devido a título de antecipação de imposto, correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, relativo à aquisição de mercadorias por contribuinte optante pelo regime do Simples Nacional, situado em Minas Gerais, em desacordo com o previsto no § 14 do art. 42 do RICMS/02. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Corretas as exigências remanescentes de ICMS Antecipação e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a acusação fiscal de falta de recolhimento, por contribuinte mineiro optante pelo regime de tributação do Simples Nacional, do ICMS devido a título de antecipação tributária, decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas operações de aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação para comercialização e/ou industrialização, no período de setembro de 2014, março, maio, junho, julho e agosto de 2015 e janeiro de 2016 a fevereiro de 2019.

Consoante explicitado no relatório do Auto de Infração, referida exigência fundamenta-se na disposição contida no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2 da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 42, § 14 do RICMS/02.

Exige-se o ICMS devido e a correspondente Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 33/56.

A Fiscalização, acatando parcialmente a impugnação apresentada, reformula o crédito tributário, considerando que já havia um recolhimento parcial relativo à competência de setembro de 2014 (DAE de fls. 67) efetuado pela Contribuinte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, a Fiscalização emite o Termo de Reformulação de lançamento de fls. 75 e anexa aos autos os seguintes documentos:

- extrato da SICAF, fls. 76;
- Anexo 4 – Demonstrativo do Crédito Tributário, fls. 77/78;
- Auto de Infração, Demonstrativo do Crédito Tributário, fls. 79/80.

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às fls. 86/87, ratificando sua impugnação.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 89/101, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a falta de recolhimento, por contribuinte mineiro optante pelo regime de tributação do Simples Nacional, do ICMS devido a título de antecipação tributária, decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas operações de aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação para comercialização e/ou industrialização, no período de setembro de 2014, março, maio, junho, julho e agosto de 2015 e janeiro de 2016 a fevereiro de 2019.

Exige-se, por consequência, o ICMS devido e a Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Consoante explicitado no relatório do Auto de Infração, referida exigência fundamenta-se na disposição contida no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2 da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 42, § 14 do RICMS/02.

A Fiscalização realizou cruzamento de dados e, tendo em vista os indícios de não recolhimento, pela Autuada, da antecipação de ICMS, emitiu o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000.031.789.91, anexado às fls. 02, para exame do cumprimento das obrigações tributárias.

A Contribuinte foi intimada a apresentar, além de outros documentos, os comprovantes dos recolhimentos efetuados referentes às notas fiscais, relacionadas na planilha anexa. Não tendo sido apresentada a respectiva documentação, foi emitido o Auto de Infração combatido.

A exigência da antecipação do imposto fundamenta-se no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2 e § 5º da Lei Complementar nº 123/06, a seguir reproduzido:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

(...)

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;

(...)

§ 5º A diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que tratam as alíneas g e h do inciso XIII do § 1º deste artigo será calculada tomando-se por base as alíquotas aplicáveis às pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional.

(Grifou-se).

Em correspondência, as obrigações tributárias das microempresas e empresas de pequeno porte estão previstas no art. 5º, inciso XII, alínea “g” da Resolução CGSN nº 140/18.

A Impugnante argumenta pela inconstitucionalidade da cobrança, afirmando que a Emenda Constitucional nº 87, de 16 de abril de 2015, alterou significativamente a sistemática de incidência do ICMS sobre vendas interestaduais destinadas a consumidor final, conferindo nova redação ao art. 155, § 2º, incisos VII e VIII da Constituição da República, estabelecendo regras transitórias quanto à partilha de receitas entre os Estados.

Expõe que a autorização constitucional foi no sentido de permitir a cobrança do diferencial de alíquota nas operações em que o destinatário for consumidor final, contribuinte ou não do imposto.

Assim, reclama que não deverá restar obrigado ao recolhimento da diferença de alíquota o adquirente de mercadoria localizado em outro Estado que realize a compra para posterior comercialização ou industrialização, por não ser caracterizado como destinatário final desses bens, não se enquadrando nos limites impostos pela Emenda Constitucional nº 87/15.

Ressalta que a própria Constituição da República de 1988 – CR/88 conferiu tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 146, inciso III, alínea “d”, art. 170, inciso IX e art. 179, todos da CR/88.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Reitera a que tal exigência é inconstitucional, pois foi autorizada pela Lei Complementar (LC) nº 123/06, ampliando a previsão constitucional quanto às hipóteses de cobrança do DIFAL e que, ainda que a LC nº 123/06 e as normas estaduais tratem a exação como mera antecipação, análise pormenorizada demonstra que não se trata de antecipação.

Contudo, vale destacar que o objetivo dessa cobrança é equiparar a carga tributária incidente nas operações internas e interestaduais. Ou seja, o intuito, sob o ponto de vista tributário, é equalizar a tributação relativa à aquisição interestadual, que normalmente é feita com a incidência de alíquotas menores, com a tributação incidente nas operações internas, normalmente efetuadas mediante aplicação de alíquotas superiores às interestaduais.

Em outras palavras, não fosse a exigência do imposto equivalente à diferença entre as alíquotas, haveria vantagem indevida para as empresas optantes pelo regime de tributação do Simples Nacional que adquirem mercadorias de outros estados em relação àquelas que realizam suas compras internamente.

Isso porque o ICMS que incide sobre a operação interestadual, sob as alíquotas de 12% (doze por cento), 7% (sete por cento) ou 4% (quatro por cento), esta última para os casos de produtos importados, é menor do que aquele incidente no âmbito interno do estado, em regra, afeto à alíquota de 18% (dezoito por cento).

Nesse cenário, favorecido ainda pelo fato das empresas optantes pelo regime de tributação do Simples Nacional não aproveitarem créditos, essas empresas passariam a adquirir a totalidade das mercadorias revendidas internamente de outras unidades da Federação, pois teriam menor custo.

Em sintonia com a legislação complementar, o estado de Minas Gerais estabeleceu a cobrança do “ICMS/Antecipação” às empresas optantes pelo regime diferenciado do Simples Nacional, no art. 6º, § 5º alínea “f” da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 6º Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

§ 5º O Estado poderá exigir o pagamento antecipado do imposto, com a fixação, se for o caso, do valor da operação ou da prestação subsequente, a ser efetuada pelo próprio contribuinte, na hipótese de:

(...)

f) aquisição, por microempresa ou empresa de pequeno porte, de mercadoria destinada a comercialização, industrialização, beneficiamento ou acondicionamento não industriais complementares à produção primária, ou à utilização na prestação de serviço, relativamente à diferença entre a alíquota de aquisição e a alíquota interna.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Efeitos de 28/12/2007 a 28/12/2017 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 20, ambos da Lei nº 17.247, de 27/12/2007:

"f) aquisição, por microempresa ou empresa de pequeno porte, de mercadoria destinada a comercialização ou industrialização, relativamente à diferença entre a alíquota de aquisição e a alíquota interna."

Normatizando a previsão legal mineira do imposto, o RICMS/02 regulamenta a matéria nos termos dos arts. 42, § 14 e 43, §§ 8º e 9º, *in verbis*:

Art. 42 As alíquotas do imposto são:

(...)

§ 14. O contribuinte enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte que adquirir em operação interestadual mercadoria para industrialização, beneficiamento ou acondicionamento não industriais complementares à produção primária, comercialização ou utilização na prestação de serviço, fica obrigado a recolher, a título de antecipação do imposto, o valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, observado o disposto no inciso I do § 8º e no § 9º do art. 43 deste regulamento.

Efeitos de 17/08/2017 a 21/05/2018 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 47.241, de 16/08/2017:

"§ 14. O contribuinte enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte que adquirir em operação interestadual mercadoria para industrialização, comercialização ou utilização na prestação de serviço, fica obrigado a recolher, a título de antecipação do imposto, o valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, observado o disposto no inciso I do § 8º e no § 9º do art. 43 deste Regulamento."

Efeitos de 1º/01/2016 a 16/08/2017 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art.12, I, ambos do Dec. nº 47.013, de 16/06/2016:

"§ 14. O contribuinte enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte que receber em operação interestadual mercadoria para industrialização, comercialização ou utilização na prestação de serviço fica obrigado a recolher, a título de antecipação do imposto, o valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, observado o disposto no inciso I do § 8º e no § 9º do art. 43 deste Regulamento."

Efeitos de 1º/01/2008 31/12/2015 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 14, I, ambos do Dec. nº 44.650, de 07/11/2007:

"§ 14. Ficam a microempresa e a empresa de pequeno porte obrigadas a recolher, a título de antecipação do imposto, o valor resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual e devido na entrada de mercadoria destinada a industrialização ou comercialização ou na utilização de serviço, em operação ou prestação oriunda de outra unidade da Federação, observado o disposto no inciso XXII do caput do art. 43 deste Regulamento."

(...)

Art. 43. Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 8º Para cálculo da parcela do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, devida a este Estado, será observado o seguinte:

I - na hipótese do inciso VII do caput do art. 1º deste Regulamento:

a) para fins do disposto no art. 49 deste Regulamento:

a.1) do valor da operação será excluído o valor do imposto correspondente à operação interestadual;

a.2) ao valor obtido na forma da subalínea "a.1" será incluído o valor do imposto considerando a alíquota interna a consumidor final estabelecida neste Estado para a mercadoria;

b) sobre o valor obtido na forma da subalínea "a.2" será aplicada a alíquota interna a consumidor final estabelecida neste Estado para a mercadoria;

c) o imposto devido corresponderá à diferença positiva entre o valor obtido na forma da alínea "b" e o valor do imposto relativo à operação interestadual, assim considerado o valor resultante da aplicação da alíquota interestadual sobre o valor da operação de que trata a subalínea "a.1" antes da exclusão do imposto;

Sendo assim, resta clara a determinação para que os contribuintes optantes pelo regime do Simples Nacional recolham, a título de antecipação do imposto, o valor resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, devida na entrada de mercadoria destinada à industrialização ou comercialização ou na utilização de serviço em prestação oriunda de outra unidade da Federação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Saliente-se que tal regra existe desde o início do regime do Simples Nacional e já foi referendada pelo Poder Judiciário, por meio de decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que assim se manifestou:

STJ – RESP 1193911/MG

RELATOR MINISTRO HERMAM BENJAMIN – SEGUNDA TURMA

DATA JULGAMENTO: 04/11/2010

TRIBUTÁRIO. SIMPLES NACIONAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA. ALÍQUOTA INTERESTADUAL. ART. 13, § 1º, XIII, “G”, DA LC 123/2002. EXIGIBILIDADE.

1. A CONTRIBUINTE É EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL QUE ADQUIRE MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO. INSURGE-SE CONTRA A EXIGÊNCIA, POR LEI DE SEU ESTADO, DO DIFERENCIAL ENTRE A ALÍQUOTA INTERESTADUAL (MENOR) E A INTERNA (MAIOR).

2. APESAR DE RECONHECER QUE O ART. 13, § 1º, XIII, “G”, DA LC 123/2002 DETERMINA O RECOLHIMENTO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA, A CORTE ESTADUAL ENTENDEU QUE A LEGISLAÇÃO LOCAL DEVERIA, NECESSARIAMENTE, PREVER A COMPENSAÇÃO POSTERIOR, O QUE NÃO HOUE. POR CONTA DA OMISSÃO DA LEI ESTADUAL EM REGULAR A MATÉRIA, A EXIGÊNCIA DO DIFERENCIAL SERIA INVÁLIDA.

3. INEXISTE DEBATE A RESPEITO DA LEGISLAÇÃO LOCAL. É INCONTROVERSO QUE A LEI MINEIRA EXIGE O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA NA ENTRADA DA MERCADORIA EM SEU TERRITÓRIO E NÃO PERMITE COMPENSAÇÃO COM O TRIBUTO POSTERIORMENTE DEVIDO PELA EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL.

4. TAMPOUCO HÁ DISSÍDIO QUANTO À INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE ADMITE A SISTEMÁTICA SIMPLIFICADA E PREVÊ, COMO REGRA, O PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE.

5. A DEMANDA RECURSAL REFERE-SE EXCLUSIVAMENTE À ANÁLISE DO ART. 13, § 1º, XIII, “G”, DA LC 123/2002, PARA AFERIR SE A EXIGÊNCIA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA É AUTO-APLICÁVEL.

6. O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA APENAS GARANTE AO ESTADO DE DESTINO A PARCELA QUE LHE CABE NA PARTILHA DO ICMS SOBRE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. CASO NÃO HOUVESSE COBRANÇA DO DIFERENCIAL, OCORRERIA GRAVE DISTORÇÃO NA SISTEMÁTICA NACIONAL DESSE IMPOSTO. ISSO PORQUE A AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA SERIA SUBSTANCIALMENTE MENOS ONEROSA DO QUE A COMPRA NO PRÓPRIO ESTADO, SUJEITA À ALÍQUOTA INTERNA “CHEIA”.

7. SOBRE UM INSUMO, POR EX., DO RIO DE JANEIRO DESTINADO A MINAS GERAIS, INCIDE A ALÍQUOTA INTERESTADUAL DE 12%.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

SE O MESMO INSUMO FOR ADQUIRIDO NO PRÓPRIO ESTADO, A ALÍQUOTA INTERNA É DE 18%.

8. A COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA NÃO ONERA A OPERAÇÃO POSTERIOR, PROMOVIDA PELA EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, APENAS EQUALIZA A ANTERIOR, REALIZADA PELO FORNECEDOR, DE MODO QUE O DIFERENCIAL DE 6%, NESSE EXEMPLO (= 18 - 12), SEJA RECOLHIDO AOS COFRES DE MINAS GERAIS, MINORANDO OS EFEITOS DA CHAMADA "GUERRA FISCAL".

9. ISSO NÃO VIOLA A SISTEMÁTICA DO SIMPLES NACIONAL, NÃO APENAS PORQUE A COBRANÇA DO DIFERENCIAL É PREVISTA EXPRESSAMENTE PELO ART. 13, § 1º, XIII, "G", DA LC 123/2002, MAS TAMBÉM PORQUE A IMPOSSIBILIDADE DE CREDITAMENTO E COMPENSAÇÃO COM AS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES É VEDADA EM QUALQUER HIPÓTESE, E NÃO APENAS NO CASO DO DIFERENCIAL.

10. DE FATO, A LEGISLAÇÃO MINEIRA NÃO PREVÊ A COMPENSAÇÃO DO ICMS RECOLHIDO NA ENTRADA (DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA), O QUE É INCONTROVERSO, PELA SIMPLES RAZÃO DE QUE ISSO É EXPRESSAMENTE OBSTADO PELO ART. 23, CAPUT, DA LC 123/2002.

11. AO NEGAR EFICÁCIA AO DISPOSTO NO ART. 13, § 1º, XIII, "G", DA LC 123/2002, O TJ-MG VIOLOU A LEI FEDERAL, DESCARACTERIZANDO O PRÓPRIO SIMPLES NACIONAL, O QUE IMPÕE A REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO.

12. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (GRIFOU-SE)

E, seguindo o mesmo entendimento, assim decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) em demanda recente:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - SIMPLES NACIONAL - ICMS - OPERAÇÕES COM BENS OU MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE ANTECIPAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NAS AQUISIÇÕES EM OUTROS ESTADOS

1. A LEI COMPLEMENTAR 123/2006, AO TRATAR SOBRE O SIMPLES NACIONAL, DEFINIU QUE ESSE REGIME TRIBUTÁRIO ABRANGE O RECOLHIMENTO DO ICMS MEDIANTE DOCUMENTO ÚNICO DE ARRECADAÇÃO.

2. OCORRE QUE A PRÓPRIA LEI EXCEPCIONA ESSA MODALIDADE DE RECOLHIMENTO NAS HIPÓTESES EM QUE O ICMS É DEVIDO NAS OPERAÇÕES COM BENS OU MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE ANTECIPAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NAS AQUISIÇÕES EM OUTROS ESTADOS E DISTRITO FEDERAL.

3. DESSA FORMA, NÃO EXISTE ILEGALIDADE NA HIPÓTESE REGULAMENTADA PELO ART. 1º DO DECRETO ESTADUAL 44.650/2007, QUE ENCONTRA PREVISÃO EXPRESSA NA PRÓPRIA LEI COMPLEMENTAR 123/2006.

4. A QUESTÃO FOI ANALISADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE ASSENTOU O ENTENDIMENTO DE QUE NÃO EXISTE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, NEM TAMPOUCO DA NÃO CUMULATIVIDADE (RMS 29.568/AM) (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0287.17.006491-2/001, RELATOR(A): DES.(A) CARLOS ROBERTO DE FARIA, 8ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 22/11/2018, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 14/12/2018).

Portanto, sempre que empresa optante pelo regime de tributação do Simples Nacional adquirir em operação interestadual mercadoria destinada à industrialização ou comercialização, deverá fazer o recolhimento do “ICMS/Antecipação” no caso em que a alíquota interna com os produtos adquiridos for superior à alíquota aplicada na respectiva operação interestadual.

Ademais, a Impugnante afirma que a cobrança do “ICMS/Antecipação”, sem a compensação de créditos fiscais devidos a título de ICMS em razão de operações anteriores, contrapõe-se ao princípio da não cumulatividade do ICMS e onera as empresas optantes pelo Simples Nacional.

Entretanto, em entendimento contrário ao trazido pela Defesa, ao enfrentar exatamente o argumento de violação ao princípio da não cumulatividade, o STJ, consoante Resp 1193911/MG retrotranscrito, declarou a legalidade da cobrança do “ICMS/Antecipação”, reconhecendo, inclusive, sua essencialidade à redução dos impactos da chamada guerra fiscal.

Ademais, relativamente ao julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 970821, no qual se discute a constitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal (STF), da cobrança da diferença de alíquota de ICMS por empresas optantes do Simples Nacional, há voto do relator do caso, analisando especificamente a questão da não cumulatividade do ICMS. Confira-se:

EM SEU VOTO PELO DESPROVIMENTO DO RE, O RELATOR DO CASO, MINISTRO EDSON FACHIN, FRISOU QUE A COBRANÇA NÃO VIOLA A SISTEMÁTICA DO SIMPLES NACIONAL E TEM EXPRESSA PREVISÃO LEGAL NO ARTIGO 13, PARÁGRAFO 1º, INCISO XIII, ALÍNEA ‘G’, DA LC FEDERAL 123/2006, SEGUNDO O QUAL O RECOLHIMENTO DO SIMPLES NACIONAL NÃO EXCLUI A INCIDÊNCIA DO ICMS NA AQUISIÇÃO EM OUTROS ESTADOS OU NO DISTRITO FEDERAL. ESSE DISPOSITIVO, SEGUNDO O RELATOR, EMBASA SEU ENTENDIMENTO DE QUE NÃO HÁ VÍCIO FORMAL NA LEGISLAÇÃO QUE AUTORIZA A COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA.

TAMBÉM NÃO MERECE SER ACOLHIDA, SEGUNDO FACHIN, A ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE, UMA VEZ QUE O ARTIGO 23 DA LC 123/2006 VEDA, EXPLICITAMENTE, A APROPRIAÇÃO OU A COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A IMPOSTOS OU CONTRIBUIÇÕES ABRANGIDAS PELO SIMPLES NACIONAL. AINDA SEGUNDO O RELATOR, NÃO HÁ COMO PROSPERAR UMA ADESÃO PARCIAL AO SIMPLES NACIONAL, PAGANDO AS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS CENTRALIZADAS E COM CARGA MENOR, MAS DEIXANDO DE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECOLHER O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. (GRIFOU-SE)

Destaque-se que o julgamento do referido recurso está ocorrendo no STF, de forma virtual, sendo que já foram proferidos 7 (sete) votos; 4 (quatro) acolhendo a tese do contribuinte e 3 (três) acolhendo a tese da Fiscalização.

Contudo, independentemente do resultado do referido julgamento, é sabido que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais – CCMG não possui competência para analisar a constitucionalidade das normas, devendo-se aguardar a finalização do julgamento, e o respectivo trânsito em julgado para que a decisão gere seus efeitos.

A Impugnante ainda alega, em sua defesa, a impossibilidade da cobrança do ICMS a título de antecipação do imposto, em virtude da inconstitucionalidade da Cláusula Nona do Convênio ICMS nº 93/15.

No entanto, falece razão à Impugnante.

Com efeito, a mencionada ação judicial (ADI nº 5.464) tem por objeto as exigências resultantes do Convênio ICMS nº 93/15, editado em face da Emenda Constitucional nº 87/15, que nada tem a ver com o presente lançamento. Comenta que o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ incluiu as empresas optantes pelo SIMPLES na nova regra do ICMS, através do Convênio ICMS nº 93/15 em sua Cláusula Nona, e a partir de então os Estados da Federação editaram normas para instituir a sistemática de “antecipação” do ICMS devido pelas empresas do Simples Nacional.

Protesta alegando que a Constituição somente autoriza tal cobrança do destinatário final da mercadoria, contribuinte ou não do imposto.

De fato, por meio da citada Emenda Constitucional, restou determinada a divisão, entre os estados de origem e de destino, da receita tributária incidente nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto.

Contudo, o Convênio ICMS nº 93/15 veio para regulamentar a operacionalização da distribuição da alíquota nas operações interestaduais com destinatários consumidores finais não contribuintes do ICMS, como norma regulamentar publicada em razão da edição da Emenda Constitucional nº 87/15.

Não se relaciona, portanto, com a regra da cobrança do ICMS antecipação lançado, uma vez que está relacionada ao diferencial de alíquota (DIFAL) devido por contribuinte que realizar operações de vendas destinadas a consumidor final não contribuinte localizado em outro estado, o que não se confunde com as operações objeto do lançamento em questão.

Vê-se, portanto, que se trata de hipótese diversa daquela que suscitou o presente lançamento, este fundamentado na Lei Complementar nº 123/06, com redação dada pela Lei Complementar nº 128/08.

A Defesa alega que ainda que se considere constitucional a cobrança da antecipação tributária, o ICMS vem sendo recolhido corretamente pela Impugnante, de acordo com o previsto na alínea “f” do § 5º do art. 6º da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 2º da Instrução Normativa SUTRI nº 001, de 19 de fevereiro de 2010, calculado entre a

alíquota interna e a interestadual nas compras para industrialização, e que diferentemente do que consta no Auto de Infração, ao presente caso não poderia ser aplicada como previsão legal da base de cálculo para a apuração do ICMS devido o art. 43 do RICMS/02.

Argumenta que o Decreto 46.930/15 foi editado incluindo os §§ 8º e 9º ao art. 43, assim como a alteração da redação do § 14 do art. 24, ambos do RICMS/02.

Conclui que a hermenêutica jurídica impõe concluir, com base na análise do art. 2º do Decreto 46.930/15, que nas operações interestaduais destinadas a uso, consumo ou ativo permanente por contribuinte do imposto, ou seja, nas hipóteses que o contribuinte atua como consumidor final, deverá promover o recolhimento do diferencial entre a alíquota interna e a interestadual incluindo o próprio imposto na sua base de cálculo.

Conclui no sentido de que as alterações promovidas pelo Decreto 46.930/15 no RICMS/02 regulamentam apenas normas aplicáveis a operações destinadas a consumidor final, ou seja, estão relacionadas tão somente ao DIFAL, em nada se referindo à diferença de alíquota recolhida a título de antecipação do imposto pelas empresas do Simples.

Contudo, vale destacar que a forma de cálculo do imposto, no caso do ICMS-antecipação, encontra-se expressa no art. 42 do RICMS, que assim dispõe:

Art. 42 As alíquotas do imposto são:

(...)

§ 14. O contribuinte enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte que adquirir em operação interestadual mercadoria para industrialização, beneficiamento ou acondicionamento não industriais complementares à produção primária, comercialização ou utilização na prestação de serviço, fica obrigado a recolher, a título de antecipação do imposto, o valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, observado o disposto no inciso I do § 8º e no § 9º do art. 43 deste regulamento. (Grifou-se).

Portanto, em que pese a Impugnante afirmar que teria procedido ao recolhimento da antecipação devida, tais recolhimentos não restaram comprovados em sua integralidade, não se podendo afastar, ainda, as disposições do art. 42 e 43 do RICMS/02 para fins de cálculo do imposto devido.

Correta, portanto, a exigência do ICMS/Antecipação e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, transcrita a seguir, pelo descumprimento da obrigação principal:

Lei nº 6.763/75

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - Havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

Dessa forma, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade, verifica-se que os argumentos trazidos pela Impugnante não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal.

Para exigência do crédito tributário devido, lavrou-se o Auto de Infração, o qual contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências, bem como as penalidades aplicadas, encontram-se legalmente embasadas.

Os pagamentos que de fato, foram comprovados pela Autuada foram abatidos do valor do crédito tributário, conforme termo de reformulação.

Em conclusão, a defesa do Impugnante circundou argumentos de ordem legal e constitucional, que não são capazes de ilidir o lançamento, pois de fato se mostrou devido o recolhimento da antecipação pela natureza das operações realizadas e pelos tipos de mercadorias adquiridas. Não houve demonstração cabal de que a antecipação não seria devida no caso concreto.

Os argumentos de ordem principiológica e constitucional que visam a negativa da vigência da legislação, suscitados pela Impugnante em defesa, não podem ser apreciados por este E. Conselho, ao qual não é autorizado a negativa de vigência a dispositivo legal válido, nos termos do art. 182 da Lei nº 6.763/75 e 110 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 75/80. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marco Túlio da Silva (Revisor) e Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 04 de maio de 2021.

Nayara Atayde Gonçalves Machado
Relatora

Geraldo da Silva Datas
Presidente

CS/P

23.727/21/1ª

Disponibilizado no Diário Eletrônico em 28/05/2021 - Cópia WEB

12