

Acórdão: 23.921/21/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002045544-95
Impugnação: 40.010152688-96
Impugnante: J N Calçados e Confecções Ltda
IE: 001018740.00-08
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. Corretas as exigências de ICMS Antecipação e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

Lançamento precedente. 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, em razão da entrada no estabelecimento/aquisição de mercadoria destinada à comercialização, industrialização, beneficiamento ou acondicionamento não industriais complementares à produção primária, ou à utilização na prestação de serviço, em operações oriundas de outras unidades da Federação, no período de fevereiro 2018 a dezembro 2020.

Referida exigência fundamenta-se na disposição contida no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2 e § 5º da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 6º, § 5º, alínea “f” da Lei nº 6.763/75 e art. 42, § 14, c/c § 8º, inciso I, e § 9º do art. 43, ambos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02 (RICMS/02).

Foi emitido o Auto de Início de Ação Fiscal 10.000038873.48 (fls. 05), cientificado em 21/06/21, onde consta no campo 4, denominado “Informações, Documentos Requisitados e Prazo para sua Apresentação”, a seguinte anotação:

Em face das inconsistências apontadas por meio do portal SIARE AUTORREGULARIZAÇÃO não terem sido solucionadas, REQUISITAMOS a apresentação no prazo de 05 (cinco) dias úteis através do e-mail que menciona, a correlação entre os pagamentos realizados à título de antecipação tributária do período fiscalizado nos códigos 3178, 1206, 3277, 1214, 3269 e/ou 3202

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

com as respectivas Notas Fiscais Eletrônicas e data do registro de entrada das mesmas.”

Não tendo havido resposta ao AIAF, foi lavrado o Auto de Infração, onde são exigidos o ICMS/antecipação tributária devido e a correspondente Multa de Revalidação, capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Os valores exigidos foram apurados conforme relação dos DANFES no Anexo 1, e estão demonstrados nos seguintes documentos:

- Anexo 2 – Cálculo da Antecipação Tributária Notas Fiscais por item;
- Anexo 3 – Resumo mensal do cálculo da antecipação Tributária;
- Anexo 4 – Demonstrativo do Crédito Tributário DCT.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 17/21, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 26/37.

DECISÃO

Conforme relatado, 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, em razão da entrada no estabelecimento/aquisição de mercadoria destinada à comercialização, industrialização, beneficiamento ou acondicionamento não industriais complementares à produção primária, ou à utilização na prestação de serviço, em operações oriundas de outras unidades da Federação, no período de fevereiro de 2018 a dezembro 2020.

Foi emitido o Auto de Início de Ação Fiscal 10.000038873.48 (fls. 05), cientificado em 21/06/21, onde consta no campo 4, denominado “Informações, Documentos Requisitados e Prazo para sua Apresentação”, a seguinte anotação:

Em face das inconsistências apontadas por meio do portal SIARE AUTORREGULARIZAÇÃO não terem sido solucionadas, REQUISITAMOS a apresentação no prazo de 05 (cinco) dias úteis através do e-mail que menciona, a correlação entre os pagamentos realizados à título de antecipação tributária do período fiscalizado nos códigos 3178, 1206, 3277, 1214, 3269 e/ou 3202 com as respectivas Notas Fiscais Eletrônicas e data do registro de entrada das mesmas.”

Não tendo havido resposta ao AIAF, foi lavrado o Auto de Infração, onde são exigidos o ICMS/tributária devido e a correspondente Multa de Revalidação, capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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."

(...)

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;

§ 9º Nas hipóteses do § 8º, caso as operações ou prestações interestaduais ou internas estejam alcançadas por isenção ou redução da base de cálculo, para o cálculo do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

interestadual devido a este Estado, será observado o seguinte:

(...)

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.

Saliente-se que tal regra existe desde a implantação do regime do Simples Nacional.

Em sua Defesa, a Impugnante apresenta-se como sociedade empresária que atua no ramo de comércio varejista de calçados e acessórios.

Por ser optante pelo regime de tributação do Simples Nacional, afirma recolher os impostos de forma unificada, apurados sobre seu faturamento; e, ainda, recolher o ICMS antecipação, fora da sistemática do Simples Nacional, por exigência do Fisco.

Aponta que a legislação mineira trata o recolhimento da diferença da alíquota interestadual e da alíquota interna do ICMS como uma mera antecipação tributária.

Adverte que o ICMS recolhido antecipadamente deveria ser necessariamente deduzido do ICMS devido pelas saídas de mercadorias, o que não acontece.

Aduz que, além de a lei tributária mineira não prever o abatimento do imposto, o art. 23 da Lei Complementar nº 123/06 veda, expressamente, que as empresas optantes pelo Simples Nacional apropriem ou transfiram créditos relativos a impostos ou contribuições.

Na falta do abatimento do ICMS antecipado, quando da saída da mercadoria, entende a Impugnante que o contribuinte paga ICMS a maior.

Assim, advoga que a cobrança do ICMS/Antecipação representa um novo recolhimento que não pode ser creditado, criando um regime menos favorecido, que afronta o princípio da não cumulatividade, previsto no art. 155, § 29, inciso I da CF/88.

Segundo a Impugnante, este dispositivo constitucional preceitua que a não cumulatividade é um dos traços característicos do ICMS.

Conclui que a Constituição não autorizou que a Lei Complementar criasse exceções à regra unificada, expressamente prevista no art. 146 da CF/88.

A seu ver, os contribuintes optantes pelo Simples Nacional não poderiam ser submetidos a qualquer exigência de recolhimento antecipado.

A norma do art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2, e § 5º, da Lei Complementar nº 123/06 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, NECESSÁRIAMENTE, 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%. 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Quanto ao entendimento da Defesa de que o ICMS/Antecipação se contrapõe ao princípio da não cumulatividade do ICMS, ao enfrentar exatamente este argumento, 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, em julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 970821, em 11/05/21, em sede de repercussão geral, em que se discutia a constitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal (STF), da cobrança da diferença de alíquota de ICMS por empresas optantes do Simples Nacional, assim deliberou o Pleno sobre o tema:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – ICMS. FEDERALISMO FISCAL. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. ASPECTO ESPACIAL DA REGRA-MATRIZ. REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES. SIMPLES NACIONAL. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. POSTULADO DE TRATAMENTO FAVORECIDO AO MICRO E PEQUENO EMPREENDEDOR. LEI COMPLEMENTAR 123/2006. LEI ESTADUAL 8.820/1989. LEI ESTADUAL 10.043/1993.

1. NÃO HÁ VÍCIO FORMAL DE INCONSTITUCIONALIDADE NA HIPÓTESE EM QUE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL AUTORIZA A COBRANÇA DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. ART. 13, §1º, XIII, “G”, 2, E “H”, DA LEI COMPLEMENTAR 123/2006.

2. O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA CONSISTE EM RECOLHIMENTO PELO ESTADO DE DESTINO DA DIFERENÇA ENTRE A ALÍQUOTA INTERESTADUAL E A INTERNA, DE MANEIRA A EQUILIBRAR A PARTILHA DO ICMS EM OPERAÇÕES COM DIVERSOS ENTES FEDERADOS. TRATA-SE DE COMPLEMENTO DO VALOR DO ICMS DEVIDO NA OPERAÇÃO, LOGO OCORRE A COBRANÇA DE UM ÚNICO IMPOSTO (ICMS) CALCULADO DE DUAS FORMAS DISTINTAS, DE MODO A ALCANÇAR O QUANTUM DEBEATUR DEVIDO NA OPERAÇÃO INTERESTADUAL.

3. NÃO OFENDE A TÉCNICA DA NÃO CUMULATIVIDADE A VEDAÇÃO À APROPRIAÇÃO, TRANSFERÊNCIA OU COMPENSAÇÃO DE

CRÉDITOS RELATIVOS A IMPOSTOS OU CONTRIBUIÇÕES ABRANGIDOS PELO SIMPLES NACIONAL, INCLUSIVE O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. ART. 23 DA LEI COMPLEMENTAR 123/2006. PRECEDENTES.

4. RESPEITA O IDEAL REGULATÓRIO DO TRATAMENTO FAVORECIDO PARA AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE A EXIGÊNCIA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA, NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL GAÚCHA. É INVIÁVEL ADESÃO PARCIAL AO REGIME SIMPLIFICADO, ADIMPLINDO-SE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DE FORMA CENTRALIZADA E COM CARGA MENOR, SIMULTANEAMENTE AO NÃO RECOLHIMENTO DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. A OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL É FACULTATIVA E TOMADA NO ÂMBITO DA LIVRE CONFORMAÇÃO DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO, DEVENDO-SE ARCAR COM O BÔNUS E O ÔNUS DESSA ESCOLHA EMPRESARIAL. À LUZ DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, NÃO É DADO AO PODER JUDICIÁRIO MESCLAR AS PARCELAS MAIS FAVORÁVEIS DE REGIMES TRIBUTÁRIOS DISTINTOS, CULMINANDO EM UM MODELO HÍBRIDO, SEM O DEVIDO AMPARO LEGAL.

5. FIXAÇÃO DE TESE DE JULGAMENTO PARA OS FINS DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL: **“É CONSTITUCIONAL A IMPOSIÇÃO TRIBUTÁRIA DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS PELO ESTADO DE DESTINO NA ENTRADA DE MERCADORIA EM SEU TERRITÓRIO DEVIDO POR SOCIEDADE EMPRESÁRIA ADERENTE AO SIMPLES NACIONAL, INDEPENDENTEMENTE DA POSIÇÃO DESTA NA CADEIA PRODUTIVA OU DA POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DOS CRÉDITOS.”**

6. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

(DESTACOU-SE).

A decisão do STF acima transcrita contrapõe-se ao entendimento da Impugnante, quando esta afirma, em sua Defesa, que o recolhimento do ICMS antecipado em guia separada, fora do Simples Nacional, ofende frontalmente o princípio da unicidade previsto no inciso III, do parágrafo único do art. 146 do texto constitucional, o qual determina a unicidade e centralização de recolhimento no âmbito do Simples Nacional.

Na medida em que a Lei Complementar nº 123/06 institui o sistema unificado e centralizado de recolhimento do Simples Nacional, há o entendimento no item 2 de que o ICMS/Antecipação visa a equilibrar a partilha do ICMS em operações com diversos entes federados. Por esta razão, exige-se o complemento do valor do ICMS devido na operação.

Sendo assim, ocorre a cobrança de um único imposto (ICMS) calculado de duas formas distintas, de modo a alcançar o *quantum debeatur* devido na operação interestadual.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Já no item 4, dá-se relevo ao entendimento de que não seria viável uma adesão parcial ao regime simplificado, “adimplindo-se obrigação tributária de forma centralizada e com carga menor, simultaneamente ao não recolhimento de diferencial de alíquota nas operações interestaduais”.

Logo a seguir, ressalta-se o caráter facultativo da opção pelo Simples Nacional, que deve resultar em arcar com o bônus e o ônus desta escolha.

E sendo assim, o STF, por meio de seu Pleno, assimila e expressa a tese de que não haveria ofensa ao princípio da unicidade previsto no inciso II do parágrafo único do art. 146 da CF/88.

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:

(...)

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.

(...)

Note-se que a multa de revalidação tem a finalidade de garantir a integralidade da obrigação tributária contra a prática de ilícitos.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretenso efeito confiscatório da multa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros André Barros de Moura (Revisor) e Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 19 de outubro de 2021.

**Alexandre Périssé de Abreu
Relator**

**Geraldo da Silva Datas
Presidente**

CC/MG