

Acórdão: 23.704/21/3ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.001369424-48  
Impugnação: 40.010149033-42  
Impugnante: Irmãos Baião & Cia Ltda  
IE: 062007023.00-04  
Proc. S. Passivo: Geraldo Roberto Rodrigues/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. Corretas as exigências de ICMS Antecipação e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

**Lançamento procedente. Decisão unânime.**

**RELATÓRIO**

A autuação versa sobre a falta de recolhimento da antecipação de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas operações de aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação para comercialização, por parte da Impugnante, no período de 01/08/14 a 28/02/19.

Exige-se ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada a Impugnante apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 24/43, alegando em síntese que:

- o Auto de Infração é nulo, por não guardar correspondência com o que determina a legislação;
- atua no comércio atacadista de máquinas e equipamentos e é optante pelo Simples Nacional;
- o STF suspendeu a exigibilidade do DIFAL para contribuintes do Simples Nacional na ADI nº 5.464/DF;
- na condição de empresa optante pelo Simples, não está sujeito ao pagamento da recomposição de alíquota, como decidiu este Conselho no Acórdão nº 19.992/13/2ª;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- além de ser indevida a cobrança, o Fisco lhe deve restituir os valores pagos em julho de 2016, janeiro de 2017, junho de 2017 e janeiro de 2018;

- a exigência da recomposição da alíquota do ICMS é inconstitucional em razão de desconsiderar as regras previstas na Constituição que regulamentam a incidência do tributo somente nos casos em que a aquisição for realizada por contribuinte do ICMS na qualidade de “Consumidor Final”;

- a cobrança é inconstitucional porque torna sem efeito o tratamento diferenciado e favorável para as micro e pequenas empresas previsto na Constituição Federal.

Diante desses argumentos, pede que seja reconhecida a ilegalidade da exigência e a restituição dos valores quitados indevidamente.

O Fisco manifesta-se às fls. 89/101, argumentando em síntese que:

- a atuação foi corretamente realizada, tendo sido concedida oportunidade à Impugnante para que apresentasse os documentos comprobatórios do pagamento;

- o Acórdão nº 19.992/13/2ª do CCMG, citado pela Impugnante, versa sobre tema distinto do que aqui se analisa. Naquele caso, afastou-se a antecipação do ICMS sob o fundamento de que não era devido o imposto em relação aos produtos que adquiriu de estabelecimentos industriais fabricantes, localizados em outras unidades da Federação, posto que a alíquota interna de aquisição e a interestadual se equivaliam naquele período;

- a argumentação relativa à Emenda Constitucional nº 87/15 não afeta a matéria que está sendo discutida nos autos;

- a Lei Complementar nº 123/06 prescreve de forma expressa a obrigação de se recolher, de forma antecipada, o ICMS referente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nos termos do art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2. No mesmo sentido o art. 5º, inciso XII, alínea “g”, da Resolução CGSN nº 140/18 e o art. 6º, § 5º, alínea “f” da Lei nº 6.763/75;

- a legislação mineira não prevê a compensação do ICMS em relação ao diferencial de alíquota, o que é incontroverso, pela simples razão de que essa compensação é expressamente vedada pelo art. 23 da Lei Complementar nº 123/06;

- a não exigência do pagamento do ICMS nas aquisições em operações interestaduais provocaria uma concorrência desleal prejudicando os contribuintes mineiros, afinal a alíquota da operação interna é, em regra, 18% (dezoito por cento), e portanto superior ao percentual incidente nas compras interestaduais de 12% (doze por cento) ou 4% (quatro por cento), esta última para os casos de produtos importados.

Diante desses argumentos, pede seja julgado procedente o lançamento.

---

### **DECISÃO**

#### **Da Preliminar**

Sobre a preliminar invocada pela Impugnante, não deve prosperar a alegação de que o Auto de Infração estaria maculado de nulidade. Ao contrário do que afirma a Impugnante, a autoridade administrativa observou todos os requisitos previstos no art. 142, do Código Tributário Nacional (CTN), pois o Auto de Infração descreve o sujeito passivo, a matéria tributável, a base de cálculo do imposto, o valor do imposto devido, os dispositivos legais que foram infringidos e as respectivas penalidades cabíveis:

CTN

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. (Lei nº 5.172/66)

A sua lavratura se deu, ainda, nos estritos termos do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos, constando do documento todos os elementos mínimos previstos no art. 89 do RPTA:

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - em se tratando de crédito tributário contencioso em PTA em meio físico, a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Parágrafo único. Portaria da Subsecretaria da Receita Estadual estabelecerá as hipóteses de infringência à legislação tributária estadual em relação às quais o sócio-gerente ou administrador figurará como coobrigado no lançamento efetuado pelo Fisco ou na formalização de Termo de Autodenúncia. (Decreto nº 44.747/08)

Ademais, o Recurso Extraordinário nº 970.821/RS ainda não foi definitivamente julgado. Estando a matéria, sobre a qual versa, sub judice, não se pode concordar com a afirmação da Impugnante de que teria direito líquido e certo ao não recolhimento e muito menos à pretendida restituição de valores recolhidos.

Veja-se, ainda, que mesmo que tivesse direito à restituição, a via adequada para obtê-la não seria a impugnação ao presente feito.

Em relação à ADI nº 5469, processo frequentemente suscitado neste órgão pelos contribuintes, verifica-se que recentemente o STF julgou inconstitucional a cobrança do Diferencial de Alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (Difal/ICMS), introduzida pela Emenda Constitucional (EC) nº 87/15, uma vez que não houve a edição de lei complementar para disciplinar esse mecanismo de compensação. A matéria foi discutida em julgamento conjunto com o Recurso Extraordinário (RE) 1287019, com repercussão geral (Tema nº 1093). Contudo, o tribunal decidiu que a decisão produzirá efeitos apenas a partir de 2022.

### **Do Mérito**

Conforme relatado, a autuação versa sobre a falta de recolhimento da antecipação de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas operações de aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação para comercialização, por parte da Impugnante, no período de 01/08/14 a 28/02/19.

Exige-se ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

A exigência do ICMS referente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual está prevista na Lei Complementar nº 123/06 que regula o Simples Nacional, regime ao qual pertence a Impugnante.

Em seu art. 13, §1º, inciso XIII, alínea “g”, a Lei Complementar nº 123/06 prevê que a sistemática de apuração do ICMS estabelecida pelo Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições interestaduais:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 13 (...)

§ 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:

(...)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

XVIII - 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:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;

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;

(...)

Em Minas Gerais, a exigência está prevista art. 6º, § 5º, alínea "f", da Lei nº 6.763/75:

Lei nº 6.763/75

Art. 6º - (...)

§ 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.

Também, o Regulamento do ICMS, no art. 42, § 14, contempla a exigência do pagamento antecipado:

RICMS/02

Art. 42. (...)

§ 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.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com isso, verifica-se que a legislação estabelece de forma clara para microempresas e empresas de pequeno porte a obrigação de recolhimento, a título de antecipação do imposto, do 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, ainda, na utilização de serviço em operação ou prestação oriunda de outra unidade da Federação. Inclusive, a legalidade da cobrança já foi referendada pelo Poder Judiciário em mais de uma ocasião.

Diante da violação de obrigação estabelecida em lei, correta a lavratura do Auto de Infração, uma vez que o lançamento foi realizado de acordo com todos os requisitos formais e materiais e que os argumentos da Impugnante não se mostraram capazes de afastar a exigência fiscal, correto o lançamento.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira (Revisor) e Renata Pereira Schetini.

**Sala das Sessões, 09 de março de 2021.**

**Thiago Álvares Feital**  
**Relator**

**Eduardo de Souza Assis**  
**Presidente**

D