

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão:	24.385/23/1ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.002638186-22	
Impugnação:	40.010155302-48	
Impugnante:	Pedro Henrique Franco de Assis 07539598603	
	IE: 002137147.00-30	
Coobrigado:	Pedro Henrique Franco de Assis	
	CPF: 075.395.986-03	
Origem:	DF/Teófilo Otoni	

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – TITULAR DA EMPRESA INDIVIDUAL – CORRETA A ELEIÇÃO. O titular da empresa individual responde ilimitadamente pelos créditos tributários constituídos, nos termos do art. 21, § 2º, da Lei nº 6.763/75, c/c os arts. 966 e 967 do Código Civil. Legítima a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária.

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 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 julho de 2019 a dezembro de 2021.

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 Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02 (RICMS/02).

Tal previsão define que as empresas optantes pelo Simples Nacional estão obrigadas a recolher a diferença devida, na entrada de mercadoria destinada à industrialização ou comercialização em operação oriunda de outra unidade da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Federação, entre a alíquota interna disposta na Lei Estadual nº 6.763/75, no RICMS/02 e a interestadual prevista no art. 155, inciso II e art. 155, § 2º, inciso IV da Constituição Federal.

Foram consideradas como objeto da autuação as notas fiscais com CFOP de compra de mercadorias para comercialização que não fosse do estado de Minas Gerais e sem cobrança do ICMS/ST, conforme previsto no art. 13, inciso VII c/c art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g” da Lei Complementar nº 123/06. Essas mercadorias constam dos DANFES que compõem o Anexo 2 do Auto de Infração.

Para apuração do ICMS devido foi observado o previsto no art. 43, § 8º, inciso I e art. 43, § 9º 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.

Inconformado, o Contribuinte apresenta, tempestivamente, em nome próprio, Impugnação às págs. 14/16, dos autos manifestando surpresa quanto à recepção do Auto de Infração do qual teve ciência em 28/11/22, sustentando que:

- a Impugnante é empresa optante pelo Simples Nacional desde 24/04/13 e se mantém adimplente com suas obrigações legais e trabalhistas, obrigações essas já extremamente onerosas pelo porte e faturamento da empresa;

- já havia sido autuada, em 03 de maio de 2019, pelo estado de Minas Gerais, supostamente por falta de recolhimento antecipado dos diferenciais de alíquotas de ICMS na entrada de mercadoria, por meio do Processo Tributário Administrativo - PTA nº 01.001227660-57;

- devido à autuação antecedente, sofreu protestos em seu CNPJ e também no CPF de seu titular, na qualidade de coobrigado, fato que impossibilitaria a manutenção de sua atividade, já que o não pagamento dos protestos culminaria com a consequente inscrição em cadastros de devedores, prejudicando a obtenção de crédito necessário para a reposição das mercadorias imprescindíveis à atividade econômica e continuidade de seu funcionamento;

- por esse motivo, optou por realizar o parcelamento daquele débito, mesmo sendo indevido, pois não existia legalidade na cobrança do DIFAL naquele momento, por falta de lei federal complementar, compreensão firmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.221.330/SP (Tema nº 1.094 de Repercussão Geral);

- a exigência do crédito em discussão neste PTA depende da existência de lei complementar de normas gerais (LC nº 114/02) e de legislação local resultantes do exercício da competência tributária, contemporâneas à ocorrência do fato jurídico que se pretenda tributar. Portanto, nos termos do Tema nº 1.094 do STF, a cobrança seria inconstitucional.

Nesses termos requer seja recebida a impugnação, declarado nulo o Auto de Infração por ausência de amparo legal correspondente ao período exigido, com o consequente cancelamento da exigência fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em resposta, a Fiscalização apresenta Manifestação Fiscal às págs. 19/25, contrapondo-se aos argumentos do Contribuinte, sustentando que:

- não cabe a discussão sobre a validade ou não da cobrança do ICMS Antecipação dentro do PTA nº 01.001227660-57 de abril de 2019, uma vez que o PTA impugnado é o de nº 01.002638186.22;

- conforme capitulação legal trazida aos autos, a Impugnante, enquadrada no regime do Simples Nacional, se encontra, efetivamente, obrigada a recolher, a título de antecipação do imposto, o valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, nas aquisições interestaduais de mercadoria para industrialização ou revenda (art. 42, §14 do Decreto nº 43.080/02, RICMS/02);

- o regime de tributação especial previsto na Lei Complementar nº 123/06 (Simples Nacional) é facultativo para os contribuintes do ICMS;

- o Simples Nacional constitui um regime especial de tributação de vários impostos e contribuições, inclusive do ICMS, e decorre da própria autorização constitucional (art. 146, inciso III, alínea “d”, parágrafo único) de criação de um regime de tributação especial, com suas peculiaridades, permitindo que normas legais possam estabelecer condições tributárias específicas para o gozo desse tratamento fiscal especial, no todo, muito mais simplificado e benéfico ao favorecido, mesmo com tratamento diferente do estabelecido para o regime geral do ICMS em relação às demais empresas que não optaram pelo Simples Nacional e que, portanto, não integram tal regime de tributação especial. Entretanto, o recolhimento do Simples Nacional – DARF é unificado, não único.

Pelo exposto, a Fiscalização, ao final, requereu seja julgado integralmente procedente o lançamento.

DECISÃO

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 julho de 2019 a dezembro de 2021.

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 Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02 (RICMS/02).

A Impugnante, *a priori*, sustenta que já havia sido autuada, em 03/05/19, pelo estado de Minas Gerais, supostamente por falta de recolhimento antecipado dos diferenciais de alíquotas de ICMS na entrada de mercadoria, por meio do PTA nº 01.001227660-57.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Informa, ainda, que optou por realizar o parcelamento desse débito, mesmo entendendo ser indevido por não haver legalidade na cobrança do DIFAL naquele momento por não existir lei Federal complementar, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) por ocasião do julgamento do RE nº 1.221.330/SP (Tema nº 1.094 da Repercussão Geral).

Entretanto, contrapondo-se ao argumento do Contribuinte, a Fiscalização postula que não cabe discussão sobre a validade ou não da cobrança do ICMS Antecipação no PTA nº 01.001227660-57 de abril de 2019, uma vez que o PTA impugnado é o de nº 01.002638186.22.

Superada tal divergência, constata-se que o Contribuinte encontra-se enquadrado no regime do Simples Nacional, efetivamente obrigado ao recolhimento, a título de antecipação do imposto, do valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas aquisições de mercadorias para industrialização ou revenda, conforme previsão legal.

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 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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.

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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 interestadual devido a este Estado, será observado o seguinte:

I - caso a operação ou prestação interestadual esteja alcançada por isenção ou redução da base de cálculo na unidade da Federação de origem, concedida nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 7 de janeiro de 1975, o imposto devido será calculado na forma do inciso I do § 8º, em se tratando de operação destinada a contribuinte do imposto, ou do inciso II do mesmo parágrafo, em se tratando de operação ou prestação destinada a não contribuinte do imposto;

(...)

Portanto, não se pode acolher a alegação de que a legislação instituída por Minas Gerais viola o princípio da legalidade tributária prevista nos arts. 5º e 150 da CF,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

eis que eventual ilegalidade somente existiria se a legislação mineira que trata do diferencial de alíquota, Decreto nº 44.650/07 e suas alterações, ofendessem ao que estabelecem os dispositivos da LC nº 123/06.

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.

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.

(Grifou-se)

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*:

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;

(...)

Com relação à afronta ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUI QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...).AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

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.

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 Alexandre Périssé de Abreu e Jesunias Leão Ribeiro.

Sala das Sessões, 07 de março de 2023.

Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich
Relator

Geraldo da Silva Datas
Presidente / Revisor

D