

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.554/17/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000658291-99
Impugnação: 40.010142691-63
Impugnante: Bufallo Couros Ltda - ME
IE: 153840637.00-82
Origem: DF/Ubá

EMENTA

SIMPLES NACIONAL – ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO – ANTECIPAÇÃO DE IMPOSTO. Constatada a falta de recolhimento antecipado relativo a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, em decorrência da aquisição de mercadorias de fora do estado para comercialização, por contribuinte optante pelo Simples Nacional, em desacordo com o art. 42, § 14 do RICMS/02. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Lançamento reformulado pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de recolhimento antecipado do ICMS devido em razão da aquisição, por contribuinte mineiro optante pelo Simples Nacional, de mercadorias remetidas por estabelecimentos sediados em outras unidades da Federação em desacordo com o disposto no art. 42, § 14 do RICMS/02, no período de janeiro de 2012 a dezembro de 2015, decorrente do percentual relativo à diferença entre as alíquotas interna e interestadual.

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

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 86/103.

A Fiscalização reformula o lançamento conforme Termo de Rerratificação do lançamento de fls. 113/116.

Aberta vista, a Impugnante que não se manifesta.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 122/127.

DECISÃO

Trata-se de falta de recolhimento antecipado do ICMS, decorrente do percentual relativo à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, em razão da aquisição de diversas mercadorias de estabelecimentos sediados em outras unidades da Federação, realizada por contribuinte mineiro optante pelo simples Nacional, em desacordo com o art. 42, § 14 do RICMS/02.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer que a disciplina normativa da matéria encontra supedâneo em sede de Lei Complementar nº 123/06, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido dispensado às microempresa e empresa de pequeno porte (Simples Nacional).

O art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, da Lei Complementar nº 123/06 estabelece a possibilidade de os estados cobrarem o ICMS nas aquisições em outros estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, *in verbis*:

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:

(...)

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;

(...) (Grifou-se).

Inconformada, a Impugnante requer o cancelamento do Auto de Infração sob o argumento de que o lançamento estaria eivado de vícios, uma vez que não teriam sido observadas as formalidades legais, restando comprometidos o seu embasamento jurídico e a justiça fiscal.

Entende que a matéria tratada no Auto de Infração em questão encontra-se definida no Convênio ICMS nº 93/15, editado pelo CONFAZ, em especial na sua Cláusula Nona e que, portanto, se o Sujeito Passivo infringiu qualquer instituto este se refere ao convênio referido.

Alega ter sido publicado no Diário Oficial da União do dia 11/03/16 informação de que o Supremo Tribunal Federal – STF havia concedido medida cautelar *ad referendum* do plenário suspendendo a eficácia da cláusula 9ª (nona) do Convênio ICMS nº 93/15 até o julgamento final da Ação Direta de Inconstitucionalidade interposta pela OAB (Ordem dos Advogados do Brasil).

Aduz o texto do Acórdão da citada Medida Cautelar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5464 - Distrito Federal, para concluir ser ilegal e

descabida a exigência do crédito tributário, cujos efeitos não podem ser produzidos, uma vez que se trata de ato nulo em face da suposta inexistência de instituto legal em vigor, segundo os termos da decisão emanada pelo STF.

Ao contrário do que alega a Impugnante, não se observa a ocorrência de quaisquer vícios ou não observância de norma legal que constitua garantia do exercício do contraditório e da ampla defesa ao Sujeito Passivo.

A formalização do crédito tributário foi rigorosamente orientada segundo a disciplina legal incidente sobre a matéria, especialmente, o art. 89 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44747/08, não se observando nenhum prejuízo ao prosseguimento do presente julgamento, conforme se pode constatar pela apreciação das provas produzidas nos autos.

Quanto ao argumento da Impugnante relativamente ao seu entendimento sobre a suspensão da eficácia da Cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, cujo objeto acredita ser semelhante à hipótese de incidência objeto do lançamento em discussão, será demonstrada a absoluta ausência de pertinência das razões por ela apresentadas na impugnação com a matéria que resultou em formalização do crédito tributário sob análise.

De fato, há uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5464 – Distrito Federal, cujo objeto argui a inconstitucionalidade da Cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, como pode ser verificado no site do STF - www.stf.jus.br:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (MED. LIMINAR) - 5464

DISPOSITIVO LEGAL QUESTIONADO

DECISÃO MONOCRÁTICA - LIMINAR DEFERIDA

RESULTADO FINAL

AGUARDANDO JULGAMENTO

DECISÃO MONOCRÁTICA DA LIMINAR

TRATA-SE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR, AJUIZADA PELO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (CFOAB), TENDO POR OBJETO A CLÁUSULA NONA DO CONVÊNIO ICMS Nº 93/2015 EDITADO PELO CONFAZ, QUE DISPÕE “SOBRE OS PROCEDIMENTOS A SEREM OBSERVADOS NAS OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES QUE DESTINEM BENS E SERVIÇOS A CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO ICMS LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE FEDERADA”, POR OFENSA AOS ARTS. 5º, II; 145, § 1º; 146, III, D; 150, I, II E IV; 152; 155, § 2º, I; 170, IX; E 179 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

(...)

PELO EXPOSTO, CONCEDO A MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA, AD REFERENDUM DO PLENÁRIO, PARA SUSPENDER A EFICÁCIA DA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CLÁUSULA NONA DO CONVÊNIO ICMS Nº 93/2015 EDITADO PELO CONFAZ, ATÉ O JULGAMENTO FINAL DA AÇÃO.

COMUNIQUE-SE.

PUBLIQUE-SE.

A JULGAMENTO PELO PLENÁRIO.

BRASÍLIA, 12 DE FEVEREIRO DE 2016.

Nada obstante, o Convênio ICMS nº 93/15 dispõe acerca dos procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade Federada.

CONVÊNIO ICMS 93, DE 17 DE SETEMBRO DE 2015

Dispõe sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada.

O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 247ª reunião extraordinária, realizada em Brasília, DF, no dia 17 de setembro de 2015, tendo em vista o disposto nos incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal e no art. 99 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT da Constituição Federal, bem como nos arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), resolve celebrar o seguinte:

C O N V Ê N I O

Cláusula primeira Nas operações e prestações que **destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS**, localizado em outra unidade federada, devem ser observadas as disposições previstas neste convênio.

(...)

Cláusula nona Aplicam-se as disposições deste convênio aos contribuintes optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em relação ao imposto devido à unidade federada de destino. (Grifou-se)

Ora, segundo os termos do disposto na alínea “g”, inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123/06, 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.

Portanto, os estados e o Distrito Federal podem 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Eis o objeto do lançamento tributário em questão e a matéria a ser considerada na controvérsia inaugurada pela Impugnante.

Com efeito, o estado de Minas Gerais instituiu a obrigação nos termos do disposto no art. 6º, § 5º, alínea “f”, da Lei nº 6.763/75:

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 ou industrialização, relativamente à diferença entre a alíquota de aquisição e a alíquota interna.

Dessa forma, no âmbito do estado de Minas Gerais, a matéria ficou regulamentada nos termos do disposto no art. 42, § 14, do RICMS/02:

Art. 42 As alíquotas do imposto são:

(...)

§ 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 à 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.

(Grifou-se).

Segundo se infere da interpretação da norma referida, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, o contribuinte mineiro enquadrado como micro ou pequena empresa deve promover a complementação do imposto relativo à diferença entre a alíquota praticada na operação interestadual e a interna.

À toda evidência, se equivoca a Impugnante quando defende tratar-se a matéria objeto do lançamento como se fosse aquela tratada na ADI nº 5464-DF. A autuação fiscal não alcança as operações de saídas para não contribuintes do imposto, conforme quer fazer crer a Impugnante.

Ao contrário, como se encontra bem demonstrado pelo elenco de provas carreadas nos autos, o lançamento versa sobre a falta de recolhimento de ICMS a título de antecipação em razão de operações de entradas de mercadorias promovidas pelo Sujeito Passivo no período de 01/01/12 a 31/07/15 e para as quais, mesmo intimado, não conseguiu demonstrar e comprovar o recolhimento do imposto devido.

O Convênio ICMS nº 93/15 reporta-se aos procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em outra unidade Federada.

Em sua gênese, o Convênio pretendia regulamentar a Emenda Constitucional nº 87, de 16 de abril de 2015 que alterou a redação dos incisos VII e VIII do art. 155, § 2º da Constituição Federal.

Segundo essas disposições constitucionais, ao instituir a adoção da alíquota interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, dispôs, também, que, caberia ao estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e interestadual.

Em homenagem ao contraditório, mesmo que se admitisse a pertinência da matéria tratada pelo Convênio nº 93/15 com aquela que constitui o objeto do lançamento sob análise, a vigência do convênio referido somente produziu efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016, conforme preceitua a sua Cláusula décima primeira, o que, de plano, revela o despropósito do argumento articulado pelo Sujeito Passivo em suas alegações, uma vez que o período alcançado pelo lançamento está compreendido entre 01/01/12 a 31/12/15.

O legislador complementar não excluiu os contribuintes enquadrados no Regime de Tributação do Simples Nacional da incidência do ICMS nas hipóteses em que se configure a entrada de mercadorias destinadas à industrialização ou comercialização ou na utilização de serviço, em operação ou prestação oriunda de outra unidade da Federação.

Sendo assim, constatada a hipótese, 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, sob pena de enriquecimento sem causa.

Considerados todos os argumentos articulados pelas partes nos autos e de acordo com as provas colacionadas, verifica-se não haver dúvidas de que a obrigação tributária deixou de ser cumprida pelo Sujeito Passivo, ensejando a ação da Autoridade Tributária para exigir o cumprimento da obrigação com os acréscimos devidos por lei.

A Fiscalização rerratifica o lançamento para adequar a penalidade aplicada, incluindo a penalidade prevista no art. 56, inciso II e excluindo a penalidade prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Cumpre destacar que apesar de ter constado na decisão que houve reformulação do crédito tributário não houve alteração no valor exigido nos autos, sendo a alteração apenas relativa à capitulação da penalidade.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 113/116. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes (Revisor) e Hélio Victor Mendes Guimarães.

Sala das Sessões, 09 de agosto de 2017.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente

Geraldo da Silva Datas
Relator

D