

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.448/17/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000644539-85
Impugnação: 40.010142254-33
Impugnante: Irmãos Sacchetto Ltda - ME
IE: 001862914.00-89
Origem: DF/Ubá

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - FALTA DE RECOLHIMENTO. Constatada a falta de recolhimento de ICMS devido a título de antecipação de imposto e correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual na aquisição de mercadorias (calçados e vestuário) por microempresa ou empresa de pequeno porte situada em Minas Gerais, proveniente de outra unidade da Federação, destinada a comercialização, conforme previsto no § 14º do art. 42 do RICMS/02, acarretando as exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa o presente lançamento sobre a falta de recolhimento do ICMS devido a título de antecipação do imposto, constatada mediante o cruzamento de dados e conferência do livro de Registro de Entradas, notas fiscais de entrada e guias de recolhimento, referentes às operações de aquisição interestadual de mercadorias, no período de 01/01/12 a 30/06/15.

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

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por seu representante legal, Impugnação às fls. 133/144, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 153/158.

DECISÃO

Conforme relatado, versa o presente lançamento sobre a falta de recolhimento do ICMS devido a título de antecipação do imposto, constatada mediante o cruzamento de dados e conferência do livro de Registro de Entradas, notas fiscais de entrada e guias de recolhimento, referentes às operações de aquisição interestadual de mercadorias, no período de 01/01/12 a 30/06/15.

A Impugnante foi intimada, por meio do Auto de Início de Ação Fiscal n.º 10.000018856.31 (fls. 02), a apresentar na Delegacia Fiscal de Ubá o livro Registro de Entradas e as notas fiscais de entrada bem como as guias de recolhimento do imposto

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

referentes ao período fiscalizado. No entanto, não comprovou o recolhimento do imposto devido, levando à lavratura do Auto de Infração.

Cabe destacar que a exigência de que trata o trabalho fiscal em análise não diz respeito à matéria tratada no Convênio ICMS n.º 93/15, conforme argumentado pela Autuada.

O citado convênio dispõe sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS e que estejam localizados em outra unidade federada. Portanto, aplica-se às operações interestaduais que tenha por destinatário da mercadoria não contribuinte do imposto.

O argumento apresentado na Impugnação, o diferencial de alíquota (DIFAL) devido por contribuinte que realizar operações de vendas destinadas a consumidor final não contribuinte localizado em outro estado, foi criado pela Emenda Constitucional n.º 87/15, que deu nova redação ao art. 155 da Constituição Federal.

Neste caso, quando o optante pelo Simples Nacional vender, em operação interestadual, mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte do imposto deverá recolher o ICMS referente à diferença entre a alíquota interna do estado de destino e a alíquota interestadual aplicada à operação.

Contudo, em relação a este DIFAL que não se confunde com as operações objeto do lançamento em apreciação, foi concedida liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal - STF. Tal liminar suspende a eficácia da Cláusula Nona do Convênio ICMS n.º 93/15. A medida cautelar, a ser referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, foi deferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 5464, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Na decisão, o Ministro afirma que, em exame preliminar, a Cláusula Nona do Convênio invade campo de lei complementar e apresenta risco de prejuízos, sobretudo para os contribuintes do Simples Nacional, que podem perder competitividade e cessar suas atividades.

Entretanto, o lançamento em apreciação diz respeito a operações de entrada de mercadorias.

De acordo com a legislação estadual, a diferença entre a alíquota interestadual e a alíquota interna é devida sempre que a empresa optante pelo Simples Nacional comprar mercadorias, em operação interestadual, que serão destinadas a industrialização ou comercialização (revenda).

A Lei Complementar n.º 123/06 prevê como possível a cobrança de uma complementação de alíquota do ICMS nos casos das aquisições interestaduais de bens, mercadorias, matérias-primas ou produtos intermediários destinados à industrialização ou comercialização, feitas por empresas optantes pelo Simples Nacional, caso denominado de “antecipação do imposto”.

A “antecipação do imposto” está descrita no art. 13 da Lei Complementar n.º 123/06, a saber:

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:

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;

h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

(...)

§ 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.”

Segundo a alínea “g” do inciso XIII do § 1º do art. 13 retrotranscrito admite-se a cobrança, fora do recolhimento unificado do Simples Nacional, do ICMS devido nas operações com bens ou mercadorias adquiridas de outros estados e do Distrito Federal e destinadas à industrialização ou comercialização (“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”).

Tal previsão de tributação - “antecipação”- está presente no Regulamento do ICMS, no art. 42, § 14, com a redação dada pelo Decreto n.º 47.013, de 16 de junho de 2016, que assim dispõe:

Art. 42 (...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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.

Importa destacar que embora o dispositivo retrotranscrito tenha recebido nova redação, a regra nele contida já era a mesma na redação anterior, a qual se transcreve-se a seguir para conhecimento:

Art. 42 (...)

§ 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.

(Redação vigente até 1º de janeiro de 2016)

Como já explicitado, a antecipação do imposto se aplica, inclusive, nas aquisições de contribuinte enquadrado no Simples Nacional, hipótese em que mesmo não havendo indicação de base de cálculo e destaque do imposto, deverá ser considerado o valor da operação, nos termos do art. 43 do RICMS/02:

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

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:

(...)

XXII - na entrada, no estabelecimento de microempresa ou empresa de pequeno porte, em decorrência de operação interestadual, de mercadoria destinada à comercialização ou industrialização, bem como na utilização de serviço de transporte, na forma prevista no § 14 do art. 42 deste Regulamento, a base de cálculo sobre a qual foi cobrado o imposto na origem.

XXIII - nas hipóteses previstas nos §§ 1º e 14 do art. 42, quando se tratar de mercadoria remetida por contribuinte enquadrado no Simples Nacional, o valor da operação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sendo assim, há em Minas Gerais, uma clara determinação para que a microempresa e a empresa de pequeno porte optantes pelo 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 operação ou prestação oriunda de outra unidade da Federação.

Essa regra existe desde o início do regime do Simples Nacional.

O Poder Judiciário, por meio de decisão do Superior Tribunal de Justiça, já se manifestou sobre essa exigência:

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%. 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.

Portanto, sempre que a empresa optante pelo 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 à respectiva operação interestadual.

Esta é a matéria objeto do lançamento e, em nenhum momento, a Impugnante fez prova da quitação do imposto devido em virtude das operações de entradas provenientes de outros estados da Federação e que ensejam a cobrança da diferença entre alíquota interna e interestadual.

No caso tratado nos autos, a exigência, como visto anteriormente, já se encontra prevista na Lei Complementar n.º 123/06 desde a sua entrada em vigor.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dos signatários, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 10 de maio de 2017.

**Eduardo de Souza Assis
Presidente**

**Alea Bretas Ferreira
Relatora**

GRT

CC/MIG