

Acórdão: 23.179/18/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001060344-62
Impugnação: 40.010146486-79
Impugnante: Comercial Sete Lagoas Eireli
IE: 002009348.02-88
Proc. S. Passivo: Maria de Fátima Celestino
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - FALTA DE RECOLHIMENTO - 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 provenientes de outra unidade da Federação, destinadas à comercialização, por empresa optante pelo Simples Nacional, situada em Minas Gerais, contrariando o disposto no § 14º do art. 42 do RICMS/02. Exigências de ICMS e da Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

O Contribuinte é empresa optante pelo Simples Nacional e nesta condição deixou de recolher o ICMS-antecipação de alíquota incidente sobre as operações interestaduais de aquisição de mercadorias destinadas à comercialização nos termos em que previsto no art. 42, § 14 do Decreto nº 43.080/2002 (RICMS/02).

Exige-se o ICMS e a Multa de Revalidação do art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 no total de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto.

A autuação compreende o período de 01/03/16 a 28/12/17.

Da Impugnação

Intimada do Auto de Infração, a Contribuinte apresenta Impugnação às fls. 45/52, alegando, em síntese:

- ser empresa optante pelo Simples Nacional e tem como objeto social o comércio varejista de artigos do vestuário e congêneres;

- que “a lei aplicável à operação em tela é aquela vigente no momento de sua ocorrência conforme Resolução do Senado Federal nº 13/12 que determinou a aplicabilidade, desde 01/01/13, da alíquota de 4% nas operações interestaduais com mercadorias importadas, após seu desembaraço aduaneiro não tenham sido submetidos a

processo de industrialização, ou ainda que submetidos a qualquer processo de transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento e reacondicionamento”;

- considera ilegal o lançamento, tendo em vista a pretensão de ser aplicada e cobrada alíquota superior a legalmente prevista no tempo da realização do fato gerador;

- que, em consonância com o art. 155, § 2º, inciso I da CF, o art. 19 da Lei Complementar 87/96 dispõe que o ICMS é não cumulativo e que, assim, o Fisco Estadual ao exigir que o contribuinte pague a diferença de alíquota nas aquisições de mercadorias importadas oriundas de outros Estados, acaba por incluí-lo na regra geral. Entretanto, essa exigência é para que o contribuinte apure os seus tributos com base no denominado crédito x débito, não abrangendo os optantes pelo Simples Nacional, sob pena de caracterizar violação ao princípio constitucional da não cumulatividade, tendo em vista a ausência de previsão legal para futura compensação;

- cita decisões judiciais que corroboram com sua tese de ilegalidade da cobrança da antecipação do imposto conforme art. 42, § 14º do RICMS/02, uma vez que fere o princípio constitucional da não cumulatividade;

- pugna pela nulidade do lançamento tributário, visto que feriu o princípio da não cumulatividade do ICMS ao ambicionar cobrar recolhimento integral da antecipação do ICMS utilizando-se de diferença de alíquota instituída pelo regime geral, não observando que ela, Autuada, é optante pelo Simples Nacional, não podendo a Lei Complementar nº 123/06 alterar princípio constitucional da não cumulatividade.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em manifestação de fls. 70/77, rebate as considerações trazidas pela Autuada e pede a improcedência da impugnação, mantendo-se o lançamento, haja vista previsão normativa do § 14 do art. 42 do RICMS/02, com fundamento de validade no art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

DECISÃO

Conforme exposto, o mérito do lançamento refere-se a exigência do ICMS na modalidade de “antecipação” devido pela Contribuinte, na condição de empresa optante pelo Simples Nacional, em razão da aquisição interestadual de mercadorias destinadas à comercialização - art. 42, § 14 do Decreto nº 43.080/02 (RICMS/02).

Inicialmente, cabe lembrar que a “antecipação do imposto” está prevista no art. 13 da Lei Complementar nº 123/06:

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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;

(...)

§ 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”, 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. Tal previsão de tributação – “antecipação” - está presente no Regulamento do ICMS, no art. 42, § 14, que para fins da apuração da base de cálculo faz menção ao inciso I do § 8º e no § 9º do art. 43. A seguir é apresentada a redação vigente na data dos fatos geradores (anos de 2016/2017):

Parte Geral - RICMS/02

Art. 42 As alíquotas do imposto são:

(...)

§ 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.

(...)

Sendo assim, há em Minas Gerais, uma clara determinação para que a microempresa e a empresa de pequeno porte recolha, 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 e já foi referendada pelo Poder Judiciário, em especial, pelo Superior Tribunal de Justiça, valendo destacar parte do voto proferido pelo Ministro Hermam Beijamin no julgamento do Recurso Especial nº 1.193.911/MG, que concluiu inexistir qualquer incompatibilidade entre a antecipação exigida pelos Estados e o princípio da não cumulatividade do ICMS. O Ministro afirmou ainda ser tal cobrança essencial ao equilíbrio concorrencial. Cita-se:

STJ – RESP 1193911/MG

O LEGISLADOR FEDERAL FOI ABSOLUTAMENTE CLARO AO EXCLUIR O RECOLHIMENTO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DA SISTEMÁTICA DO SIMPLES NACIONAL, CONFORME O CITADO ART. 13, § 1º, XIII, "G", DA LC 123/2002:

(...)

NÃO SE TRATA DE TRIBUTAR AS OPERAÇÕES DE SAÍDA PROMOVIDAS PELA EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, MAS APENAS COMPLEMENTAR O VALOR DO ICMS DEVIDO NA OPERAÇÃO INTERESTADUAL.

DE FATO, QUANDO HÁ OPERAÇÃO INTERESTADUAL ENTRE CONTRIBUINTES, INCIDE ALÍQUOTA MENOR DE MODO A FICAR COM O ESTADO DE DESTINO A DIFERENÇA PARA A ALÍQUOTA INTERNA (MAIOR), CONFORME A SISTEMÁTICA DELINEADA CONSTITUCIONALMENTE PARA O IMPOSTO ESTADUAL.

O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA, PARA QUE FIQUE BEM CLARO, APENAS GARANTE AO DIREITO DO ESTADO DE DESTINO À PARCELA QUE LHE CABE NA PARTILHA DO ICMS SOBRE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS.

CASO NÃO HOUVESSE A 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".

POR EXEMPLO, AO SE ADQUIRIR UM INSUMO DO RIO DE JANEIRO DESTINADO A MINAS GERAIS, HÁ INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA INTERESTADUAL DE 12%. SE O MESMO INSUMO FOR ADQUIRIDO NO PRÓPRIO ESTADO, INCIDE A ALÍQUOTA INTERNA DE 18%.

A COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA NÃO ONERA A OPERAÇÃO POSTERIOR, PROMOVIDA PELA EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, MAS APENAS EQUALIZA A ANTERIOR, REALIZADA PELO FORNECEDOR, DE MANEIRA A QUE O DIFERENCIAL DE 6%, NESSE EXEMPLO (= 18 – 12), SEJA RECOLHIDO AOS COFRES DE MINAS GERAIS, MINORANDO OS EFEITOS DA CHAMADA "GUERRA FISCAL".

NADA DISSO, REPITO, 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.

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 VEDADO PELO ART. 23, CAPUT, DA LC 123/2002:

(...)

ORA, O TJ-MG ENTENDEU INDEVIDA A APLICAÇÃO AUTOMÁTICA DO ART. 13, § 1º, XIII, "G", DA LC 123/2002 (COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA), PORQUE A LEI ESTADUAL NÃO PREVÊ A COMPENSAÇÃO POSTERIOR. COMO VISTO, A LEI NÃO FEZ, NEM PODERIA FAZER ISSO, POIS VEDADO PELA SISTEMÁTICA DO SIMPLES NACIONAL.

CASO A EMPRESA ENTENDA CONVENIENTE USUFRUIR DA SISTEMÁTICA DA NÃO-CUMULATIVIDADE, BASTA RETIRAR-SE DO SIMPLES NACIONAL.

O QUE NÃO SE ADMITE É A ADESÃO PARCIAL À SISTEMÁTICA SIMPLIFICADA, COM O RECOLHIMENTO UNIFICADO EM VALORES REDUZIDOS, E, AO MESMO TEMPO, A RECUSA EM RECOLHER O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA OU PRETENSÃO DE APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS PARA REDUÇÃO AINDA MAIOR DO ICMS DEVIDO SOBRE AS SAÍDAS.

ASSIM, 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.

Assim, com entendimento oposto àquele fixado nas decisões colacionadas pela Impugnante e enfrentado exatamente o argumento de violação ao princípio da não cumulatividade, o Superior Tribunal de Justiça declarou a legalidade da cobrança do ICMS antecipação, reconhecendo inclusive sua essencialidade à redução dos impactos da chamada guerra fiscal.

Como dito, 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 (18%) é, em regra, superior àquela incidente nas compras interestaduais (12% ou 4%, esta última para os casos de produtos importados). Neste cenário, favorecido ainda pelo fato das empresas optantes pelo Simples Nacional não aproveitarem créditos, as microempresas e empresas de pequeno porte passariam a adquirir a totalidade das mercadorias revendidas internamente de outras unidades da federação, pois, por uma simples conta matemática, essas teriam um menor custo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, não há que se falar em abuso ou violação aos princípios constitucionais, pois o lançamento está fundamentado no art. 42, § 14 do RCIMS/02, norma vigente, amplamente aplicada e já validada pelo Poder Judiciário.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Heldo Luiz Costa (Revisor) e Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 06 de dezembro de 2018.

Marco Túlio da Silva
Presidente

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri
Relatora