

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS		
--	--	--

Acórdão:	23.231/19/1ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.001145135-79	
Impugnação:	40.010146837-17	
Impugnante:	Ciranda Modas Ltda.	
	IE: 443257208.00-46	
Proc. S. Passivo:	Edvardo Luz de Almeida	
Origem:	DFT/Teófilo Otoni	

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, realizada por empresa optante pelo regime do Simples Nacional, em desacordo com o 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

A autuação versa sobre a acusação fiscal de falta de recolhimento do ICMS devido a título de antecipação tributária, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, por parte da Autuada, contribuinte optante pelo regime do Simples Nacional, no período de 01/10/14 a 30/12/17.

Consoante explicitado no relatório do Auto de Infração, referida exigência fundamenta-se na disposição contida no ar. 13, § 1º, inciso XIII, 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).

Exige-se o ICMS devido e a correspondente multa de revalidação, esta última capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Instruem o presente lançamento, dentre outros, os seguintes documentos:

- Auto de Infração (fls. 02/05);
- Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF (fls. 06/07);
- Demonstrativo do Crédito Tributário (fl. 09);
- mídia eletrônica (CD-RW) contendo planilha com dados das notas fiscais objeto da autuação e o cálculo, por documento fiscal, do ICMS devido (fl. 10).

Da Impugnação

A Autuada tempestivamente comparece aos autos e, por procurador regularmente constituído, apresenta sua Impugnação às fls. 14/23, no âmbito da qual argumenta, em síntese, o que se segue.

De início, discorre acerca da imputação fiscal que lhe foi atribuída e assevera que as exigências em questão decorreriam do Convênio ICMS nº 93/15, mais especificamente de sua Cláusula Nona.

Na sequência, argumenta que tal dispositivo teve sua eficácia suspensa por força de decisão prolatada pelo E. Supremo Tribunal Federal, em sede liminar, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.464, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Nesta perspectiva, aduz que as empresas optantes pelo regime do Simples Nacional estariam desobrigadas de recolher a diferença de alíquotas em operações interestaduais até o julgamento final da ação.

Isto posto, após abordar os votos proferidos por cada um dos ministros da Suprema Corte, a Impugnante invoca também a aplicação do princípio da estrita legalidade em matéria tributária, de que trata o art. 150, inciso I, da Constituição da República, bem assim o art. 112 do Código Tributário Nacional, para, ao final, pedir pelo cancelamento do feito fiscal.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização comparece aos autos e, em manifestação de fls. 33/37, contrapõe-se às alegações da Defendente.

Inicialmente, transcreve a legislação que fundamenta o presente lançamento, reproduz também excerto de julgado exarado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) pertinente ao tema, ressaltando que o “*objetivo dessa cobrança é promover a equalização da carga tributária. Em outras palavras, busca-se, sob o ponto de vista tributário, tornar a aquisição interestadual, que normalmente é feita com a incidência de alíquotas menores, igual à aquisição no estado, que normalmente é feita com a aplicação de alíquotas maiores do que as interestaduais*”.

Além disso, a Fiscalização refuta também o argumento segundo o qual as exigências fiscais estariam suspensas por decisão do STF, ponderando que o “*Convênio ICMS nº 93/15 veio para regulamentar a forma como se operacionalizaria a distribuição da alíquota nas operações interestaduais com destinatários consumidores finais não contribuintes do ICMS. Trata-se de norma regulamentar publicada em razão da edição da Emenda Constitucional (EC) nº 87/15*”.

Ao final, pugna pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS devido a título de antecipação tributária, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, por parte da Autuada, contribuinte optante pelo regime do Simples Nacional, no período de 01/10/14 a 30/12/17.

Exige-se, por consequência, o ICMS devido e a correspondente multa de revalidação, esta última capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A exigência da antecipação do imposto fundamenta-se no item 2, alínea “g”, inciso XIII, § § 1º e 5º, art. 13, da Lei Complementar nº 123/06, abaixo reproduzido:

LEI COMPLEMENTAR Nº 123

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 pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional.

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 outras palavras, não fosse a exigência do imposto equivalente à diferença entre as alíquotas, haveria vantagem indevida para as empresas optantes pelo regime de tributação do Simples Nacional que adquirem mercadorias de outros estados em relação àquelas que realizam suas compras internamente, visto que o ICMS que incide sobre a operação interestadual é, em regra, menor do que àquele incidente no âmbito interno do estado.

Como não poderia deixar de ser, o Regulamento do ICMS disciplina a matéria nos mesmos termos, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

(...)

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.

Confira-se também, a propósito do tema, a manifestação do E. Superior Tribunal de Justiça:

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 HOVE. POR CONTA DA OMISSÃO DA LEI

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 empresa optante pelo Simples Nacional adquirir em operação interestadual mercadoria destinada à industrialização, deverá fazer o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

recolhimento do “ICMS antecipação” no caso em que a alíquota interna com os produtos adquiridos for superior à alíquota aplicada à respectiva operação interestadual.

Quanto à alegação de que referida obrigação estaria suspensa por força de decisão prolatada pelo E. Supremo Tribunal Federal, em sede liminar, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.464, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), falece razão à Impugnante.

Com efeito, a mencionada ação judicial (ADI nº 5.464) tem por objeto as exigências resultantes do Convênio ICMS nº 93/15, editado em face da Emenda Constitucional nº 87/15, que, como bem assinalado pela Fiscalização, nada tem a ver com o presente lançamento.

De fato, por meio da citada Emenda Constitucional, restou determinada a divisão, entre os estados de origem e de destino, da receita tributária incidente nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto.

Isto posto, a discussão travada no âmbito da ADI nº 5.464 diz respeito à disposição contida na Cláusula Nona do Convênio ICMS nº 93/15, segundo a qual aplicar-se-iam as disposições do dito 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.

Vê-se, portanto, que se trata de hipótese diversa daquela que suscitou o presente lançamento.

De igual modo, também não assiste razão à Impugnante quando alega suposta violação ao princípio da legalidade tributária (de que trata o art. 150, inciso I, da Constituição da República), uma vez que o Auto de Infração ora em apreço encontra-se devidamente amparado pela legislação vigente, consoante normas legais e regulamentares retrotranscritas.

Por fim, descabe também cogitar da aplicação, *in casu*, da disposição contida no art. 112 do Código Tributário Nacional, uma vez que inexistente qualquer dúvida relacionada à penalidade cominada, a qual encontra-se perfeitamente adequada à situação dos autos.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Wagner Dias Rabelo (Revisor), Marco Túlio da Silva e Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 12 de março de 2019.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Relator

D

23.231/19/1ª