

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.235/16/2ª Rito: Sumário.
PTA/AI: 01.000429812-02
Impugnação: 40.010140951-65
Impugnante: Drop Surf Comércio de Roupas e Acessórios Ltda - EPP
IE: 062227458.00-21
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - FALTA DE RECOLHIMENTO. Constatada a falta de recolhimento de ICMS sobre a diferença entre as alíquotas interna e interestadual na aquisição de mercadoria, em outra unidade da Federação, destinada a comercialização por empresa inscrita no Simples Nacional, conforme previsto no art. 42, § 14, 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 falta de recolhimento de ICMS sobre a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, em razão da aquisição de mercadorias de outra unidade da Federação, por contribuinte mineiro optante pelo regime de Tributação do Simples Nacional, referente ao período de 01/07/12 a 31/10/15, conforme dispõe o art. 42, § 14, do RICMS/02.

Foram objetos da autuação as notas fiscais de entrada com CFOP 6102 (mercadoria adquirida ou recebida de terceiros).

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

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 59/74.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 100/109.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação decorre da falta de recolhimento de ICMS sobre a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, em razão da aquisição de mercadorias de outra unidade da Federação, por contribuinte mineiro optante pelo regime de Tributação Simples Nacional, referente ao período de 01/07/12 a 31/10/15, conforme dispõe o art. 42, § 14, do RICMS/02.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante requer a invalidação do trabalho fiscal sob a alegação de que ocorreu infringência ao princípio constitucional da não cumulatividade, afirmando estar enquadrada no regime de Tributação do Simples Nacional. Cita o art. 155, § 2º, incisos I e II, alíneas “a” e “b”, da Constituição da República/88 para fundamentar sua tese.

Argumenta que a cobrança realizada pelo estado de Minas Gerais é indevida, pois não pode ser compensada na etapa posterior tendo em vista a vedação prevista no art. 23, da Lei Complementar (LC) nº 123/06.

Aduz ainda que uma lei infraconstitucional como a legislação mineira não pode desrespeitar a Constituição da República. No entendimento da Impugnante a cobrança do diferencial de alíquota leva à bitributação.

Todavia, razão não lhe assiste.

O trabalho fiscal foi lastreado nas notas fiscais eletrônicas emitidas e destinado ao Sujeito Passivo. Foram autuadas as operações de entrada cujos remetentes eram de outra unidade da Federação, e que tivessem CFOP 6102.

A cobrança do ICMS referente ao diferencial de alíquota decorre do regime tributário optado pela Impugnante (Simples Nacional), regulamentado pela LC nº 123/06, que no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “h” determina que o recolhimento do ICMS pelo regime de Tributação do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS nas aquisições em outros estados e no Distrito Federal, não cabendo a alegação de ilegalidade da cobrança realizada pela Fiscalização.

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:

(...)

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;

Cumprido salientar que ao teor da lei nacional, o estado de Minas Gerais regulamentou o procedimento no art. 42 do Decreto nº 43.080/02 (RICMS/02):

Art. 42 As alíquotas do imposto são:

(...)

§ 14. Ficam a microempresa e a empresa de pequeno porte obrigadas a recolher, a título

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

deantecipação 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.”

Cabe ressaltar portanto, que a antecipação do imposto aplica-se, 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:

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.

Sendo assim, há na legislação mineira, uma clara determinação legal para que a microempresa e a empresa de pequeno porte 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.

Necessário ressaltar que Autuada sujeita-se à aplicação da alíquota prevista no art. 42, alínea “e” do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 42.

(...)

e) 18% (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

(...).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Superintendência de Tributação (SUTRI) do estado de Minas Gerais, já se pronunciou sobre esse assunto e fez publicar a seguinte Consulta de Contribuinte (nº 110/08):

SIMPLES NACIONAL - ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO - PRODUTOS DO VESTUÁRIO.

-Na apuração da antecipação do imposto prevista na alínea "F", § 5º, art. 6º da Lei nº 6763/75 e no § 14, art. 42, Parte Geral do RICMS/02, deverá ser considerada a alíquota interna fixada no *caput* do art. 42 mencionado, independentemente da existência de previsão de benefícios fiscais para operações internas.

(...)

RESPOSTA: (...) Até 26/03/2008, era de 18% (dezoito por cento) a alíquota interna prevista para incidir nas saídas de produtos do vestuário promovidas tanto por estabelecimentos industriais quanto por estabelecimentos comerciais, atacadistas ou varejistas. Dessa forma, para fatos ocorridos até essa data, em todas as hipóteses apresentadas pela Consulente é devido o recolhimento, a título de antecipação do imposto, do valor resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Entretanto, o Decreto n.º 44.754, de 14/03/2008, acrescentou a subalínea *b.55* ao inciso I do art. 42, Parte Geral do RICMS/2002, fixando a alíquota de 12% (doze por cento) para as saídas internas de produtos do vestuário promovidas por estabelecimento industrial fabricante com destino a contribuinte inscrito neste Estado.

Diante disso, para fatos ocorridos a partir de 27/03/2008, data em que mencionada alteração passou a produzir efeitos, não é devida a antecipação do imposto referida, em relação às aquisições de artigos do vestuário de estabelecimento industrial fabricante de outra unidade da Federação, posto que a alíquota interna está igual à interestadual.

Contudo, na aquisição interestadual dos referidos produtos de estabelecimento que não seja industrial fabricante, permanece a obrigação da Consulente de antecipação do imposto nos termos da legislação mencionada, tendo em vista que, caso a mercadoria seja adquirida dentro do Estado na mesma condição, a operação será tributada à alíquota de 18% (dezoito por cento).

Embora a Autuada tenha por atividade o comércio varejista de vestuários e artigos esportivos, conforme se depreende pelo contrato social acostado às fls. 47/52

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dos autos, no qual consta o seu objeto social, salienta-se que a alíquota de 12% (doze por cento) para calçados e artigos do vestuário é aplicada somente para estabelecimento industrial, em operações internas (destinadas a contribuinte mineiro).

Também não se verifica afronta ao princípio da não cumulatividade. O Poder Judiciário, por meio de decisão do Superior Tribunal de Justiça, já se manifestou sobre a pertinência dessa exigência, onde resta explicitado que 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. Veja-se:

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 empresa optante pelo Simples Nacional adquirir em operação interestadual, mercadoria destinada à industrialização, 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.

No tocante à correção dos valores relativos ao imposto e multas pela Taxa Selic, verifica-se que o art. 127 da Lei nº 6.763/75 c/c § 3º, art. 5º da Lei Federal nº 9.430/96 prevê tal imposição, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

Art. 127 - Os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributos e multas no prazo legal terão seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei nº 9.430/96

Art. 5º - O imposto de renda devido, apurado na forma do artigo 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

(...)

§ 3º - As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgamento de Recurso Especial Repetitivo (REsp nº 879.844), pacificou a legitimidade da aplicação, pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, da Taxa Selic na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de lei estadual que determina a adoção dos mesmos critérios definidos na correção dos débitos fiscais federais.

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 ao pedido de cancelamento ou redução das penalidades, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente, em razão da vedação constante no item 3 do § 5º:

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 3º- A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Maria de Lourdes Medeiros (Revisora) e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 19 de outubro de 2016.

**Sauro Henrique de Almeida
Presidente**

**Vander Francisco Costa
Relator**

CS/D