

Ref.: nº 02/2016

PEC nº 87/2015

A Emenda Constitucional nº 87/2015, alterou o Art. 155 da Constituição Federal, determinando novas regras para a divisão do ICMS em operações interestaduais, com o objetivo de equalizar a distribuição, especialmente nas operações que destinem mercadorias à não contribuintes.

Com isso, a alteração do texto ocorreu da seguinte forma:

(redação anterior)

“Art. 155 (...)

VII – em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

- a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;*
- b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele.*

VIII – na hipótese da alínea “a” do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.”

(nova redação)

“Art. 155 (...)

VII – nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual.

VIII – a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente entre a diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:

- a) ao destinatário, quando ele for contribuinte do imposto;*
- b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto.”*

Anteriormente, nas operações que destinassem mercadorias e serviços a consumidor final não contribuinte do imposto localizado em outro Estado, aplicava-se a alíquota interna do Estado de origem, permanecendo com esse todo o imposto. Com a modificação, a partir de 01.01.2016, nessas operações deve ser aplicada a alíquota interestadual, passando a pertencer ao Estado de destino o valor correspondente a diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual, de forma gradual, até que em 2019 a totalidade deste percentual fique com o destino.

Assim, a PEC 87/2015 inseriu no Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias (ADCT) da CF/88, o Artigo 99, estabelecendo um período de transição, para possibilitar a adequação financeira dos Estados, dividindo a receita em percentuais gradativos, até 2019, quando a totalidade do montante será revertido em favor do Estado de Destino.

“Art. 99. Para efeito do disposto no inciso VII do §2º do Art. 155, no caso de operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outro Estado, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual será partilhado entre os Estados de origem e de destino, na seguinte proporção:

I – para o ano de 2015: 20% (vinte por cento) para o Estado de destino e 80% (oitenta por cento) para o Estado de origem;

II – para o ano de 2016: 40% (quarenta por cento) para o Estado de destino e 60% (sessenta por cento) para o Estado de origem;

III – para o ano de 2017: 60% (sessenta por cento) para o Estado de destino e 40% (quarenta por cento) para o Estado de origem;

IV – para o ano de 2018: 80% (oitenta por cento) para o Estado de destino e 20% (vinte por cento) para o Estado de origem;

V – a partir do ano de 2019: 100% (cem por cento) para o Estado de destino.”

Convênio nº 93/2015

Para regular estas operações, o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), publicou em abril, o Convênio nº 93/2015, visando regulamentar as normas gerais estipuladas pela EC 87/2015.

Com vigência a partir de 01.01.2016, o Convênio nº 93, regula as principais mudanças:

- a) Assegura o recolhimento do Estado de destino, da diferença entre a alíquota interna de ICMS e a interestadual;
- b) Garante a não cumulatividade do imposto, conferindo direito aos créditos dos valores adimplidos nas etapas anteriores à saída do estabelecimento remetente, no Estado de origem;
- c) Exige uma Guia Nacional de Recolhimentos de Tributos Estaduais (GNRE) para o recolhimento do diferencial, em cada saída de mercadoria;
- d) Possibilidade de exigência de cadastro das empresas pelos Estados de destino.

Determina também que a operacionalização ocorrerá da seguinte forma:

O Remetente deverá:

- a) Utilizar a alíquota interna do Estado de destino, para calcular o ICMS total da operação;
- b) Utilizar a alíquota interestadual, para o cálculo do imposto devido ao Estado de origem;
- c) Recolher, para o Estado de destino, o imposto correspondente à diferença entre os impostos calculados nas alíneas anteriores.

Problemas para os optantes do Simples Nacional

- **Novo Diferencial de Alíquotas**

A Lei Complementar nº 123/2006 (Lei Geral do Simples Nacional) dispõe que, embora os optantes do Simples Nacional estejam submetidos a uma arrecadação unificada, não estão dispensados do pagamento da diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto.

O Convênio estabelece nova obrigação aos optantes do Simples, impondo o recolhimento do diferencial de alíquotas, quando da saída de mercadoria ou serviços pelo estabelecimento.

“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.”

Assim, as MPE's optantes do Simples Nacional irão acumular duas obrigações relativas ao ICMS a partir de 1º de janeiro de 2016:

- Adicional de alíquota sobre a compra interestadual;
- Adicional de alíquota sobre a venda, em operação interestadual destinada a pessoa não contribuinte do ICMS.

A nova obrigação acarreta o pagamento de um segundo ICMS, além do já previsto na legislação, pois atualmente as empresas enquadradas no Simples Nacional não recolhem ICMS na venda de mercadoria para pessoa não contribuinte do ICMS. Consequentemente, haverá um significativo aumento da carga tributária para essas empresas.

- **Nova obrigação acessória**

Em sua cláusula quarta o convênio estabelece a obrigatoriedade de utilização da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE (ou outro documento de arrecadação), conforme a legislação do Estado de destino, nas saídas de bens ou prestação de serviços, em relação a cada operação ou prestação.

Com isto, para cada venda realizada, deverá ser gerada uma GNRE, obrigação que será de extrema dificuldade em ser cumprida pelas empresas, especialmente para estabelecimentos que tenham um volume elevado de vendas.

- ***Exigência de cadastro nos Estados de destino***

Por sua vez, a cláusula quinta do convênio prevê a possibilidade de os Estados de destino, exigirem das empresas remetentes, um cadastro em suas Fazendas estaduais, o que poderá acarretar com que empresas que vendam para vários Estados sejam obrigadas a fazer esta inscrição em cada um deles, gerando mais um impedimento ao desenvolvimento de suas atividades.

Violação ao tratamento constitucional diferenciado

Assim, o Convênio viola o tratamento constitucional diferenciado conferido aos optantes do Simples Nacional, conforme os seguintes artigos da Constituição Federal:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que(...).”

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

Resta claro que o Convênio nº 93/2015 extrapola o teor da Emenda Constitucional nº 87/2015, a qual não prevê expressamente a aplicação da medida para os optantes do Simples Nacional.

Não é de competência do CONFAZ o estabelecimento de regras que impactem nas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte optantes do Simples Nacional.

Ainda, o dispositivo viola o Art. 26, §4º, da LC 123/2006, o qual veda a exigência de obrigações que não sejam estipuladas por ato do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

“§ 4º É vedada a exigência de obrigações tributárias acessórias relativas aos tributos apurados na forma do Simples Nacional além daquelas estipuladas pelo CGSN e atendidas por meio do Portal do Simples Nacional, bem como, o estabelecimento de exigências adicionais e unilaterais pelos entes federativos, exceto os programas de cidadania fiscal.”

Além disso, cabe destacar também o artigo 1º, §3º da LC 123/2006:

“Art. 1º

(...)

§3º. *Ressalvado disposto no Capítulo IV, toda nova obrigação que atinja as microempresas e empresas de pequeno porte deverá apresentar, no instrumento que a instituiu, especificação do tratamento diferenciado, simplificado e favorecido para cumprimento.*”

(...)

§6º. *A ausência de especificação do tratamento diferenciado, simplificado e favorecido ou da determinação de prazos máximos, de acordo com os §§3º e 4º, tornará a nova obrigação inexigível para as microempresas e empresas de pequeno porte.*”

Deste modo, o texto deixa expresso que ausência de previsão do tratamento favorecido e diferenciado torna as novas obrigações previstas no Convênio nº 93/2015, inexigíveis para as MPE's do Simples Nacional.

O Convênio, além de não prever expressamente o tratamento diferenciado, estabelece o mesmo tratamento conferido às médias e grandes empresas, desrespeitando o tratamento constitucional diferenciado e favorecido dos pequenos.

Desdobramentos

Após a edição do Convênio nº 93/2015, novas regras surgiram visando ajustar sua aplicação pelas empresas.

- **Convênio ICMS nº 152/2015:** Dentre outras disposições, estabelece a simplificação, até 30.06.2016, da inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS, com dispensa de apresentação de documentos; e a fiscalização de caráter exclusivamente orientador, desde que ocorra o pagamento do imposto.
- **Convênio ICMS nº 153/2015:** Institui condições para que sejam aplicados os benefícios fiscais de redução de base de cálculo e isenção, na apuração do novo diferencial de alíquotas do ICMS devido nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte, localizado em outra unidade federada.

Em âmbito estadual, a Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul aprovou em dezembro de 2015, a Lei nº 14.804/2015, internalizando as regras da EC nº 87/2015.

Posteriormente foram editados decretos com orientações para a operacionalização:

- **Decreto nº 52.754/2015**
- **Decreto nº 52.839/2015**
- **Decreto nº 52.854/2015**

Conclusões

Com relação ao combate à guerra fiscal existente entre alguns Estados, oriundos especialmente do comércio eletrônico, entendemos que a modificação é positiva, uma vez que, tem o propósito de equilibrar distorções relativas à distribuição do ICMS das operações não presenciais à consumidor final não contribuinte.

O problema concentra-se nos optantes do Simples Nacional, para os quais haverá aumento da carga tributária, através do pagamento de um novo diferencial de alíquotas, exclusivamente nas vendas interestaduais à consumidores não contribuintes; além de nova obrigação acessória com a geração da guia GNRE; bem como de realização de inscrição nos cadastros dos estados de destino.

Por todo o exposto, entendemos que a medida não deve ser aplicada aos optantes do Simples Nacional, para que mantenham condições de se desenvolver e crescer, atendendo aos dispositivos constitucionais que lhe conferem tratamento diferenciado.

Ocorre que as normas estão vigentes, e as empresas devem cumpri-lás, sob pena de fiscalização e aplicação de multas, lembrando que num primeiro momento a fiscalização será somente orientadora. Como segunda opção, as empresas podem ingressar com Mandado de Segurança, visando a obtenção de medida liminar e a realização de depósitos judiciais.

Permanecemos à disposição para demais esclarecimentos que se fizerem necessários.

Porto Alegre, 20 de janeiro de 2016.

É permitida a reprodução total ou parcial deste conteúdo, elaborado pela FECOMÉRCIO-RS, desde que citada a fonte. A FECOMÉRCIO-RS não se responsabiliza por atos/interpretações/decisões tomadas com base nas informações disponibilizadas por suas publicações.