

Acórdão: 23.471/19/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001197325-11
Impugnação: 40.010148576-34, 40.010148577-15 (Coob.)
Impugnante: Giliana Maria de Oliveira
IE: 001081046.00-41
Giliana Maria de Oliveira (Coob.)
CPF: 049.837.986-84
Proc. S. Passivo: Jean Rodrigues Chaves/Outro(s)
Origem: DFT/Poços de Caldas

EMENTA

ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - 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 por contribuinte optante pelo regime do Simples Nacional, situado em Minas Gerais, em desacordo com o previsto no § 14 do art. 42 do RICMS/02. 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 fevereiro de 2015 a julho de 2017.

Consoante explicitado no relatório do Auto de Infração, referida exigência fundamenta-se na disposição contida no art. 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:

- Termo de Intimação nº 112/2018 (fl. 02);
- Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF (fl. 04);
- Auto de Infração (fls. 06/09);
- Relatório de Autuação Fiscal (fls. 10/17);
- Anexo 1: Consulta de Dados Cadastrais (fls. 18/22);

- Anexo 2: Relatório “Recolhimentos ICMS” e “Demonstrativo de Crédito Tributário” (fls. 23/39);

- Anexo 3: Mídia digital (CD) contendo cópias reprográficas das notas fiscais eletrônicas (NF-e) objeto da autuação e planilha contendo demonstrativo do cálculo do ICMS devido a título de antecipação tributária (fl. 40).

Da Impugnação

A Autuada comparece tempestivamente aos autos e, por procurador regularmente constituído, apresenta sua Impugnação às fls. 45/75, no âmbito da qual argumenta, em síntese, o que se segue.

De início, argumenta no sentido da absoluta incompetência dos Auditores estaduais quanto ao controle fiscal dos contribuintes optantes pelo regime do Simples Nacional.

Em seguida, ainda em sede preliminar, a Impugnante requer a nulidade do feito fiscal por entender que o Auto de Infração não contém a fundamentação legal que ampare a Coobrigação da empresária individual.

Como se não bastasse, a Autuada pugna também pela nulidade do lançamento ao argumento de que teria havido cerceamento do seu direito de defesa, eis que, a seu ver, o Auto de Infração careceria de precisão e clareza no tocante aos valores exigidos pela Fiscalização, bem como quanto à forma de apuração do respectivo crédito tributário.

Especificamente no que atine ao mérito do trabalho fiscal, a Impugnante aponta a existência de erro em virtude da inconstitucionalidade da cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15.

Nesse sentido, destaca que a exigência do diferencial de alíquotas instituído pela Emenda Constitucional nº 87/15 encontra-se suspensa, desde o dia 18 de fevereiro de 2016, por força de decisão exarada pelo E. Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.464, motivo pelo qual reputa insubsistente o lançamento ora em apreço.

Demais disso, entende ainda a Impugnante que teria havido erro na alíquota aplicada pela Fiscalização para fins de apuração do crédito tributário, uma vez que, no seu entendimento, deveriam ter sido observadas as alíquotas constantes do Anexo I da Lei Complementar nº 123/06, cujo conteúdo transcreve em sua peça de defesa.

Ainda no tocante a este aspecto, a Autuada ressalta que a alíquota interna aplicável aos produtos em questão (vestuário e calçados) era, até o dia 31/12/15, de 12% (doze por cento) e não de 18% (dezoito por cento), conforme exigido pela Autoridade fiscal.

Por fim, a Impugnante insurge-se contra a exigência da multa de revalidação, tanto por entendê-la incabível, como também por reputar caracterizado o efeito confiscatório vedado pela Carta Magna (art. 150, inciso IV).

Na sequência, advoga a tese que, no máximo, poder-se-ia cogitar da exigência, *in casu*, de penalidade por descumprimento de obrigação acessória,

requerendo, ainda, a produção de prova pericial, conforme quesitos que formula às fls. 73/74 dos autos.

Isto posto, pede o cancelamento do feito fiscal.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização comparece aos autos e, em bem fundamentada Manifestação de fls. 92/115, contrapõe-se às alegações do Defendente.

Inicialmente, refuta a alegação de incompetência da Secretaria de Estado da Fazenda para, por intermédio de seus auditores fiscais, exercer atividades de controle fiscal dos contribuintes optantes pelo regime do Simples Nacional, citando e transcrevendo os fundamentos legais que amparam tal assertiva.

Em seguida, a Fiscalização passa a tratar da questão afeta à formação do polo passivo da obrigação tributária, pugnando pela higidez do feito.

De igual modo, manifesta também sua oposição em relação aos argumentos da Impugnante de que o lançamento estaria eivado de nulidade, seja pelo suposto cerceamento de direito de defesa, seja pela alegada falta de precisão e clareza do Auto de Infração.

Para tanto, discorre pormenorizadamente acerca tanto do procedimento fiscal adotado, quanto da legislação aplicável ao caso, a qual transcreve em sua manifestação.

Demais disso, justifica as exigências de tributo e multas, constantes do Auto de Infração, bem assim a metodologia de apuração do crédito tributário adotada no presente lançamento, trazendo à colação, ademais, excertos doutrinários e jurisprudenciais pertinentes à matéria ora em apreço.

Também quanto à alegação de incorreção no tocante à alíquota utilizada para apuração do crédito tributário, a Fiscalização contrapõe-se à Impugnante, valendo-se, mais uma vez, da transcrição e análise da legislação aplicável, para concluir pela correção do trabalho realizado.

Ao final, após justificar a cominação da multa de revalidação e manifestar-se contrariamente à perícia requerida, por entende-la desnecessária e meramente protelatória, pugna pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento.

Entretanto, razão não lhe assiste, pois o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Ressalte-se, a propósito, que descabe cogitar de incompetência da Autoridade lançadora, haja vista as disposições constantes da Lei Complementar nº 123/06, a seguir reproduzidas, *in verbis*:

Art. 33. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

(...)

§ 1o-C. As autoridades fiscais de que trata o caput têm competência para efetuar o lançamento de todos os tributos previstos nos incisos I a VIII do art. 13, apurados na forma do Simples Nacional, relativamente a todos os estabelecimentos da empresa, independentemente do ente federado instituidor.

(...)

§ 3o O valor não pago, apurado em procedimento de fiscalização, será exigido em lançamento de ofício pela autoridade competente que realizou a fiscalização. (destacou-se)

De igual modo, também não procede a alegação de que o lançamento careceria da devida fundamentação no que concerne à formação do polo passivo da obrigação tributária.

Consoante se pode constatar pela mera leitura do Auto de Infração, a Fiscalização cuidou de explicitar (fls. 06/07) os dispositivos legais pertinentes ao tema, os quais foram, inclusive, transcritos no “Relatório de Autuação Fiscal” anexo ao referido Auto (fls. 10/17).

Por fim, também falece razão à Autuada quando defende estar configurado o cerceamento do seu direito de defesa, por suposta carência de precisão e clareza no tocante aos valores exigidos pela Fiscalização, bem assim quanto à forma de apuração do respectivo crédito tributário.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com feito, a par das razões e fundamentos explicitados no corpo do próprio Auto de Infração, dentre os documentos a ele anexados figura ainda a mídia digital de fl. 40, contendo a imagem de todos as notas fiscais objeto do presente lançamento, além de pormenorizado demonstrativo de apuração do crédito tributário.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender ser necessária à elucidação de eventuais obscuridades deste processo, formulando, para tanto, os quesitos de fls. 73/74 dos autos.

Segundo a doutrina “em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISÃO DE CONTRATO - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DO CONHECIMENTO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA. O INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL, QUANDO CONSTATADA SUA DESNECESSIDADE, NÃO CONFIGURA CERCEAMENTO DE DEFESA. (PROCESSO NÚMERO 1.0024.14.076459-8/001, DES.^a APARECIDA GROSSI, TJMG DATA DO JULGAMENTO: 13/05/15 DATA DA PUBLICAÇÃO: 14/05/15)

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08:

Art. 142 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

Desse modo, como os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos, indefere-se o pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

Do Mérito

Consoante relatado, a presente 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 fevereiro de 2015 a julho de 2017.

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

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, a seguir reproduzido:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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*

Art. 42 As alíquotas do imposto são:

(...)

§ 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sendo assim, resta clara a determinação para que os contribuintes optantes pelo regime do 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 prestação oriunda de outra unidade da Federação.

Tal regra existe desde o início do regime do Simples Nacional e já foi referendada pelo Poder Judiciário, por meio de decisão do Superior Tribunal de Justiça, que assim se manifestou:

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 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.

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Com referência à alegação de que teria havido erro na aplicação da alíquota, a Fiscalização deixou consignado, *in verbis*:

Quanto as alíquotas aplicadas para apuração da antecipação do imposto, novamente a Impugnante vale-se de interpretação própria da Lei, omitindo a legislação tributária vigente, uma vez que os §§ 1^a e 5^o do art. 13 da Lei Complementar 123/06 dispõem que tal exigência observará a legislação aplicável as demais pessoas jurídicas.

(...)

Assim, a alíquota interna de 12% estava adstrita até 31/12/2015 nas operações oriundas do estabelecimento industrial fabricante dos mesmos, ie, o Regulamento do ICMS, promovia um benefício de uma alíquota menor para os contribuintes industriais, como forma de incentivo, enquanto que para os contribuintes atacadistas, distribuidores ou varejistas, a alíquota interna aplicável era a de 18%.

A Fiscalização, ciente desta diferença de tratamento tributário, tomou todas as precauções para separar as entradas de acordo com o CFOP (Código Fiscal de Operações e Prestações) declarado pelo emitente, e desta forma considerou para o período até 31/12/2015 a alíquota interna de 12% nas remessas com CFOP 6101 (venda de produção do estabelecimento) que correspondem as vendas de produtos produzidos pelo remetente.

Já a alíquota interna de 18% foi considerada para as operações consignadas com CFOP 6102 (venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros), ou seja, aquelas em que o próprio fornecedor emitente reconhece e declara que não são de sua fabricação própria, mas oriundas da aquisição de terceiros,

atuando neste caso como um revendedor ou atacadista destas mercadorias.

Tal cuidado, pode ser observado na amostragem das planilhas de fls. 34 a 39, onde as remessas com CFOP 6102 foram todas calculadas considerando a alíquota interna de 18% e as de CFOP 6101 (fls. 36 – mês de maio de 2015) foram calculadas considerando a alíquota interna de 12%. Percebe-se nesta planilha que neste segundo caso, a diferença decorre do próprio remetente informar que sua alíquota interestadual era de 4%.

Sem razão, portanto, a Impugnante.

De igual modo, também não lhe socorrem as assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade, inclusive quanto ao pretense 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 princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUI QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...).AG
.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886
MINAS GERAIS DE 07/04/2015

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri (Revisora), Marco Túlio da Silva e Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 03 de dezembro de 2019.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Relator

CC/MG