

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.251/22/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002461865-32
Impugnação: 40.010154678-81
Impugnante: Minas Brasil Máquinas e Equipamentos Eireli
IE: 003032984.00-45
Proc. S. Passivo: Vinícius Naves Araújo
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - SIMPLES NACIONAL. Constatada a falta de recolhimento/recolhimento a menor de ICMS devido a título de Antecipação Tributária, por contribuinte mineiro, enquanto optante pelo regime de tributação do Simples Nacional, nas operações de aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação para industrialização, beneficiamento ou acondicionamento não industriais complementares à produção primária, comercialização ou utilização na prestação de serviço, onde a alíquota interna do ICMS foi maior do que a alíquota interestadual aplicável, em desacordo com o previsto no § 14 do art. 42 do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS/Antecipação 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/recolhimento a menor do ICMS a título de Antecipação Tributária, por contribuinte mineiro, enquanto optante pelo regime de tributação do Simples Nacional, nas operações de aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação para industrialização, beneficiamento ou acondicionamento não industriais complementares à produção primária, comercialização ou utilização na prestação de serviço, no período de 12/12/17 a 28/12/20, onde a alíquota interna do ICMS foi maior do que a alíquota interestadual aplicável.

Consoante explicitado no relatório do Auto de Infração, referida exigência fundamenta-se na disposição contida no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2 e § 5º da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 5º, inciso X, alínea “g”, item 2 da Resolução CGSN nº 094/11, atualizada pelo art. 5º, inciso XII, alínea “g”, item 2 da Resolução CGSN nº 140/18, o art. 6º, § 5º, alínea “f” da Lei nº 6.763/75 e o art. 42, § 14, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02 (RICMS/02).

São exigidos o ICMS devido e a correspondente Multa de Revalidação, capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Autuada foi optante pelo Simples Nacional no período de 29/08/17 a 31/12/20.

Foram anexados à peça fiscal os seguintes documentos:

Anexo 1 – Planilha Apuração ICMS Antecip (planilha Excel vinculada à pág. 19);

- Anexo 2 – PTA 5900001822799 (planilha Excel vinculada à pág. 20);

- Anexo 3 – PTA 5900005384397 (planilha Excel vinculada à pág. 21);

- Inteiro Teor do Acórdão do Recurso Extraordinário 970.821 Rio Grande do Sul (págs. 22/122).

A Autuada foi cientificada da emissão do Auto de Início da Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000042443.01 em 02/06/22 (págs. 05/06).

Foi, ainda, cientificada da emissão do Auto de Infração, em 26/07/22, conforme documentos às págs. 123/125.

Inconformada, a Autuada apresenta, por procurador legalmente constituído e tempestivamente, Impugnação às págs. 128/149, anexando documentos ao e-PTA às págs. 150/417.

Em resposta aos argumentos da Defesa, a Fiscalização manifesta-se às págs. 418/438.

DECISÃO

Como relatado, a autuação versa sobre a falta de recolhimento/recolhimento a menor do ICMS a título de Antecipação Tributária, por contribuinte mineiro, enquanto optante pelo regime de tributação do Simples Nacional, nas operações de aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação para industrialização, beneficiamento ou acondicionamento não industriais complementares à produção primária, comercialização ou utilização na prestação de serviço, no período de 12/12/17 a 28/12/20, onde a alíquota interna do ICMS foi maior do que a alíquota interestadual aplicável.

São exigidos o ICMS devido e a correspondente Multa de Revalidação, capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

A referida exigência fundamenta-se na disposição contida no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2 e § 5º da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 5º, inciso X, alínea “g”, item 2 da Resolução CGSN nº 094/11, atualizada pelo art. 5º, inciso XII, alínea “g”, item 2 da Resolução CGSN nº 140/18, o art. 6º, § 5º, alínea “f” da Lei nº 6.763/75 e o art. 42, § 14, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02 (RICMS/02). Veja-se:

LEI COMPLEMENTAR nº 123, de 14/12/06

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:

(...)

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.

§ 6º O Comitê Gestor do Simples Nacional:

(...)

II - poderá disciplinar a forma e as condições em que será estabelecido o regime de antecipação do ICMS previsto na alínea g do inciso XIII do § 1º deste artigo.

Resolução CGSN nº 094/11

Art. 5º A ME ou EPP optante pelo Simples Nacional deverá recolher os seguintes tributos, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, nos termos da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, além daqueles relacionados no art. 4º: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 13, § 1º, incisos I a XV)

(...)

X - 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;

Resolução CGSN n° 140/18

Art. 5° O recolhimento na forma prevista no art. 4° não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos pela ME ou EPP na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas: (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 13, inciso VI, § 1°, incisos I a XV; art. 18, § 5°-C; art. 18-A, § 3°, inciso VI e art. 18-C)

(...)

XII - ICMS devido:

(...)

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados ou no Distrito Federal sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual e ficará vedada a agregação de qualquer valor;

(...)

§ 2° A diferença entre a alíquota interna e a interestadual do ICMS de que tratam as alíneas "g" e "h" do inciso XII do caput será calculada tomando-se por base as alíquotas aplicáveis às pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional. (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 13, § 5°)

LEI ESTADUAL n° 6.763 de 26/12/75

Art. 6° Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

§ 5° O Estado poderá exigir o pagamento antecipado do imposto, com a fixação, se for o caso, do valor da operação ou da prestação subsequente, a ser efetuada pelo próprio contribuinte, na hipótese de:

(...)

Efeitos de 28/12/2007 a 28/12/2017 - Acrescido pelo art. 1° e vigência estabelecida pelo art. 20, ambos da Lei n° 17.247, de 27/12/2007:

f) aquisição, por microempresa ou empresa de pequeno porte, de mercadoria destinada a comercialização ou industrialização, relativamente à diferença entre a alíquota de aquisição e a alíquota interna.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Efeitos a partir de 29/12/2017 - Redação dada pelo art. 7º e vigência estabelecida pelo art. 93, ambos da Lei nº 22.796, de 28/12/2017.

f) aquisição, por microempresa ou empresa de pequeno porte, de mercadoria destinada a comercialização, industrialização, beneficiamento ou acondicionamento não industriais complementares à produção primária, ou à utilização na prestação de serviço, relativamente à diferença entre a alíquota de aquisição e a alíquota interna.

DECRETO ESTADUAL nº 43.080 de 13/12/02 - RICMS

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

(...)

Efeitos de 17/08/2017 a 21/05/2018 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 47.241, de 16/08/2017:

§ 14. O contribuinte enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte que adquirir 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.

Efeitos a partir de 22/05/2018 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 47.411, de 21/05/2018:

§ 14. O contribuinte enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte que adquirir em operação interestadual mercadoria para industrialização, beneficiamento ou acondicionamento não industriais complementares à produção primária, 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.

Portanto, a Impugnante, enquanto optante pelo regime de tributação do Simples Nacional, estava obrigada ao recolhimento do ICMS/Antecipação. O art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2 e §§ 5º e 6º, inciso II da Lei Complementar nº 123/06 prescreve que o Simples Nacional não exclui, entre outras hipóteses, a incidência do recolhimento do ICMS/Antecipação.

Já o art. 6º, § 5º, alínea “f” da Lei nº 6.763/75 e o art. 42, § 14 do RICMS/02 determinam que os contribuintes enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte são obrigados a recolher o ICMS/Antecipação.

O objetivo da exigência relacionada à antecipação do imposto, nas aquisições destinadas à industrialização, beneficiamento não industrial, comercialização ou utilização em prestação de serviços, promovidas por contribuinte optante pelo Simples Nacional, não é a repartição de receita.

Nesse caso, o instituto visa preservar o equilíbrio concorrencial entre os contribuintes remetentes de Unidade da Federação (UF) diversa do destinatário e aqueles que atuam no mesmo mercado, mas se localizam na mesma UF do destinatário.

E isso se deve a um motivo extremamente singelo, que é a discrepância entre as alíquotas do ICMS que incidiriam em cada caso.

Diante disso, inexistindo o ICMS/Antecipação, uma mesma mercadoria, apenas por se originar de outro Estado, tenderia a ter um menor custo para o adquirente, ao passo que, em razão deste imposto, haveria uma equalização da carga tributária incidente e, portanto, do custo.

Por estas razões, a não exigência do pagamento do ICMS/Antecipação nas aquisições em operações interestaduais provocaria uma concorrência desleal, prejudicando os contribuintes mineiros e, favorecidos pelo fato de não aproveitarem créditos, os contribuintes poderiam passar a adquirir a totalidade das mercadorias revendidas internamente de outras Unidades da Federação, pois, por uma simples conta matemática, essas teriam menor custo.

Como assinala a Fiscalização, é importante recordar o preceito inscrito no art. 152 da CF/88, o qual veda a diferenciação tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

E assim prossegue a Fiscalização:

Como se sabe, a proibição constitucional da discriminação tributária nada mais representa que a proibição, pela CF/88, de qualquer medida governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à violação ao postulado da isonomia.

A cláusula inscrita no artigo 152 da CF/88, por sua vez, também tem por escopo, na concreção do seu alcance, zelar pelo princípio federativo na medida em que consagra a ideia de que o território nacional forma uma só unidade econômica e, destarte, as pessoas que nele residem ou têm sede, não podem sujeitar-se a regime tributário, mais ou menos gravoso, conforme seus bens ou serviços tenham, ou não, sido produzidos numa dada região do País.

(...)

Percebe-se também que o princípio da não discriminação tributária busca possibilitar a livre concorrência, ou seja, procura igualar a tributação, dando-se iguais condições aos produtos independentemente de sua origem ou destino.

E, para que se atinja o equilíbrio concorrencial é necessária a exigência deste ICMS/Antecipação, sob pena de o Estado de Minas Gerais dispensar tratamento mais gravoso aos produtos comercializados internamente, do que aos adquiridos de outras Unidades da Federação, provocando desequilíbrio e desigualdade de tratamento tributário prejudiciais à indústria e ao comércio mineiros.

Neste sentido, vejamos como seria uma operação interna e uma operação interestadual de aquisição, por optante pelo Simples Nacional mineiro, de mercadoria destinada a industrialização, beneficiamento não industrial, comercialização ou utilização em prestação de serviços, relativas a uma mercadoria com valor de revenda, sem ICMS, idênticos:

Parâmetros:

- alíquota interna em MG: 18%
- alíquota interestadual nas operações com mercadorias destinadas a MG: 12%
- sem redução de base de cálculo
- valor da mercadoria para revenda (sem o ICMS): R\$ 820,00

- Cálculo do ICMS na operação interna:

$$\text{R\$ } 820,00 / (1-0,18) = \text{R\$ } 1.000,00$$

Valor do ICMS destacado/pago = R\$ 180,00

- Cálculo do ICMS na operação interestadual:

$$\text{R\$ } 820,00 / (1-0,12) = \text{R\$ } 931,81$$

Valor do ICMS destacado/pago = R\$ 111,81

Notório, portanto, que dada a hodierna vedação à utilização dos créditos de ICMS por contribuintes optantes pelo Simples Nacional, nos termos do caput do artigo 23 da Lei Complementar nº 123/06, se não houvesse a exigência do imposto correspondente a este diferencial de alíquotas, estar-se-ia desrespeitando o princípio da não discriminação da mercadoria em razão da procedência ou destino, além de macular o equilíbrio concorrencial, pois como o ICMS compõe sua própria base de cálculo, as aquisições interestaduais seriam notoriamente mais atrativas que as aquisições internas.

Independentemente do tipo de mercadoria, os requisitos a motivarem a obrigatoriedade de recolhimento da antecipação são: que a alíquota interna prevista no art. 42, § 14 do RICMS/02, para a mesma operação, seja superior à alíquota

interestadual e que a mercadoria seja destinada a para industrialização, beneficiamento ou acondicionamento não industriais complementares à produção primária, comercialização ou utilização na prestação de serviço.

A Impugnante destaca, à pág. 144, que se trata de feito fiscal baseado na pretensão de recolher, *a posteriori*, tributo não cumulativo de operações já encerradas, com base em decisão de repercussão geral prolatado em 12/05/21, e que autorizou a cobrança do Diferencial de Alíquotas interestaduais para contribuintes optantes pelo Simples Nacional.

Assevera que tal autorização não implica em limite à compensação tributária, sob pena de o fazendo, ofender-se ao princípio da não cumulatividade do ICMS, ou mesmo implicando em majoração da alíquota do ICMS do Simples Nacional.

Entende não haver que se falar, então, em cobrança *a posteriori* e, muito menos, em sanção por suposto não recolhimento em tempo adequado (Multa de Revalidação), até pelo fato da mudança de entendimento ser posterior aos fatos geradores e ao próprio Comunicado Sutri nº 1 de 08/02/22 (publicada em 09/02/22).

Pondera que, se a operação de industrialização foi consumada e houve a venda da mercadoria, há o fenômeno da subsunção do ICMS, com a consequente incidência da alíquota típica do Simples Nacional.

Ressalta que o trabalho fiscal reconhece que a autuação baseou-se nas declarações da própria Impugnante, nos exercícios de 2017 a 2020, o que significa dizer que a empresa fez as declarações correspondentes ao seu faturamento mensal, sujeito ao recolhimento do tributo; e recolheu o que era devido.

Entende que, depois, o Erário simplesmente duplicou o faturamento da empresa, e aplicou novamente a alíquota de 18% a título de ICMS, como se nada houvesse sido declarado ou recolhido.

À pág. 145, a Impugnante aduz que *“caso se persista em tal pretensão, observada a eventualidade processual, incidir-se-á em bis in idem pelo mesmo ente tributante, o que é constitucionalmente vedado pelo princípio constitucional e infraconstitucional da não-cumulatividade do ICMS”*, o qual é previsto no art. 155 da CF, que, em seu inciso II c/c § 2º, inciso I, assim dispõe sobre o tema:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.

Contudo, há de se destacar que a Impugnante foi optante pelo regime do Simples Nacional, regido pela Lei Complementar nº 123/06, que é um regime de tributação diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, que se distingue do regime de débito e crédito.

Enquanto optante pelo Simples Nacional, deve o Contribuinte seguir as regras da respectiva Lei Complementar.

Esta mesma Lei Complementar, em seu art. 23, veda de forma expressa a compensação de débitos e créditos, *in verbis*:

LEI COMPLEMENTAR nº 123, de 14/12/06

Art. 23. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional.

Sendo assim, o princípio da não cumulatividade não se aplica às empresas optantes pelo Simples Nacional, considerando a vedação expressa na norma regente.

Acrescente-se que, conforme já explicitado anteriormente, a Lei Complementar nº 123/06 apresenta exceções ao recolhimento unificado, estando entre elas o recolhimento do ICMS/Antecipação, conforme o art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2 e o § 5º, já acima transcritos.

A Impugnante esclarece que é uma indústria de transformação de pequeno porte, tendo sido optante pelo Simples Nacional até 31/12/20.

Adverte, à pág. 144, que analisando a operação integral da Impugnante, não houve redução de recolhimento em detrimento do Erário estadual, seja como optante pelo Simples Nacional, seja após a sua saída de tal regime.

Quanto à alegação acima, a Impugnante não trouxe aos autos elementos de prova para corroborar esta afirmação.

De qualquer forma, a comprovação se mostra desnecessária, tendo em vista que há não apenas razões jurídicas para que tal resultado ocorra, podendo decorrer da própria gestão econômica da empresa.

Note-se que o montante de recolhimento de ICMS, para uma empresa sob o regime de débito e crédito, pode se assemelhar ao montante médio mensal recolhido por uma empresa optante pelo Simples Nacional, se o volume de crédito a apropriar pelas aquisições de mercadorias não for afetado pelos institutos do diferimento, isenção ou não incidência, e ainda, se a empresa opera com baixas margens de lucro sobre seus preços de venda.

A Impugnante, à pág. 145, menciona que “*havia, até o julgamento da repercussão geral do RE 970821/RS, suspensão da exigibilidade do tributo, posto que*

a controvérsia acerca do tema, inclusive, é patente nas diversas divergências esboçadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal”.

Sobre o julgamento, pelo STF, do Recurso Extraordinário (RE) nº. 970.821/RS, mencionado pela Defesa, à pág. 145, e cujo inteiro teor encontra-se às págs. 22/122, assim se manifestou a Fiscalização:

O julgamento do tema 517 aconteceu no dia 11/05/2021 (sic) e por 6 votos a 5, decidindo pela constitucionalidade da cobrança da Antecipação de ICMS e fixando a seguinte tese de repercussão geral:

"É constitucional a imposição tributária de diferencial de alíquota do ICMS pelo estado de destino na entrada de mercadoria em seu território devido por sociedade empresária aderente ao Simples Nacional, independentemente da posição desta na cadeia produtiva ou da possibilidade de compensação dos créditos".

Essa foi a tese de repercussão geral firmada pelo Plenário virtual do Supremo Tribunal Federal ao negar recurso extraordinário interposto por uma microempresa gaúcha contra a cobrança do diferencial de alíquota do ICMS.

O relator do caso, ministro Edson Fachin, entendeu que é constitucional o diferencial de alíquota do ICMS cobrado pelo estado de destino na entrada de mercadoria em seu território quando a empresa optante pelo Simples Nacional faz uma compra.

Fachin apontou que a cobrança do diferencial é expressamente autorizada pela Lei Complementar 123/2006, que criou o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

O magistrado também rejeitou a alegação de ofensa ao princípio da não cumulatividade. Isso porque o artigo 23 da LC 123/2006 veda, explicitamente, a apropriação ou a compensação de créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidas pelo Simples Nacional. Conforme Fachin, não há como aderir parcialmente ao Simples Nacional, pagando as obrigações tributárias centralizadas e com carga menor, mas deixando de recolher o diferencial de alíquota nas operações interestaduais.

Como se observa na Impugnação, mostra-se incontroversa a decisão o STF em favor da cobrança do ICMS/Antecipação a microempresas e empresas de pequeno porte, pelos Estados e o Distrito Federal, na medida em que, conforme já mencionado acima, a Impugnante afirma, à pág. 144, que a autuação trata *“de feito fiscal baseado na pretensão de recolher, a posteriori, tributo não cumulativo de operações já encerradas, com base em decisório de repercussão geral prolatado em 12/05/2021, e*

que autorizou a cobrança do Diferencial de Alíquotas interestaduais para contribuintes optantes pelo Simples Nacional”.

Contudo, logo a seguir, a Defesa contesta a aplicação da decisão pelo Estado de Minas Gerais, chegando a dizer, à pág. 145, que “*qualquer pretensão deve se limitar ao valor da mercadoria final, e não, como pretende o trabalho fiscal, exigir antecipação de receita pelo recolhimento do Diferencial de Alíquota*”, no que, como já analisado, não lhe socorre a razão.

Quanto ao Comunicado SUTRI nº 01, de 08/02/22, mencionado pela Defesa, à pág. 144, este refere-se à decisão do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 5.469 e o RE nº 1.287.019 (Tema 1093 da Repercussão Geral), pela necessidade da edição de lei complementar para que os Estados e o Distrito Federal possam exigir, a partir de 2022, a diferença entre as alíquotas interna e interestadual - DIFAL, nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS, nos termos previstos na Emenda Constitucional nº 87, de 16 de abril de 2015.

Portanto, o Comunicado SUTRI Nº 01/2022 não trata do tema objeto desta autuação.

A Impugnante chega a afirmar, à pág. 146, que a competência para exigir o tributo nesta modalidade de recolhimento é exclusiva da Receita Federal do Brasil.

Porém, o *caput* do art. 33 da Lei Complementar nº 123/06 dispõe que:

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.

Já o § 1º-C deste mesmo art. 33, assim dispõe sobre a competência das autoridades fiscais de que trata o *caput*:

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.

No caso em análise, o já mencionado art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g” da Lei Complementar nº 123/06 determina que, para os optantes do regime tributário do Simples Nacional, não está excluída a incidência do ICMS/Antecipação, em relação ao qual será observada a “legislação aplicável às demais pessoas jurídicas”.

Esta é uma razão determinante para que o lançamento seja feito pelo Fisco mineiro, já que a exigência se dá por previsão na Lei Complementar nº 123/06, mas observada a legislação aplicável **às demais pessoas jurídicas**, que corresponde ao

tratamento tributário a que estão submetidas as empresas sob o regime de recolhimento de débito e crédito, conforme legislação tributária de competência dos Estados-membros.

Cite-se, ainda, o art. 39 da Lei Complementar nº 123/06, que estabelece:

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

Sendo assim, resta claro que, no presente caso, a Fazenda Pública estadual é competente para exigir o ICMS/Antecipação.

Verifica-se que, apesar das teses da Defesa que tentam afastar a exigência do ICMS/Antecipação, a Impugnante realizou recolhimentos a título de ICMS/Antecipação e ainda apresentou duas autodenúncias, que caracterizam-se como confissão irretratável.

A Impugnante argumenta, à pág. 146, que deve ser excluído da exigência fiscal o valor que recolheu ao Simples Nacional, sob pena de majoração de alíquota final.

A Fiscalização esclarece, às págs. 421/422, que foram abatidos do crédito tributário apurado, os valores recolhidos durante o período fiscalizado, como também, os valores denunciados nos Termos de Autodenúncia nºs 59.000018227.99 e 59.000053843.97, a título de ICMS/Antecipação, conforme demonstrados às págs. 15/16 deste PTA.

Relativamente à Multa de Revalidação aplicada, no percentual de 50% (cinquenta por cento), esta encontra-se prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75:

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

Refere-se a descumprimento de obrigação principal, exigida em razão do recolhimento a menor de ICMS efetuado pela Autuada.

A Impugnante adverte, à pág. 146, que a Autoridade Fiscal pretende cobrar, além do ICMS, também a Multa Isolada. Contudo, como se verifica na peça fiscal, esta multa não está sendo exigida.

Correta, portanto, a aplicação da penalidade na exata medida prevista na legislação tributária deste Estado.

Quanto à aplicação de multas, a Impugnante menciona:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- que as penalidades pretendidas majoram desproporcionalmente o pretendido pelo Erário Estadual, já que a conduta supostamente antijurídica decorreu de uma incerteza jurídica que afetou até o comportamento do Fisco;

- que a multa não deve exceder os justos limites, conforme art. 150, inciso IV, da CF c/c. art. 113, § 3º do Código Tributário Nacional;

- que no RE 606010/PR fica evidente o posicionamento do Supremo Tribunal Federal de que o limite à multa de mora ora pretendida deve ser de 20% sobre o valor do tributo;

Pede, então, que seja aplicada a redução do tributo pretendido pela compensação com os valores efetivamente recolhidos e demonstrados pelos documentos anexos, bem como a redução da multa de mora a 20% do valor pretendido.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, quanto à cobrança do ICMS/Antecipação, bem como quanto aspectos de proporcionalidade, razoabilidade e, ainda, quanto ao 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A
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, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Paola Juracy Cabral Soares (Revisora) e Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich.

Sala das Sessões, 27 de outubro de 2022.

**Alexandre Périssé de Abreu
Relator**

**Geraldo da Silva Datas
Presidente**

P