

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.379/11/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000167722-78
Impugnação: 40.010128585-87
Impugnante: Moura e Tomich Ltda
IE: 686313304.00-99
Proc. S. Passivo: Edvardo Luz de Almeida
Origem: DFT/Teófilo Otoni

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DENÚNCIA ESPONTÂNEA - SIMPLES NACIONAL. Constatado que a Autuada quando da denúncia espontânea sobre a omissão de receita de vendas, deduziu, indevidamente, como crédito, parte do débito tributário. Legítimas as exigências fiscais de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO. Comprovado nos autos que a Impugnante promoveu saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, correta a sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 5º, incisos V e XIII da Resolução CGSN nº 15/07.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Autuação

A autuação versa sobre a falta do recolhimento integral do ICMS, apurado no Termo de Autodenúncia número 05.000208692-91, de 30/08/10, pela qual a Contribuinte informa ter omitido receita de vendas nas informações prestadas na Declaração Anual do Simples Nacional (DASN), no período de 01/07/07 a 31/12/09.

O ICMS exigido no presente lançamento refere-se ao valor deduzido na denúncia espontânea a título de crédito do imposto, considerado indevido pelo Fisco.

Exige-se além do imposto, a Multa Isolada ao percentual de 40% (quarenta por cento) prevista no art. 55, inciso II e a Multa de Revalidação ao percentual de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

O Processo encontra-se devidamente instruído com o Auto de Início de Ação Fiscal- AIAF (fls. 02); Auto de Infração- AI (fls.04/05); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas- DCMM (fls. 06/08) e Termo de Autodenúncia – TA (fls. 09/10).

Impugnação:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 23/31, argumentando em síntese, o que se segue.

Defende que os contribuintes do ICMS, ao dar entradas de mercadorias ou ao adquirir serviços tributados pelo imposto, possui um crédito contra o sujeito ativo. Assim, a Empresa utilizou-se do princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS, aproveitando o crédito legalmente destacado nas notas fiscais em valor proporcional às saídas omitidas.

Menciona que todas as entradas de mercadorias, correspondentes àquela omissão, ocorreram através de documentos regulares, idôneos, lançados no livro Registro de Entrada e não enquadrados nas vedações do art. 70 do RICMS/02.

Acrescenta que nenhum benefício do Simples Nacional foi utilizado na denúncia espontânea. Mediante o Termo de Autodenúncia, foi declarada a venda de mercadorias sem emissão do documento fiscal correspondente, tributando as saídas com a alíquota de 18% (dezoito por cento).

Discorre sobre os efeitos da denúncia espontânea prevista no art. 138 do CTN e nos arts 207 a 211 do RPTA, e conclui que não se vislumbra o porquê da aplicação da penalidade isolada pelo Fisco, já que as realizações de procedimentos fiscais auxiliares não caracterizam início de ação fiscal.

Ao final, requer o acatamento das razões de defesa aduzidas na Impugnação.

Anexa aos autos o livro Registro de Entradas do período autuado e as notas fiscais de entrada de mercadorias (fls. 40/1294).

Manifestação Fiscal:

No âmbito da Manifestação Fiscal de fls. 1.295/1.297, o Fisco alega que a Contribuinte deixou de recolher o ICMS efetivamente devido, uma vez que se utilizou erroneamente de dedução de créditos.

Justifica a autuação na premissa de que, *in casu*, o imposto incide sobre o total da omissão de receita, não se justificando o suposto crédito apropriado.

Informa que o crédito que a Contribuinte utilizou na denúncia para reduzir o débito do tributo está baseado nas notas fiscais de entrada de cada período, conduzindo ao raciocínio de que as omissões das vendas foram relativas única e exclusivamente das mercadorias adquiridas naquele período, o que não se justifica.

Conclui que independentemente do regime de apuração adotado, não há que se falar em crédito de ICMS na hipótese de omissões de receita de vendas apuradas por cruzamento de dados, sendo imprópria a associação com entrada de mercadorias.

Pede que seja julgado procedente o lançamento.

Diligência:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, às fls. 1.301, decide pelo retorno dos autos ao Fisco a fim de que se preste esclarecimentos acerca do regime de recolhimento, valores de créditos, ainda que em tese, existência de escrituração, bem como da situação em relação ao enquadramento no regime do Simples Nacional.

O Fisco apresenta sua resposta às fls. 1.356/1.357, mencionando o fato de não ter sido efetuada a exclusão da Empresa do regime do Simples Nacional, e anexa planilha de cálculo de crédito de ICMS em tese.

Regularmente cientificada, a Impugnante discorda dos valores apurados pelo Fisco e apresenta aqueles que considera corretos.

Novamente aos autos, o Representante da Fazenda Estadual lavra o Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 001-R/11, fls. 1.374, mencionando a possibilidade de apresentação de recurso administrativo no prazo de 30 (trinta) dias.

Recurso Administrativo:

A Contribuinte contesta a motivação fiscal na lavratura do termo de exclusão, entendendo haver vício formal no ato, por faltar ao mesmo as regras expressas na Resolução nº 15/07 do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) para a sua eficácia, qual seja, a formalidade de exclusão anterior ao lançamento.

Cita o art. 179 da Constituição Federal e art. 138 do CTN para defender a nulidade do ato, pois entende que antes de se decidir acerca da exclusão, o Fisco deveria aguardar o julgamento onde se discute a glosa do crédito arbitrada na constituição do lançamento fiscal.

Requer, assim, a revogação ou anulação do Termo de Exclusão do Simples Nacional.

Em resposta, fls. 1.385/1.386, o Fisco informa ter cumprido o que prevê a legislação concernente, em especial o disposto no art. 29, inciso XI, combinado com art. 26, inciso I, ambos da Lei Complementar nº 123/06.

DECISÃO

Conforme relato, o presente PTA tem origem na denúncia espontânea apresentada, por ter a Autuada dado saída a mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

O Fisco exige neste processo o valor do ICMS deduzido, a título de crédito, do montante do imposto apurado pela omissão de receita.

Preliminarmente, considerando ter a Contribuinte, optado pelo regime do Simples Nacional, insta mencionar a legislação que subsidia a cobrança do ICMS.

Preceitua a Lei Complementar nº 123/06, que disciplina o regime do Simples Nacional:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 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:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal; (grifou-se)

Portanto, a falta de cumprimento das obrigações tributárias e fiscais sujeita o Contribuinte ao pagamento do imposto e demais penalidades previstos na legislação. Uma vez denunciada à realização de operações sem a devida emissão de documentos fiscais, resulta correta a exigência do ICMS e respectivas multas, sem a aplicação dos benefícios previstos para o regime simplificado. Outrossim, deve ser utilizada a alíquota aplicável às mercadorias comercializadas.

Considerando a atividade da Empresa de comércio varejista de calçados, tem-se que a alíquota aplicável é a prevista no art. 42, alínea "e" do RICMS/02, a saber:

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

(...)

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

Em face da origem deste lançamento, a contenda *in casu* reside no *quantum* efetivamente devido, eis que a Empresa aproveitou de créditos destacados nas notas fiscais, apurando, ao entender do Fisco, um recolhimento inferior ao devido.

Conforme demonstrado mês a mês, e tomando como exemplo os documentos de fls. 370 e 57 (relativo ao mês de fevereiro/08), o crédito que a Contribuinte utilizou na denúncia para reduzir o débito do tributo está baseado nas notas fiscais de entrada de cada período.

A respeito, como bem destaca a Fiscalização, o procedimento da Autuada conduz ao raciocínio de que as omissões das vendas foram relativas única e exclusivamente de mercadorias adquiridas naquele período, desconsiderando o fato de existir estoque de mercadorias na loja.

Outrossim, a simples apuração pontual não permite conclusão inequívoca acerca da documentação fiscal relativa às outras vendas declaradas, bem como de que as saídas omitidas referem-se a mercadorias adquiridas com nota fiscal, já que não são elas perfeitamente identificáveis.

O direito ao crédito do imposto insere-se dentro do contexto de composição da conta gráfica do imposto, considerando débitos, créditos, inventários, escrituração e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

etc. Em suma, a dinâmica de apuração do ICMS decorre de diversos preceitos legais, não podendo, assim, ser o crédito exercido da forma simplista adotada pela Impugnante.

Por conseguinte, correta a exigência de ICMS e multa de revalidação respectiva.

Entretanto, no tocante à Multa Isolada, merece reparo a autuação fiscal. Foi exigida a multa capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, ao percentual de 40% (quarenta por cento) do valor de operação não levada à tributação pela Autuada.

Transcreve-se o dispositivo:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

b - quando se tratar de falta de emissão de nota fiscal de entrada, desde que a saída do estabelecimento remetente esteja acobertada por nota fiscal correspondente à mercadoria;

Veja que, não obstante inexistir dúvidas quanto à falta de emissão de documento fiscal, o que sustenta a exigência da multa, dúvidas também não há de que o Fisco ateu-se aos documentos e lançamentos efetuados na escrita fiscal do Contribuinte, o que implica a adoção da MI ao percentual de 20% (vinte por cento), nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 55, retro.

Outra questão trazida nos autos em resposta à diligência da Câmara de Julgamento diz respeito à exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional.

A Impugnante entende haver vício formal no ato, por faltar ao mesmo as regras expressas na Resolução nº 15/07 do CGSN para a sua eficácia, qual seja, a formalidade de exclusão anterior ao lançamento.

Entretanto, melhor sorte não lhe assiste.

Voltemos novamente às disposições da Lei Complementar nº 123/06, com os dispositivos da norma aplicáveis ao caso concreto:

Art. 2º O tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o art. 1º desta Lei Complementar será gerido pelas instâncias a seguir especificadas:

I - Comitê Gestor do Simples Nacional, vinculado ao Ministério da Fazenda, composto por 4

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(quatro) representantes da Secretaria da Receita Federal do Brasil, como representantes da União, 2 (dois) dos Estados e do Distrito Federal e 2 (dois) dos Municípios, para tratar dos aspectos tributários; e

(...)

§ 6º Ao Comitê de que trata o inciso I do caput deste artigo compete regulamentar a opção, exclusão, tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, dívida ativa, recolhimento e demais itens relativos ao regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, observadas as demais disposições desta Lei Complementar.

(...)

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor; (grifou-se)

(...)

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

(...)

XI - houver descumprimento da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26 desta Lei Complementar;

(...)

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

(...)

§ 3º A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes. (grifou-se)

(...)

§ 5º A competência para exclusão de ofício do Simples Nacional obedece ao disposto no art. 33, e o julgamento administrativo, ao disposto no art. 39, ambos desta Lei Complementar.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 6º Nas hipóteses de exclusão previstas no caput deste artigo, a pessoa jurídica será notificada pelo ente federativo que promoveu a exclusão.

§ 7º Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, a notificação de que trata o § 6º deste artigo poderá ser feita por meio eletrônico, com prova de recebimento, sem prejuízo de adoção de outros meios de notificação, desde que previstos na legislação específica do respectivo ente federado que proceder à exclusão, cabendo ao Comitê Gestor discipliná-la com observância dos requisitos de autenticidade, integridade e validade jurídica.

(...)

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.

(...)

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

(...)

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 ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente. (grifou-se)

(...)

§ 4º Considera-se feita a intimação após 15 (quinze) dias contados da data do registro da notificação eletrônica de que tratam os §§ 7º e 8º do art. 29 desta Lei Complementar.

O Comitê Gestor do Simples Nacional- CGSN disciplinou a exclusão do Simples Nacional na Resolução CGSN nº 15/07:

Art. 1ª Esta Resolução regulamenta a exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

Art. 2ª A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação da microempresa

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(ME) ou da empresa de pequeno porte (EPP) optante.(grifou-se)

(...)

Art. 4º A competência para excluir de ofício ME ou EPP do Simples Nacional é da RFB 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. (grifou-se)

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Alterado pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008) (grifou-se)

(...)

§ 3º Será dado ciência do termo a que se refere o § 1º à ME ou à EPP pelo ente federativo que tenha iniciado o processo de exclusão, **segundo a sua respectiva legislação.** (Alterado pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008) (grifou-se)

§ 3º-A Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de que trata o § 1º, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 6º.

(...)

§ 4º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federativo que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro. (grifou-se)

§ 5º O contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício será de competência do ente federativo que efetuar a exclusão, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.(grifou-se)

(...)

Art. 5º A exclusão de ofício da ME ou da EPP optante pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

(...)

XIII - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, observado o disposto no caput do art. 2º da Resolução CGSN nº 10, de 28 de junho de 2007; (Incluído pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007) (grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

Art. 6º A exclusão das ME e das EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

VI - nas hipóteses previstas nos incisos II a X, XIII e XIV do art. 5º, a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo regime diferenciado e favorecido do Simples Nacional pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes; (Redação dada pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007)

Depreende-se da Lei Complementar nº 123/06 e da Resolução CGSN nº 15/07 que apurada a saída desacobertada e, neste caso pontual, confessada pela Contribuinte em Termo de Autodenúncia, há de se promover a exclusão do regime simplificado.

Em face das vendas sem emissão de documento fiscal, os efeitos da exclusão são os previstos no inciso VI do art. 6º da citada Resolução, ou seja, a exclusão se dará a partir do próprio mês em que incorridas as causas que ensejaram a exclusão.

Resta, posto, correto o procedimento da Autoridade Fiscal, conforme se verifica no documento de fls. 1.374, em retificação ao documento de fls. 1.372.

Destaca-se, por oportuno, que a exclusão empreendida concedeu regularmente o direito ao contraditório e à ampla defesa no prazo legal de 30 (trinta) dias.

Cabe observar que não existe na legislação mineira disposição específica sobre exclusão de ofício do regime do Simples Nacional, mas o Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos de Minas Gerais – RPTA/MG, aprovado pelo Dec. nº 44.747/08, disciplina o contencioso administrativo e trata dos procedimentos de notificação:

Art. 10. As intimações do interessado dos atos do PTA devem informar a sua finalidade e serão realizadas, a critério da Fazenda Pública Estadual, pessoalmente, por via postal com aviso de recebimento ou por meio de publicação no órgão oficial.

Verifica-se que o Aviso de Recebimento - AR de fls. 1.375 referenda a assertiva acima.

Assim, considerando que a decisão definitiva ocorre neste momento em que há a decisão desfavorável à Contribuinte, a exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na *internet*, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro.

Posto isso, conclui-se inexistir o aventado vício formal no ato de exclusão, conforme requerido pela defesa.

Lado outro, com a exclusão retroativa à data de 01/01/08, deve-se proceder à recomposição da conta gráfica da Empresa, essa sim, dependente da confirmação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

formal da exclusão. Nessa hipótese será possível a apuração inequívoca de quando e do quanto de crédito será devido à Empresa por entradas acobertadas de documentação fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para adequar a Multa Isolada ao percentual de 20% (vinte por cento), nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor) e Tábata Hollerbach Siqueira.

Sala das Sessões, 18 de outubro de 2011.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Ivana Maria de Almeida
Relatora