

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.589/12/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000172784-04
Impugnação: 40.010131704-06
Impugnante: Firmo Auto Peças Ltda - EPP
IE: 186052409.00-60
Coobrigados: Adriana Monteiro de Oliveira
CPF: 980.495.936-49
Carlos José de Oliveira
CPF: 660.702.106-97
Proc. S. Passivo: Eduardo Heleno Valadares Abreu
Origem: DFT/Contagem

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – ELEIÇÃO ERRÔNEA EXCLUSÃO DO POLO PASSIVO. Imputação de responsabilidade tributária aos sócios da Impugnante, com fulcro no art. 21, inciso XII da Lei n.º 6.763/75. Entretanto, não restou comprovado nos autos qualquer motivo que evidenciasse a aposição dos sócios como coobrigados ou mesmo que a empresa tenha encerrado suas atividades. Assim, não cabe a inclusão dos sócios no polo passivo da obrigação tributária.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA. A partir da verificação da denúncia espontânea realizada pela Impugnante, o Fisco apurou saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Os argumentos de defesa não são suficientes a desconstituir o crédito tributário uma vez que as saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal hábil não estão sujeitas ao benefício do Simples Nacional, nos termos do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar n.º 123/06. Corretas as exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada capituladas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

Versa a presente autuação acerca da imputação fiscal de falta de recolhimento do ICMS, no período de 1º de janeiro de 2010 a 31 de julho de 2011, referente a saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, cuja apuração foi realizada por meio de verificação da denúncia espontânea apresentada pelo Contribuinte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada, ambas capituladas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II, § 2º e 55, inciso II, alínea “a”.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 77/87, aos argumentos que seguem em síntese:

- argui a nulidade do Auto de Infração, uma vez ter promovido, nos termos do art. 138 do Código Tributário Nacional, a denúncia espontânea e recolhido o ICMS na alíquota do regime de recolhimento Simples Nacional do qual é optante, acrescido da Taxa Selic e juros de mora;

- a denúncia espontânea é um instituto do direito tributário cujo escopo é incentivar o contribuinte que infringiu a lei a regularizar sua situação antes do conhecimento da infração pelo Fisco;

- o Código Tributário Nacional, apesar de originalmente ser uma lei ordinária, foi recepcionado pela atual Constituição Federal com status de lei complementar, nos termos do art. 146, III, "c" da Constituição Federal;

- os requisitos para operar a exclusão da responsabilidade, decorrente de infração, por denúncia espontânea, são que esta anteceda qualquer iniciativa do Fisco relacionada com o seu objeto e que seja acompanhada do pagamento integral do tributo devido e dos juros de mora;

- no caso, a denúncia espontânea foi protocolada em 19 de setembro de 2011 antecedendo, portanto, o início de ação fiscal consubstanciada pelo AIAF emitido em 28 de dezembro de 2011 e pago o imposto conforme quadros demonstrativos dos valores apurados e os correspondentes documentos comprobatórios do recolhimento, acrescido da Taxa Selic e dos juros de mora;

- no entanto, o Fisco, ao capitular as infringências no Auto de Infração não considerou, à revelia da legislação em vigor, a denúncia espontânea;

- a infringência capitulada pelo Fisco no art. 39, § 10 da Lei n.º 6.763/75 e geradora da obrigação principal de recolher o ICMS traz, em seu bojo, o pressuposto de que vendeu mercadorias sem nota fiscal, ignorando desta feita, o cerne da denúncia espontânea, ou seja, o reconhecimento da sua dívida tributária ora confessada;

- o Fisco, ao mesmo tempo em que recepcionou a denúncia espontânea, aceitando sem qualquer questionamento os valores que compuseram as bases de cálculo no período de janeiro de 2010 a julho de 2011, não acolheu integralmente ao aplicar a alíquota cheia de 18% (dezoito por cento) sobre a diferença entre os valores do faturamento real confessado e os valores do faturamento declarado na Declaração do Simples Nacional e as confiscatórias multas de revalidação e multa isolada;

- tal dicotomia não encontra fulcro na legislação federal capitulada no Auto de Infração, na medida em que não acata a vasta jurisprudência e atos declaratórios n.ºs

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

004 e 008 emanados pela PGFN e publicados no Diário Oficial da União de 22 de dezembro de 2011, que propugnam seguir a orientação de que, em sede de denúncia espontânea, tanto a multa moratória quanto a multa punitiva devem ser excluídas;

- tendo recepcionado e não acolhido a denúncia espontânea, o Fisco afrontou o art. 138 do Código Tributário Nacional e agiu de maneira incongruente e peremptória ao tributar em 18% (dezoito por cento) como se débito/crédito fosse o seu regime de recolhimento, além de aplicar-lhe multas;

- a orientação tributária oriunda da própria Secretaria da Fazenda, pertinente ao caso em tela e consubstanciada na Consulta Interna n.º 22/10, enviada pelo Auditor Fiscal Sr. Marcelo Marques, considera a possibilidade da revogação do § 2º do art. 9º da Resolução CGSN n.º 30/08 para que o imposto devido em razão de prestação desacobertada de documentação fiscal seja apurado fora do âmbito do regime do Simples Nacional;

- tal consulta remete à Consulta n.º 179/09 que assevera ser a questão exposta paradoxal ao princípio da não cumulatividade podendo, facilmente, vir a se tornar objeto de demanda judicial em desfavor do Estado, com todos os desdobramentos decorrentes pelo não aproveitamento do crédito das entradas;

- arrolou em sua denúncia espontânea referente a vendas desacobertas as mercadorias inseridas e as não inseridas no regime de recolhimento substituição tributária. Assim, tendo sido tributada sem ter sido excluída do regime Simples Nacional, em descompasso com legislação vigente, natural se faz que requeira os créditos a que faz jus, em sintonia com o princípio da não cumulatividade;

- cita decisões do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, concluindo que nestas restou provado que a denúncia espontânea tem o condão de ilidir a irregularidade tributária constatada pelo contribuinte antes de qualquer início de ação tributária e que, se não aceita pelo Fisco que labora em cobrar o imposto com a aplicação da alíquota pertinente ao regime de débito e crédito, há que ser cumprida a regra constante da Resolução CGSN n.º 15/07.

Ao final, requer a nulidade do Auto de Infração.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco se manifesta às fls. 110/123, refutando as alegações da Defesa, resumidamente, aos seguintes argumentos:

- no momento do saneamento do procedimento da autodenúncia, suspeitou-se que esta não fora baseada em documentos fiscais emitidos, não cabendo a hipótese de pagamento do imposto utilizando-se dos benefícios do Simples Nacional;

- ato contínuo foi lavrado o Auto de Início de Ação Fiscal para intimar o Contribuinte a apresentar as notas fiscais emitidas que, porventura, tivessem servido de base para a denúncia espontânea. Esse não se manifestou, o que levou à conclusão de omissão de faturamento declarada pelo Contribuinte e não, omissão de documentos fiscais;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- analisando o termo de autodenúncia constatou-se que o Contribuinte lançou as saídas desacobertadas utilizando-se dos benefícios do Simples Nacional e tal procedimento não tem respaldo na legislação, nos termos da Lei Complementar n.º 123/06 que é clara ao condicionar o tratamento beneficiado e diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte à emissão do documento fiscal correspondente a cada operação;

- a retificação do DAS é ineficaz e ilegal para abater os valores de ICMS devidos, uma vez que o art. 13, inciso VII e seu § 1º, inciso XIII, alínea “f”, determina que o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, não exclui a incidência do ICMS nas saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, operações sobre as quais serão observadas as normas vigentes para as demais empresas no âmbito do ente federativo em questão;

- o regime de recolhimento a que se sujeita o contribuinte no período de janeiro de 2010 a julho de 2011 é o débito e crédito, em virtude da não emissão de documentos fiscais, e a retificação da Declaração do Simples Nacional - DAS não pode ser utilizada para o cálculo do imposto devido;

- acatar tal retificação, mesmo diante de provas irrefutáveis de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, seria afrontar princípios básicos e todo o ordenamento da legislação vigente sobre a tributação, que prevê, como premissa primeira, o acobertamento de saídas de mercadorias por documentos fiscais;

- a retificação da DAS não pode ser considerada como denúncia espontânea válida, a teor do art. 138 do Código Tributário Nacional citado pela própria Impugnante, uma vez que os valores retificados e o pagamento efetuado não condizem na sua totalidade com o imposto devido em virtude das saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais;

- não há que se falar em dupla tributação, uma vez que os valores corretos do ICMS devido não foram recolhidos aos cofres públicos;

- o entendimento do Egrégio Conselho de Contribuintes é no sentido de que a retificação da DAS não é válida para as saídas de mercadorias desacobertadas;

- cita inúmeros acórdãos do Conselho de Contribuintes que mantém o entendimento de que, quando da promoção de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, o cálculo do imposto devido deve ser realizado à margem do Simples Nacional, e legítimas são as exigências do ICMS (nos moldes do regime de recolhimento débito e crédito), bem como das multas de revalidação e isolada;

- não há presunção de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais. Foi concedida ao Contribuinte a oportunidade de comprovar as emissões de documentos fiscais para a declaração de omissões constantes de seu termo de autodenúncia;

- a denúncia espontânea seria válida se o Contribuinte tivesse promovido o pagamento integral do ICMS devido e corretamente calculado;

- seguindo toda a lógica da legislação tributária vigente, o legislador, ao elaborar a Lei Complementar que disciplina os ditames legais do Simples Nacional,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

condicionou o tratamento beneficiado ao cumprimento de obrigações principais e acessórias por parte do contribuinte, entre elas, a emissão de documentos fiscais na promoção de saídas de mercadorias;

- vislumbrar um cenário onde um contribuinte deixa de emitir documentos fiscais omitindo esses valores de vendas ao erário, e permitir que ele usufrua, posteriormente, sem lastreamento em documentos fiscais, de alíquotas diferenciadas e favorecidas, quando a própria lei que disciplina o assunto coíbe essa prática, é vender a ideia de que a emissão de documentos fiscais é prática supérflua e desnecessária;

- o presente Auto de Infração não tem por objeto a exclusão de ofício da Impugnante do Simples Nacional, visando o ressarcimento aos cofres públicos do imposto devido pelo contribuinte nas operações promovidas sem a respectiva emissão de documentos fiscais, no período de janeiro de 2010 a julho de 2011;

- a aplicabilidade da Lei Complementar n.º 123/06 não está condicionada à exclusão de ofício disciplinada em seu art. 4º e não se confunde com as formalidades necessárias para esta exclusão do Simples Nacional;

- em sua impugnação, o Contribuinte não refuta a alegação de que as saídas ocorreram sem a emissão de documentos fiscais;

- é leviano por parte do sujeito passivo, como afirma em sua impugnação, que o Fisco recebeu e aceitou a denúncia espontânea sem qualquer questionamento, pois foi emitido o presente Auto de Infração para exigir o complemento do crédito tributário;

- as consultas internas citadas pela Impugnante não serão analisadas porque não são documento de ordem pública, tratando-se de documento interno da Secretaria de Estado de Fazenda;

- analisando os acórdãos citados, verifica-se que os mesmos não se tratam do mesmo assunto, tanto que a Impugnante, sorrateiramente, cita apenas as ementas;

- a base de cálculo apresentada não está confusa como assevera a Impugnante que, aliás, limita-se apenas em afirmar e não demonstra porque não entendeu;

- a base de cálculo utilizada foi a mesma declarada pelo sujeito passivo em sua denúncia espontânea e aplicou-se sobre valor a alíquota de 18% (dezoito por cento) abatendo os valores declarados no Simples.

Ao final, pede seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Compete à Câmara analisar o presente lançamento o qual versa acerca da imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, no período de 1º de janeiro de 2010 a 31 de julho de 2011, o que ocasionou a falta de recolhimento do ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Consta do Auto de Infração que o trabalho fiscal está fundado nos arts. 49, § 1º, 207 e 209 da Lei n.º 6.763/75; art. 89, inciso I do RICMS/02 e arts. 13, § 1º, inciso XIII, alíneas “a” e “f”, 34 e 35 da Lei Complementar n.º 123/06.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, ambas capituladas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II, § 2º e 55, inciso II, alínea “a”.

De início é importante explicitar que a Impugnante argui a nulidade do Auto de Infração, mas os motivos que invoca para tanto são, em verdade, questões de mérito. Desta forma, embora esta decisão não tenha destacado as matérias arguidas pela Impugnante como preliminares, todas elas serão adiante tratadas como razões de mérito, pois, na realidade, o são.

Neste sentido é importante destacar que não estão sendo exigidos juros e multas sobre os valores denunciados. As exigências dos autos se referem exatamente ao imposto e os consequentes encargos que não foram objeto da denúncia espontânea e, muito menos, recolhidos pela Impugnante naquele momento.

Também, é de suma importância esclarecer que o presente Auto de Infração não tem por objeto a exclusão de ofício da Impugnante do Simples Nacional.

Feito este preâmbulo, cumpre analisar a questão da sujeição passiva.

Decidiu o Fisco atribuir responsabilidade tributária com fulcro no art. 21, inciso XII da Lei n.º 6.763/75, às seguintes pessoas:

- Adriana Monteiro de Oliveira - CPF: 980.495.936-49;
- Carlos José de Oliveira - CPF: 660.702.106-97.

O mencionado art. 21, inciso XII da Lei n.º 6.763/75, assim estabelece:

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

.....
XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não recolhimento do tributo por estes.
.....

Neste ponto, sem razão o Fisco.

O inciso XII do art. 21 cuida de atos praticados pelas pessoas nele mencionadas.

Neste sentido, cumpre transcrever os ensinamentos de Luciano Amaro em seu Curso de Direito Tributário (Editora Saraiva, 15ª edição, pág. 325), a saber:

“Outra questão que merece registro é a das *multas* por infrações que possam ter sido praticadas antes do evento que caracterize a sucessão. (.....) Há o princípio da personalização da pena, aplicável também em

matéria de sanções administrativas. Ademais, o próprio Código define tributo, excluindo expressamente a *sanção* de ilícito (art. 3º). Outro argumento de ordem sistemática está no art. 134; ao cuidar da responsabilidade de terceiros, esse dispositivo não fala em *tributos*, mas em “obrigação tributária” (abrange também de penalidades pecuniárias, *ex vi* do art. 113, § 1º). Esse artigo, contudo, limitou a sanção às penalidades de caráter moratório (embora ali se cuide de atos ou omissões *imputáveis aos responsáveis*). Se quando o Código quis abranger penalidades, usou de linguagem harmônica com os conceitos por ele fixados, há de entender-se que, ao mencionar responsabilidade por *tributos*, não quis abarcar sanções. Por outro lado, se *dúvida* houvesse, entre punir ou não o sucessor, o art. 112 do Código manda aplicar o princípio *in dubio pro reo*.”

Assim, cabe ao Fisco exigir da empresa o tributo devido e os acréscimos legais, mas não há sustentação para que estas exigências recaiam sobre os sócios, neste momento.

Cumprido destacar que, em relação aos sócios, não foram indicados os atos por eles praticados, de modo a ensejar a responsabilidade pessoal.

Veja-se, ainda, as disposições contidas no art. 5º da Instrução Normativa SCT n.º 01/06, *in verbis*:

INSTRUÇÃO NORMATIVA SCT Nº 01/06

Dispõe sobre procedimentos relativos à formalização de crédito tributário de contribuinte cujas atividades foram encerradas irregularmente; disciplina os meios de prova da realização da cobrança administrativa e padroniza procedimentos relacionados ao contencioso administrativo fiscal.

.....

Art.5º Ressalvadas as hipóteses dos art. 3º e 4º, a condição de coobrigado pelo crédito tributário atribuída à sócio-gerente, diretor ou administrador requer a indicação no relatório do AI ou da NL das razões para tal atribuição e da correspondente capitulação legal.

.....

Não se pode entender que o cumprimento deste artigo se dê apenas com a citação do art. 21, inciso XII da Lei n.º 6.763/75, como ocorreu no caso em tela.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A combinação dos ditames presentes nestes dois artigos (art. 5º da Instrução Normativa SCT n.º 01/06 e art. 21, inciso XII da Lei n.º 6.763/75) leva à conclusão de que devam ser citados, expressamente, atos e ações que conduzem a aposição dos sócios como sujeitos passivos.

Neste sentido, revela-se incorreta a indicação dos sócios como Coobrigados, devendo estes ser excluídos do polo passivo.

No mérito propriamente dito, cumpre lembrar que a autuação versa sobre a acusação de que a Impugnante teria promovido saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, conforme termo de autodenúncia por ela protocolado que foi confrontado com as notas fiscais emitidas. A diferença entre o faturamento real e o faturamento declarado, conforme tais notas fiscais emitidas, foi considerada como saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

Conforme Relatório Fiscal de fls. 06/08, a Impugnante protocolou denúncia espontânea em 19 de setembro de 2011.

A partir deste protocolo foram analisadas as formalidades de representação e a Administração Fazendária responsável encaminhou o expediente para análise da Fiscalização.

A Fiscalização, no momento do saneamento do procedimento, suspeitando que a referida denúncia espontânea não teria se baseado em documentos fiscais emitidos, lavrou o Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF n.º 10.000001302-71 (fl. 12).

Por este AIAF, a Impugnante foi intimada a apresentar as notas fiscais emitidas que, porventura, tivessem servido de base para a denúncia espontânea.

Nesta solicitação, foi concedido o prazo até 03 de janeiro de 2012 para comprovação. Contudo, a Impugnante não se manifestou.

No Anexo 4 do Auto de Infração (fls. 54/73) estão demonstrados os valores declarados pela ora Impugnante no Simples Nacional e as notas fiscais emitidas, incluindo os cupons fiscais.

Analisando a denúncia espontânea, o Fisco constatou-se que a Defendente lançou as saídas desacobertas utilizando-se dos benefícios do Simples Nacional.

A Lei Complementar n.º 123/06 estabelece os requisitos necessários para que o contribuinte seja contemplado pelo tratamento beneficiado e favorecido de que trata, conhecido como Simples Nacional.

O art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da citada lei complementar é claro ao estabelecer a exclusão deste tratamento diferenciado das operações que ocorrerem sem a devida emissão de documentos fiscais.

Sendo assim, em observância a este dispositivo legal, o imposto devido nas operações que ocorrerem desacobertas de documentos fiscais deve ser calculado nos moldes da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas não abrangidas pelo tratamento beneficiado de que trata a Lei Complementar n.º 123/06.

Assim, em Minas Gerais, nestes casos, a base de cálculo do imposto é o valor das operações de saídas, e a alíquota determinada pelo art. 42 do RICMS/02.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Frise-se que a Lei Complementar n.º 123/06 é clara ao condicionar o tratamento beneficiado e diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte à emissão do documento fiscal correspondente a cada operação, a saber:

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

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

§ 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;

Se aproveitar do tratamento beneficiado do Simples Nacional, sem a respectiva emissão de documentos fiscais, caracteriza infração ao disposto no art. 13 acima transcrito, e também ao § 2º do art. 9º da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional n.º 30, de 7 de fevereiro de 2008, *in verbis*:

OMISSÃO DE RECEITA

Art. 9º Aplicam-se à ME e à EPP optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional.

§ 1º - A existência de tributação prévia por estimativa, estabelecida em legislação do ente federativo não desobrigará: (Renumerado pela Resolução CGSN n.º 40, de 1º de setembro de 2008)

I - da apuração da base de cálculo real efetuada pelo contribuinte ou pelas administrações tributárias;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - da emissão de documento fiscal, previsto no art. 2º da Resolução CGSN nº 10, de 28 de junho de 2007.

§ 2º Não serão observadas as disposições da Resolução CGSN nº 51, de 22 de dezembro de 2008, nas hipóteses em que o lançamento do ICMS decorra de constatação de aquisição, manutenção ou saídas de mercadorias ou de prestação de serviços sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo, nas atividades que envolvam fiscalização de trânsito e similares, casos em que os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, consoante disposto nas alíneas "e" e "f" do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 50, de 22 de dezembro de 2008) (Vide art. 26 da Resolução CGSN nº 50, de 2008)

Cumprе salientar que a retificação da Declaração do Simples Nacional - DAS é ineficaz para abater os valores de ICMS devidos e demonstrados no Anexo 1 (fl.10), uma vez que o art. 13, inciso VII e seu § 1º, inciso XIII, alínea "f", determina que o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, não exclui a incidência do ICMS nas saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, operações sobre as quais serão observadas as normas vigentes para as demais empresas no âmbito do ente federativo em questão, como visto na transcrição acima.

Desta forma, para as operações de saída desacobertadas de documentação fiscal, deve ser aplicado o regime de recolhimento normal do imposto, em virtude da não emissão de documentos fiscais.

A retificação da Declaração do Simples Nacional - DAS não pode ser considerada como denúncia espontânea válida, a teor do art. 138 do Código Tributário Nacional citado pela própria Impugnante, uma vez que os valores retificados e o pagamento efetuado não condizem na sua totalidade com o imposto devido em virtude das saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Sendo assim, não há que se falar em dupla tributação, uma vez que os valores corretos do ICMS devido não foram recolhidos aos cofres públicos.

Este Conselho de Contribuintes já decidiu que a retificação do DAS não é válida para as saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, pois o imposto devido, nestes casos, não é o resultante da retificação do DAS, de acordo com alíquotas aplicáveis a esta regime de tributação.

Veja-se o seguinte acórdão neste sentido:

ACÓRDÃO: 19.912/11/3ª RITO: SUMÁRIO

PTA/AI: 01.000166343-39

IMPUGNAÇÃO: 40.010128221-08

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IMPUGNANTE: CLÁUDIA CRISTINA PEREIRA

IE: 702004951.00-11

ORIGEM: DF/UBERLÂNDIA

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. CONSTATA-DA A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS MEDIANTE CONFRONTO ENTRE AS VENDAS DECLARADAS AO FISCO PELA IMPUGNANTE E OS VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS POR ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TÉCNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I E VII DA PARTE GERAL DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Tal acórdão trata sobre as saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais por contribuinte optante do Simples Nacional, que não foi excluído do regime de ofício pelo Fisco. Para ficar clara esta situação, reproduzem-se trechos do citado acórdão que trata de matéria idêntica à infração objeto do presente auto:

A IMPUGNANTE ALEGA TAMBÉM QUE A ALÍQUOTA UTILIZADA PELO FISCO DEVERIA SER 2% CONFORME DETERMINA A PORTARIA SRE 041 DE 19/01/2007 E QUE MESMO QUE HOUVESSE ALGUMA DIFERENÇA A SER COBRADA COM BASE NOS VALORES DE RECEBIMENTO DAS ADMINISTRADORAS, ESTES VALORES NÃO ULTRAPASSARIAM O LIMITE ESTABELECIDO PELA PORTARIA E QUE AINDA ASSIM A ALÍQUOTA DEVERIA SER 2%. NA HIPÓTESE VERTENTE, TRATA-SE DE CONTRIBUINTE QUE REALIZA EXCLUSIVAMENTE OPERAÇÕES TRIBUTADAS POR VIA DE ICMS, ENQUADRADO NA CLASSIFICAÇÃO NACIONAL DE ATIVIDADES ECONÔMICAS - CNAE - SOB O CÓDIGO 4781-4/00 (COMÉRCIO VAREJISTA DE ARTIGOS DO VESTUÁRIO E ACESSÓRIOS).

UMA VEZ COMPROVADA A REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM A DEVIDA EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS, RESULTA CORRETA A EXIGÊNCIA, À MARGEM DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, DO IMPOSTO E RESPECTIVAS PENALIDADES, CONFORME DECORRE DO PRECEITO LEGAL ABAIXO REPRODUZIDO:

LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006:

ART. 13. (...)

§ 1º - O RECOLHIMENTO NA FORMA DESTES ARTIGOS NÃO EXCLUI A INCIDÊNCIA DOS SEGUINTE IMPOSTOS OU CONTRIBUIÇÕES, DEVIDOS NA QUALIDADE DE CONTRIBUINTE OU RESPONSÁVEL, EM

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELAÇÃO AOS QUAIS SERÁ OBSERVADA A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL ÀS DEMAIS PESSOAS JURÍDICAS:

(...)

XIII - ICMS DEVIDO:

(...)

F) NA OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL;

PORTANTO, A FALTA DE CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS E FISCAIS SUJEITA O CONTRIBUINTE AO PAGAMENTO DO IMPOSTO E DEMAIS ACRÉSCIMOS LEGAIS, PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO, DEVENDO SER UTILIZADA A ALÍQUOTA APLICÁVEL AO RAMO DE SUAS ATIVIDADES CONFORME PREVISTO NO ART. 42, INCISO I "E" PARTE GERAL DO RICMS/02 (GRIFO NOSSO). LOGO, CARACTERIZADA A INFRINGÊNCIA À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, ESTANDO CORRETAMENTE DEMONSTRADAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75, TENDO SIDO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO REGULARMENTE FORMALIZADO E NÃO TENDO A IMPUGNANTE APRESENTADO PROVAS CAPAZES DE ILIDIR O FEITO FISCAL, LEGÍTIMO SE TORNA O LANÇAMENTO EM EXAME.

Cumprir, ainda, outros acórdãos que mantêm o mesmo entendimento, qual seja: quando da promoção de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, o cálculo do imposto devido deve ser realizado à margem do Simples Nacional, e legítimas são as exigências do ICMS (nos moldes do regime de recolhimento débito e crédito), bem como das Multas de Revalidação e Isolada:

ACÓRDÃO: 20.132/10/1ª RITO: SUMÁRIO

PTA/AI: 01.000165134-77

IMPUGNAÇÃO: 40.010127330-08

IMPUGNANTE: BOLINA CONFECÇÕES LTDA - ME

IE: 067150861.00-36

COBRIGADO: MARLUCE BOLINA

PROC. S. PASSIVO: RENATA ALESSANDRA DE ABREU E SILVA/OUTRO(S)

ORIGEM: DFT/CONTAGEM

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - CONCLUSÃO FISCAL. CONSTATADO POR MEIO DE CONCLUSÃO FISCAL, PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 194, INCISO V DO RICMS/02, QUE A AUTUADA DEU SAÍDA A MERCADORIAS SEM O DEVIDO ACOBERTAMENTO FISCAL. PROCEDIMENTO FISCAL LEVADO A EFEITO MEDIANTE CONFRONTO ENTRE AS VENDAS REALIZADAS PELA EMPRESA POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO EM CONTA CORRENTE E O EXTRATO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DO SIMPLES NACIONAL (PGDAS). CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA, PREVISTA NO ART. 55, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO: 20.068/10/1ª RITO: SUMÁRIO

PTA/AI: 01.000165876-32

IMPUGNAÇÃO: 40.010127921-61

IMPUGNANTE: ISMAEL MUNIZ OLIVEIRA - ME

IE: 342069178.00-93

ORIGEM: DF/UBERLÂNDIA

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - CONCLUSÃO FISCAL. CONSTATADO POR MEIO DE CONCLUSÃO FISCAL, PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 194, INCISO V DO RICMS/02, QUE A AUTUADA DEU SAÍDA A MERCADORIAS SEM O DEVIDO ACOBERTAMENTO FISCAL. PROCEDIMENTO FISCAL LEVADO A EFEITO MEDIANTE CON-FRONTO ENTRE AS VENDAS REALIZADAS PELA EMPRESA POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO OU DÉBITO EM CONTA CORRENTE E O EXTRATO DO SIMPLES NACIONAL (PGDAS). CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA, PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, ALÍNEA “A” DA LEI Nº 6.763/75.

ACÓRDÃO: 20.162/11/1ª RITO: SUMÁRIO

PTA/AI: 01.000166543-81

IMPUGNAÇÃO: 40.010128369-74

IMPUGNANTE: WENDY KHOURI MACEDO

IE: 105654120.00-90

PROC. S. PASSIVO: JOSÉ CIPRIANO DE JESUS

ORIGEM: DF/POUSO ALEGRE

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO – CONCLU-SÃO FISCAL. CONSTATADA A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS POR MEIO DE CONCLUSÃO FISCAL LEVADA A EFEITO MEDIANTE CONFRONTO ENTRE AS VENDAS DECLARADAS AO FISCO PELA IMPUGNANTE E OS VALORES

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS POR ADMINIS-TRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS V E VII DA PARTE GERAL DO ICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Cumpre salientar que não há presunção de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais. Neste sentido, repita-se, que foi concedida à Impugnante a oportunidade de comprovar as emissões de documentos fiscais para a declaração de omissões constantes de seu termo de autodenúncia.

A denúncia espontânea apenas seria válida se a Defendente tivesse promovido o pagamento integral do ICMS devido e corretamente calculado.

A retificação do DAS não é suficiente para que a Impugnante continue usufruindo da alíquota reduzida prevista para as empresas do Simples Nacional.

Em face dos argumentos da Impugnante, torna-se importante repetir que o presente Auto de Infração não tem por escopo a exclusão de ofício da Impugnante do Simples Nacional.

A presente autuação visa o recolhimento do imposto devido, exclusivamente, nas operações promovidas sem a respectiva emissão de documentos fiscais, no período de janeiro de 2010 a julho de 2011.

O trabalho está baseado na legislação do Simples Nacional, em especial o art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar n.º 123/06, a qual determina que o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, não exclui a incidência do ICMS nas saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, operações sobre as quais serão observadas as normas vigentes para as demais empresas no âmbito do ente federativo em questão.

A aplicabilidade deste artigo não está condicionada à exclusão de ofício disciplinada no art. 4º da Lei Complementar e não se confunde com as formalidades necessárias para esta exclusão do Simples Nacional que, inclusive, não é o objeto da presente autuação.

Analisando os acórdãos citados pela Impugnante verifica-se que não tratam do mesmo assunto dos presentes autos. Consultando o inteiro teor destes acórdãos no “site” da Secretaria de Estado de Fazenda, verifica-se que, naqueles casos, o Fisco teve por iniciativa primeira, excluir o contribuinte do rol dos favorecidos do Simples Nacional para posteriormente, exigir o imposto integralmente. As decisões basearam-se em formalidades não atendidas para as exclusões do Simples Nacional. Este não foi o caso presente, não guardando semelhanças aos lançamentos que levaram à publicação dos acórdãos citados na impugnação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A base de cálculo utilizada pelo Fisco foi a mesma declarada pela Impugnante em sua denúncia espontânea. Contudo, na forma da legislação já transcrita nesta decisão, aplicou-se sobre esta base de cálculo a alíquota de 18% (dezoito por cento) abatendo os valores declarados no Simples (Anexo 1 – fl. 10).

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir os Coobrigados do polo passivo da obrigação tributária. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Eduardo Heleno Valadares Abreu e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Cindy Andrade Morais (Revisora), René de Oliveira e Sousa Júnior e Orias Batista Freitas.

Sala das Sessões, 17 de agosto de 2012.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Relatora