

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.130/13/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000179240-63
Impugnação: 40.010133022-56
Impugnante: Brasil Minas Fundidos Ltda - EPP
IE: 166873911.00-24
Proc. S. Passivo: Gilmar Geraldo Gonçalves de Oliveira/Outro(s)
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

ICMS – ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA – RECOLHIMENTO A MENOR. Constatada a falta de recolhimento do ICMS pelo regime normal de apuração (débito/crédito), uma vez que a Autuada encontrava-se desenquadrada de ofício do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuição - SIMPLES NACIONAL, pela Receita Federal do Brasil. Corretas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO ICMS/ST – PEÇAS, COMPONENTES E ACESSÓRIOS DE PRODUTOS AUTOMOTIVOS. Constatou-se a falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária ao Estado de Minas Gerais, incidente nas operações subsequentes com as mercadorias (obras moldadas, de ferro fundido, ferro ou aço, exceto 7325.91.00) relacionadas nos subitens 14.20 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02. Correta a exigência de ICMS/ST e Multa de Revalidação nos termos do art. 56, inciso II, § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação fiscal refere-se à constatação de que a Autuada, no período de janeiro de 2011 a janeiro de 2012, deixou de destacar o ICMS nos documentos fiscais emitidos, bem como deixou de apurar o imposto pelo regime de débito/crédito, uma vez que, em tal período, encontrava-se desenquadrada de ofício do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuição - SIMPLES NACIONAL.

Trata, ainda, o lançamento da falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST, no período de fevereiro de 2011 a maio de 2012, devido pelas operações subsequentes, com as mercadorias listadas no subitem 14.20 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (obras moldadas, de ferro fundido, ferro ou aço, exceto 7325.91.00).

Exigência de ICMS operação própria, ICMS/ST, Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) do valor do ICMS operação própria e de 100% (cem por cento) do valor do ICMS/ST, conforme art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O processo encontra-se instruído com Auto de Início da Ação Fiscal – AIAF e AR (fls. 02/03); Auto de Infração - AI e Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 04/06); Relação de quadros que compõem o PTA (fls. 07); Relação de documentos fiscais de saída referentes ao período de janeiro de 2011 a janeiro de 2012 (fls. 08/26); Relação de documentos fiscais de entrada referentes ao período de janeiro de 2011 a janeiro de 2012 (fls. 27/33); Planilha Apuração de ICMS – janeiro de 2011 a janeiro de 2012 (fls. 34); Planilha Cálculo de ICMS/ST – fevereiro de 2011 a maio de 2012 (fls. 35/36); Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 37); Cópias de documentos fiscais de saída referentes ao período de janeiro de 2011 a maio de 2012 (fls. 39/1.030); Cópia do livro de Registro de Saídas referente ao período de janeiro de 2011 a maio de 2012 (fls. 1.033/1.124); Cópia dos documentos fiscais de entrada do período de janeiro de 2011 a janeiro de 2012 (fls. 1.126/1.397); Cópia do livro de Registro de Entradas referente ao período de janeiro de 2011 a janeiro de 2012 (fls. 1.399/1.457); Consulta Cadastral Integrada – Conta Corrente Fiscal – janeiro de 2011 a janeiro de 2012, Consulta de Dados Cadastrais do Contribuinte e Regime de Recolhimento – SICAF (fls. 1.459/1.460); Aviso de Recebimento do Auto de Infração e Anexos (fls. 1.461).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.463/1.475, alegando, em síntese:

- na condição de Simples Nacional, foi surpreendida com a notificação de sua exclusão do referido regime, exarada pela Receita Federal do Brasil, por possuir débitos perante o Fisco Federal;

- não lhe foi permitido parcelar os referidos débitos;

- apresentou Manifestação de Inconformidade junto à DRF/Divinópolis, e, posteriormente, Recurso Voluntário contra decisão administrativa que julgou intempestivo o primeiro recurso interposto, que ainda tramita, conforme consulta de andamento processual acostada às fls. 1.482;

- a exclusão torna-se definitiva após decisão irrecurável e seu posterior registro no portal da internet do Simples Nacional, conforme preconiza o § 4º do art. 4º da Resolução nº 15 do Comitê Gestor do Simples Nacional;

- que tal informação visa dar publicidade e que tem efeito similar à própria publicação da decisão do órgão administrativo julgador do ente que procedeu à exclusão do Simples Nacional, o que é corroborado pelo Acórdão deste Conselho nº 20.372/12/3ª;

- o Auto de Infração deve ser considerado nulo, devido à suspensão dos efeitos da exclusão da Impugnante do Simples Nacional, em face da apresentação de recurso perante o órgão federal.

Cita dispositivo legal que entende lhe respaldar (art. 39, § 6º da Lei Complementar nº 123/06).

Argui, ainda, a nulidade do lançamento, por supostamente, no presente caso, não haver sido lavrado o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF), tendo em vista que o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

caso dos autos não se inclui dentre aqueles para os quais há previsão de dispensa da sua emissão.

Assevera que sendo optante pelo Simples Nacional não há que se falar em apuração do imposto pelo sistema de débito/crédito.

Diz que não foram considerados, para fins de cálculo e abatimento, os créditos de ICMS destacados nas notas fiscais de entrada.

Cita excertos de Acórdão deste Conselho de Contribuintes (20.627/11/1ª), no qual consta serem tais créditos passíveis de aproveitamento.

Requer, ao final, a procedência da impugnação, reconhecimento da nulidade do Auto de Infração em face da suspensão dos efeitos da sua exclusão do Simples Nacional e da falta de emissão de AIAF. Subsidiariamente, requer sejam considerados os créditos do imposto destacados nas notas fiscais de entrada.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, contrapondo-se aos argumentos da Impugnante, manifesta-se às fls. 1.487/1.490.

Menciona que o objeto da lide é a falta de destaque de ICMS nos documentos emitidos, a falta de apuração regular do imposto e a falta de destaque e retenção do ICMS/ST.

Com relação à consulta de processo, acostada às fls. 1.482 pela Autuada, diz que tal documento refere-se a um processo de contestação à exclusão de ofício do Simples Nacional, sendo que a decisão sobre a exclusão já havia se consumado.

Sustenta que não existe processo em aberto de exclusão do Simples Nacional, pois trata-se apenas da contestação dessa exclusão, já decidida pela Receita Federal.

Sustenta que o Comitê Gestor do Simples Nacional teria que se manifestar sobre a possibilidade do efeito suspensivo em caso de impugnação.

Reitera que não se trata de apresentação de impugnação, defesa ou recurso em um processo de exclusão em andamento, uma vez que se refere a um processo novo, de contestação a uma exclusão de ofício e, assim, não há que se falar em efeito suspensivo.

Acosta aos autos extrato de consulta realizada no Portal do Simples Nacional, no qual consta que a Autuada foi excluída de ofício do Simples Nacional, pela Receita Federal do Brasil, a partir 01/01/11.

Conclui que a exclusão da Autuada do mencionado regime simplificado já está consumada e publicada no referido portal.

Ressalta que a Autuada, apesar de interpor recurso contestando a exclusão, já a acata, tendo em vista que, a partir de fevereiro de 2012, passa a realizar a apuração do imposto pela sistemática de débito/crédito.

Diz que, ao contrário do alegado pela Defesa, foi lavrado o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF), que se encontra acostado às fls. 02 dos autos e foi recebido em 16/07/12, conforme Aviso de Recebimento (fls. 03).

Menciona que, ao refazer a escrituração da Contribuinte na sistemática de débito/crédito, em atendimento ao princípio da não cumulatividade do ICMS, foram abatidos os créditos passíveis de aproveitamento.

Relata que os documentos fiscais referentes às aquisições compõem o Quadro II dos autos (fls. 27/33) e, que os valores dos créditos apropriados no cálculo do imposto encontram-se relacionados no Quadro III (fls. 34).

Conclui que a arguição de nulidade do lançamento deve ser afastada, uma vez que foram considerados os créditos do imposto no cálculo do ICMS, ora exigido, bem como foi lavrado o AIAF.

Ao final, requer seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Das Preliminares

Entende a Impugnante que o Auto de Infração deve ser declarado nulo pelo fato de a Fiscalização não ter lavrado o AIAF (Auto de Início de Ação Fiscal) e por não ter considerado no cálculo do imposto os créditos referentes às notas fiscais de entrada.

Alega, ainda, nulidade do lançamento por entender que o recurso interposto contra o seu desenquadramento do Simples Nacional suspende as exigências ora discutidas.

Necessário registrar, inicialmente, que a alegação de que a Fiscalização não abateu os créditos de ICMS no cálculo do imposto é matéria de mérito e será analisada na oportunidade.

Quanto à arguição de nulidade por falta de emissão de AIAF, razão não assiste à Impugnante, conforme se verá.

Note-se que o exercício do poder público está condicionado a limites constitucionais, legais e regulamentares, sendo de sua essência a formalização dos atos administrativos, inclusive os atos administrativos tributários.

Daí a exigência contida no art. 196 do Código Tributário Nacional (CTN) para que a autoridade administrativa, ao proceder ou presidir quaisquer diligências, lavre o termo ou os termos necessários para que se documente o início do procedimento específico que se julgou adequado ao caso concreto, observados forma e procedimentos estabelecidos na legislação:

Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em atenção à determinação contida no CTN, o legislador estadual mineiro estabeleceu que as diligências, que caracterizem procedimentos fiscais para preparação do lançamento, sejam formalizadas por termos, dentre eles, o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF).

Nesse sentido, transcreve-se a legislação aplicável aos procedimentos preparatórios do lançamento em apreço, notadamente os arts. 69 e 70 *caput* do RPTA (Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários - Decreto nº 44.747/08). Examine-se:

Art. 69. Para os efeitos de documentar o início de ação fiscal, observados os modelos estabelecidos pela Secretaria de Estado de Fazenda, a autoridade lavrará, conforme o caso:

I - Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF);
(...)

Art. 70. O Auto de Início de Ação Fiscal será utilizado para solicitar do sujeito passivo a apresentação de livros, documentos, dados eletrônicos e demais elementos relacionados com a ação fiscal, com indicação do período e do objeto da fiscalização a ser efetuada.

(...)

Verifica-se, nos presentes autos, que a Fiscalização lavrou o Auto de Início da Ação Fiscal (AIAF) antes de proceder ao lançamento, conforme se depreende do documento acostado às fls. 02.

Dessa forma, constata-se que o lançamento em exame observou os preceitos legais e regulamentares que disciplinam a matéria, não havendo que se falar em descumprimento da norma insculpida no art. 69, inciso I do RPTA.

No que tange à alegação da Defesa de que o lançamento deve ser suspenso, uma vez que se encontra pendente de julgamento Recurso Voluntário contra a decisão administrativa, que julgou intempestiva a Manifestação de Inconformidade interposta contra a sua exclusão do Simples Nacional, efetivada pela Receita Federal do Brasil, há que se destacar o que dispõe a legislação pertinente à matéria em discussão. Veja-se:

Lei Complementar nº 123/06

Da Exclusão do Simples Nacional

Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados pelo Comitê Gestor.

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

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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.

(...)

§ 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.

§ 6º Nas hipóteses de exclusão previstas no caput, a notificação:

I - será efetuada pelo ente federativo que promoveu a exclusão; e

II - poderá ser feita por meio eletrônico, observada a regulamentação do CGSN.

(...)

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

(...)

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; ou

(...)

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

§ 3º O CGSN regulamentará os procedimentos relativos ao impedimento de recolher o ICMS e o ISS na forma do Simples Nacional, em face da ultrapassagem dos limites estabelecidos na forma dos incisos I ou II do art. 19 e do art. 20.

(...)

Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

§ 1º Para efeitos do disposto no caput deste artigo, na hipótese da alínea a do inciso III do caput do art. 31 desta Lei Complementar, a microempresa ou a empresa de pequeno porte desenquadrada ficará sujeita ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos impostos e contribuições, devidos de conformidade com as normas gerais de incidência, acrescidos, tão-somente, de juros de mora, quando efetuado antes do início de procedimento de ofício. (Grifou-se)

(...)

Seção XII

Do Processo Administrativo Fiscal

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.

(...)

§ 6º Na hipótese prevista no § 5º, o CGSN poderá disciplinar procedimentos e prazos, bem como, no processo de exclusão, prever efeito suspensivo na hipótese de apresentação de impugnação, defesa ou recurso.

Também, encontra-se em vigor a Resolução Comitê Gestor Simples Nacional nº 94/11, que revogou a Resolução nº 15/07, e disciplina o desenquadramento do contribuinte do Simples Nacional, dentre outras situações, e cujos excertos, no que interessam ao presente caso, destaca-se:

Da Exclusão de Ofício

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 1º - Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 2º - Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º - A a 1º - D; art. 29, §§ 3º e 6º)

§ 3º Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 6º).

(...)

§ 5º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

federado que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro. (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º).

Dos Efeitos da Exclusão de Ofício

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

VI - a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência do termo de exclusão, na hipótese de possuir débito com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa. (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 17, inciso V; art. 31, inciso IV) (Redação dada pela Resolução CGSN n.º 100, de 27 de junho de 2012).

§ 1º Na hipótese dos incisos V e VI do caput, a comprovação da regularização do débito ou do cadastro fiscal, no prazo de até 30 (trinta) dias contados da ciência da exclusão de ofício, possibilitará a permanência da ME ou da EPP como optante pelo Simples Nacional. (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 31, § 2º) (Redação dada pela Resolução CGSN n.º 100, de 27 de junho de 2012)

(...)

§ 3º A ME ou EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 32, caput). (Grifou-se)

Da análise da legislação posta, verifica-se que a exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional, *na internet*, pelo ente federado que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro, conforme dispõe a Lei Complementar n.º 123 de 2006 (art. 29, § 3º; art. 39, § 6º) c/c o § 3º do art. 75 da Resolução Comitê Gestor Simples Nacional n.º 94/11.

Pois bem, conforme consulta ao Portal do Simples Nacional, disponível em <http://www8.receita.fazenda.gov.br/SIMPLESNACIONAL/aplicacoes.aspx?id=21>, a Autuada encontra-se excluída do referido regime, a partir de 01/01/11, fls. 1.489 dos autos. Confira-se:

Períodos Anteriores		
Opções pelo Simples Nacional em Períodos Anteriores		
Data Inicial	Data Final	Detalhamento
01/07/2007	31/12/2010	Excluída por Ato Administrativo praticado pela Receita Federal do Brasil

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Opções pelo SIMEI em Períodos Anteriores: **Não Existem**

Agendamentos (Simples Nacional)

Agendamentos no Simples Nacional: **Não Existem**

Eventos Futuros (Simples Nacional)

Eventos Futuros no Simples Nacional: **Não Existem**

Depreende-se, também, que a Autuada, a partir de fevereiro de 2012, passou a destacar nas notas fiscais de saída o ICMS das operações (fls. 1.019/1.030), bem como transmitiu DAPI modelo 1, declaração emitida pelo contribuinte optante pelo regime débito/crédito. Examine-se:

Filtro					
Inscrição Estadual:	166873911.00-24	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
CNPJ:	86.391.299/0001-78	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
Nome Empresarial:	BRASIL MINAS FUNDIDOS LTDA - EPP				
Período de Referência:	01/01/2012	a	31/12/2012	(DD/MM/AAAA)	
Situação da Declaração:	Todas <input type="checkbox"/> Substituída <input type="checkbox"/> Suspensa				

Declarações						11 registro(s) < 1 de 2 > 1
	Período de Referência	Situação da Declaração	Modelo	Protocolo		Data/Hora da Transmissão
				Atual	Antigo	
<input type="checkbox"/>	01 a 29/02/2012	Consistente	DAPI 1	201.200.991.376-5		19/03/2012 - 08:57
<input type="checkbox"/>	01 a 31/03/2012	Consistente	DAPI 1	201.201.476.796-8		23/04/2012 - 14:24
<input type="checkbox"/>	01 a 30/04/2012	Consistente	DAPI 1	201.201.979.401-7		28/05/2012 - 08:54
<input type="checkbox"/>	01 a 31/05/2012	Consistente	DAPI 1	201.202.417.667-9		25/06/2012 - 09:09
<input type="checkbox"/>	01 a 30/06/2012	Consistente	DAPI 1	201.202.734.264-2		16/07/2012 - 08:59
<input type="checkbox"/>	01 a 31/07/2012	Consistente	DAPI 1	201.203.171.294-7		15/08/2012 - 08:44
<input type="checkbox"/>	01 a 31/08/2012	Consistente	DAPI 1	201.203.728.981-7		24/09/2012 - 14:30
<input type="checkbox"/>	01 a 30/09/2012	Consistente	DAPI 1	201.204.007.400-1		15/10/2012 - 09:19
<input type="checkbox"/>	01 a 31/10/2012	Consistente	DAPI 1	201.204.630.809-8		19/11/2012 - 14:33
<input type="checkbox"/>	01 a 30/11/2012	Consistente	DAPI 1	201.205.108.323-6		20/12/2012 - 09:22

Ressalte-se que a discussão, em outro processo administrativo fiscal, sobre a exclusão do SIMPLES NACIONAL, não tem o condão de impedir a Fiscalização de efetuar o lançamento, evitando-se, dessa forma, a decadência do direito da Fazenda pública de fazê-lo.

Tal entendimento é corroborado pela jurisprudência do Conselho de Contribuintes Federal (CARF) conforme se extrai das seguintes decisões:

LANÇAMENTO DE OFÍCIO — ARGÜIÇÃO DE NULIDADE —
DECISÃO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES —

CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA — DESNECESSIDADE — É DESNECESSÁRIO QUE O FISCO PERCORRA TODAS AS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS COM O PROCESSO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES PARA SÓ ENTÃO, COM A DECISÃO FINAL DESFAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE, PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO. A TRAMITAÇÃO CONJUNTA DOS PROCESSOS DE EXCLUSÃO DO SIMPLES E DO AUTO DE INFRAÇÃO EVITA A OCORRÊNCIA DA DECADÊNCIA TRIBUTÁRIA. ASSIM SENDO, CONSIDERADOS OS FATOS GERADORES EM PERÍODO NÃO ALCANÇADO PELA REGULAR OPÇÃO AO SIMPLES, PROCEDENTE A AUTUAÇÃO LAVRADA. (...). PROCESSO Nº: 10166.016255/200225. ACÓRDÃO Nº: 10808.231 DE 16.03.2005.

PROCESSO Nº 11060.002505/200967

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/03/2004 A 30/06/2007 AUTO DE INFRAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. SUSPENSÃO DO DIREITO DE LANÇAMENTO DO FISCO. INOCORRÊNCIA

SOB PENA DE RESPONSABILIDADE FUNCIONAL, O AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL TEM A OBRIGAÇÃO DE EFETIVAR O DEVIDO LANÇAMENTO QUANDO PRESENTES AS CONDIÇÕES LEGAIS PARA TANTO. A DISCUSSÃO, EM DIVERSO PROCESSO ADMINISTRATIVO, ACERCA DA EXCLUSÃO DO SIMPLES NÃO TEM EFEITO SUSPENSIVO, NÃO OBSTACULARIZANDO O FISCO DE LANÇAR O QUE DEVIDO, INCLUSIVE EVITANDO A DECADÊNCIA DE EVENTUAIS CRÉDITOS. (...)

RECURSO Nº VOLUNTÁRIO ACÓRDÃO Nº 2803001.933 – 3ª TURMA ESPECIAL SESSÃO DE 21 DE NOVEMBRO DE 2012.

Por outro lado, não cabe a este Conselho, no caso dos autos, manifestar-se acerca das razões da exclusão do SIMPLES NACIONAL, o que já está sendo feito em processo próprio, cabendo-lhe somente decidir acerca da procedência ou não do crédito tributário exigido nessa ação fiscal.

Dessa forma, afastam-se as arguições de nulidade do lançamento.

Do Mérito

Conforme já relatado, a autuação é decorrente da constatação de que a Autuada, no período de janeiro de 2011 a janeiro de 2012, não destacou o imposto nos documentos fiscais emitidos, bem como deixou de apurar o imposto devido pelo regime de débito/crédito, uma vez que, em tal período, encontrava-se desenquadrada de ofício, pela Receita Federal do Brasil, do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuição - SIMPLES NACIONAL.

Trata, ainda, o lançamento da falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST, no período de fevereiro de 2011 a maio de 2012, devido pelas operações subsequentes com as mercadorias listadas no subitem 14.20 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigência de ICMS operação própria, ICMS/ST, Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) do valor do ICMS operação própria e de 100% (cem por cento) do valor do ICMS/ST, conforme art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Cabe, de início, esclarecer que a Autuada encontra-se enquadrada no cadastro de contribuintes deste estado no CNAE-F nº 2451-2/00 (fundição de ferro e aço).

Conforme consulta ao SICAF, a seguir reproduzida, a Autuada esteve enquadrada no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuição - SIMPLES NACIONAL até 31/12/10 e, a partir de 01/01/11, no regime de débito e crédito. Examine-se:

S I C A F		SEF/MG	
Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais			
Consulta Regimes de Recolhimento do Contribuinte			
Inscr. Estadual: 166873911 00 24		Situacao: ATIVO	
Nome Comerc.: BRASIL MINAS FUNDIDOS LTDA - EPP			
Cod. Regime Atual: 01		Descricao: DEBITO E CREDITO	
Cod. Regime Anterior: 58		Descricao: SIMPLES NACIONAL	
Motivo: 4 47		Data Alteração: 31.12.2010	

Feitas essas observações, passa-se à análise das irregularidades constadas pela Fiscalização.

Acusação fiscal de falta de destaque do ICMS nos documentos fiscais emitidos e da falta de apuração do imposto pelo regime de débito/crédito

Conforme já relatado, refere-se esse item à constatação fiscal de que a Autuada, no período de janeiro de 2011 a janeiro de 2012, não destacou o ICMS nos documentos fiscais emitidos, bem como deixou de apurar o imposto pelo regime de débito/crédito, uma vez que, em tal período, encontrava-se desenquadrada de ofício, pela Receita Federal do Brasil, do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuição - SIMPLES NACIONAL.

Exigência de ICMS e Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Verifica-se que a Autuada foi excluída do regime de apuração e recolhimento do imposto denominado Simples Nacional, conforme demonstrado, ficando sujeita, portanto, ao recolhimento do ICMS pelas regras normais de tributação nos termos do art. 32 da LC nº 123/06, já mencionado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Reiterando, a cópia do registro da exclusão do Regime do Simples Nacional, efetuada pela Receita Federal do Brasil, encontra-se juntada às fls. 1.489 dos autos e demonstra que a exclusão se deu em 31/12/10, com efeitos a partir de 01/01/11.

Não efetuando o recolhimento antes da ação fiscal, a Autuada ficou sujeita à multa imposta pelo descumprimento do dever de recolher imposto, prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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.

Frise-se que a exclusão de ofício é registrada no Portal do Simples Nacional, *na internet*, pelo ente federado que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro, conforme dispõe a Lei Complementar nº 123 de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º c/c o § 3º do art. 75 da Resolução Comitê Gestor Simples Nacional nº 94/11.

Dessa forma, estando a Autuada desenquadrada do Simples Nacional e não tendo recolhido o imposto pelo regime normal de apuração (débito/crédito), correta a Fiscalização em efetuar o lançamento das exigências devidas, inclusive, reiterar-se, evitando a decadência do seu direito de lançar.

Mencione-se que a Fiscalização, em atendimento ao princípio da não cumulatividade do ICMS, considerou, na composição da conta gráfica da Autuada, os créditos referentes às notas fiscais de entrada, conforme se constata da Planilha Apuração de ICMS – janeiro de 2011 a janeiro de 2012 (fls. 34), bem como observou no cálculo do imposto exigido a alíquota aplicável às operações interestaduais e internas.

Constatação fiscal da falta de retenção e recolhimento de ICMS/ST

Refere-se este item à falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST, no período de fevereiro de 2011 a maio de 2012, devido pelas operações subsequentes com as mercadorias listadas no subitem 14.20 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (obras moldadas, de ferro fundido, ferro ou aço, exceto 7325.91.00).

Exigência de ICMS/ST e Multa de Revalidação de 100% (cem por cento) do valor do ICMS/ST, de acordo com o art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

As exigências deste item do lançamento encontram-se demonstradas na Planilha Cálculo de ICMS/ST – fevereiro de 2011 a maio de 2012 (fls. 35/36).

Ressalte-se que, na peça de defesa apresentada, a Impugnante não questiona a acusação em epígrafe.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Outrossim, cabe mencionar que a exigência do ICMS/ST, ora exigido, independe do desenquadramento da Autuada do Simples Nacional, uma vez que o recolhimento do imposto na sistemática do Simples Nacional não exclui o recolhimento do ICMS devido pelas operações sujeitas à substituição tributária, de acordo com o inciso XIII do § 1º do art. 13 da LC nº 123/06. Veja-se:

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:

a) nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária; (Grifou-se)

Destaque-se que a substituição tributária é uma técnica de arrecadação, na qual o contribuinte substituto não apenas recolhe o tributo por ele devido, mas também antecipa o montante relativo à operação subsequente.

É oportuno salientar que o regime da substituição tributária possui norma de competência estatuída na Constituição da República, em seu art. 150, § 7º, e na Lei Complementar nº 87/96, conforme art. 6º. Veja-se:

Constituição da República:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Lei Complementar nº 87/96:

Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.

§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

§ 2º A atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias, bens ou serviços previstos em lei de cada Estado.

Depreende-se da leitura dos dispositivos retrocolacionados, que os estados possuem competência para estabelecer, mediante lei, o regime de substituição tributária em relação às mercadorias que julgarem necessárias.

Assim, devidamente autorizado, o Estado de Minas Gerais instituiu o regime em comento por meio do art. 22 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 22 - Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

I - alienante ou remetente da mercadoria ou pelo prestador de serviços de transporte e comunicação ficar sob a responsabilidade do adquirente ou do destinatário da mercadoria, ou do destinatário ou do usuário do serviço;

II - adquirente ou destinatário da mercadoria pelas operações subseqüentes, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;

(...)

Nesses termos, tratando-se de operação interna, como no caso dos autos, basta que a mercadoria esteja consignada no rol de itens sujeitos ao ICMS/ST para que os contribuintes se submetam ao referido regime.

A responsabilidade da Autuada para o recolhimento do ICMS/ST tem previsão também no art. 12 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, em função da atribuição originária da responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto. Confira-se:

Art. 12. O estabelecimento industrial situado neste Estado ou nas unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, nas remessas das mercadorias relacionadas na Parte 2 deste Anexo para estabelecimento de contribuinte deste Estado, é responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido nas operações subseqüentes.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No presente caso, imperioso salientar que no regime da substituição tributária o estabelecimento remetente figura como contribuinte na relação tributária, embora o fato gerador seja realizado por outro estabelecimento, conforme melhor doutrina:

ORA, PARA A COMPREENSÃO DO EXATO SIGNIFICADO DO COMANDO NORMATIVO ACIMA DESCRITO, E PARA O CORRETO ENTENDIMENTO DA SUJEIÇÃO PASSIVA, INCLUSIVE A ANÁLISE DA SUA LEGITIMIDADE, O APOIO DA DOCTRINA É IMPORTANTE, E, ATUALMENTE, A MELHOR DOCTRINA DE SACHA CALMON, MIZABEL DERZI, ZELMO DENARI, JOHNSON NOGUEIRA, DENTRE OUTROS, NÃO DISCREPA, ENTENDENDO, QUE NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE NÃO HÁ RETENÇÃO DE IMPOSTO. A OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA NASCE DIRETAMENTE PARA O SUBSTITUTO, RESPONDENDO ESTE POR OBRIGAÇÃO PRÓPRIA, DE FATO GERADOR ALHEIO. ASSIM, A SUJEIÇÃO PASSIVA É DIRETA.

VALE-SE DA DOCTRINA DO PROF. SACHA CALMON, QUE EM VÁRIOS ESCRITOS TEM AFIRMADO, COM SUPORTE NA TEORIA DA NORMA JURÍDICA E DE SUA TÉCNICA DE IMPUTAÇÃO, PARA EXPLICAR A SUJEIÇÃO PASSIVA POR SUBSTITUIÇÃO, NOS SEGUINTE TERMOS:

NORMA

HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA TENDO NO ASPECTO PESSOAL "A"

CONSEQÜÊNCIA JURÍDICA TENDO POR SUJEITO PASSIVO "B"

"DE VER, E ISSO É FUNDAMENTAL QUE A PESSOA DESIGNADA NA LEI COMO "REALIZADORA" DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA (FATO GERADOR) É DIVERSA DA QUE, NA CONSEQÜÊNCIA DA NORMA, APARECE DESIGNADA COMO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO. ENTÃO, JURIDICAMENTE, B É SUJEITO PASSIVO DIRETO. ELE NÃO PAGA DÍVIDA ALHEIA. PAGA DÍVIDA PRÓPRIA. APENAS NÃO REALIZOU O FATO GERADOR. [...]". (COMENTÁRIOS AO CTN, PÁG. 292-293).

O PROF. WERTHER BOTELHO TAMBÉM SE ALINHA À CORRENTE DOCTRINÁRIA ACIMA. PARA ELE A RESPONSABILIDADE POR SUBSTITUIÇÃO É A SEGUNDA HIPÓTESE DE SUJEIÇÃO PASSIVA DIRETA, OBSERVANDO, AINDA, QUE EMBORA O SUJEITO PASSIVO PREVISTO PELA NORMA NÃO REALIZE O FATO GERADOR, A OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA SURGE DIRETAMENTE PARA A PESSOA QUE SUBSTITUI O CONTRIBUINTE (CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, PÁG. 198-201).

No caso em análise, verificou-se que a Autuada é contribuinte responsável pelo imposto devido pelas operações subsequentes com mercadorias listadas no item 14.20 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, quando destinadas a contribuintes mineiros (substituídos).

Assim, em decorrência da sua condição de contribuinte do ICMS/ST devido ao estado é que está sendo exigido o ICMS/ST.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No tocante à base de cálculo utilizada para a exigência do ICMS/ST, cumpre esclarecer que a Fiscalização observou as disposições previstas na legislação, conforme disposto na alínea “b”, item 3 do art. 19 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 19. A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é:

I - em relação às operações subseqüentes:

(...)

b) tratando-se de mercadoria que não tenha seu preço fixado por órgão público competente, observada a ordem:

(...)

3. o preço praticado pelo remetente acrescido dos valores correspondentes a descontos concedidos, inclusive o incondicional, frete, seguro, impostos, contribuições, royalties relativos a franquia e de outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecido para a mercadoria na Parte 2 deste Anexo e observado o disposto nos §§ 5º a 8º deste artigo;

Verifica-se, assim, que foi adotada a margem de valor agregada no percentual de 40% (quarenta por cento) conforme estabelece o subitem 14.20 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

A alíquota aplicável no cálculo do ICMS/ST, para as mercadorias autuadas, foi a prevista no art. 42, inciso I, alínea “e” da Parte Geral do RICMS/02.

Cabe salientar que o ICMS/ST exigido foi o valor resultante da diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota estabelecida para as operações internas sobre a base de cálculo definida para a substituição e o devido pela operação própria da Autuada.

Ressalte-se que a multa de revalidação exigida encontra-se prevista no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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.

(...)

§ 2º As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - por não-retenção ou por falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária;

Vale destacar que a norma sancionatória, que se extrai da interpretação conjunta do caput e do inciso I, ambos do § 2º do art. 56 da Lei nº 6.763/75, determina a aplicação da penalidade “em dobro” ao alienante/remetente, substituto tributário, por deixar de pagar o imposto devido por substituição tributária tendo ou não efetuado a retenção cabível.

Desse modo, correta a exigência do ICMS/ST e da Multa de Revalidação de 100% (cem por cento) do valor do ICMS/ST, de acordo com o art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Ricardo Capucio Borges (Revisor), Carlos Alberto Moreira Alves e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 20 de março de 2013.

Maria de Lourdes Medeiros
Presidente / Relatora

R