

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.838/12/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000170204-15
Impugnação: 40.010131453-47
Impugnante: Geraldo Luziano Gonçalves
IE: 001034178.01-11
Proc. S. Passivo: Argeu Lúcio Souza Júnior/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

MERCADORIA – ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA – NOTA FISCAL – CANCELAMENTO IRREGULAR. Constatadas a entrada e a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, tendo em vista que o Autuado cancelou irregularmente documentos fiscais, contrariando o disposto no art. 147 da Parte Geral do RICMS/02. Exigências de ICMS, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - RECOMPOSIÇÃO DA CONTA GRÁFICA. Comprovado nos autos que o Autuado promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, resultando em sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, o que acarretou a recomposição de sua conta gráfica desde a data do cometimento da infração. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa a autuação sobre as seguintes constatações fiscais:

1 – cancelamento irregular de notas fiscais, contrariando o disposto no art. 147 do RICMS/02, caracterizando-se que as mercadorias a que se referem foram entregues e/ou recebidas desacobertas de documentação fiscal, no período de julho de 2008 a agosto de 2010;

2 – falta de recolhimento do ICMS, no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2010, em razão de ter sido a empresa excluída do regime especial unificado de arrecadação de tributos e contribuições - Simples Nacional, nos termos do art. 29, inciso V da Lei Complementar (LC) nº 123/06, por ter cometido reiteradamente a prática de “cancelamento irregular de notas fiscais” no período.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 102/112, acompanhada dos documentos de fls. 113/129, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 132/142.

DECISÃO

Da Preliminar

Aduz o Impugnante que ocorreu cerceamento em seu direito de defesa em razão de o Auto de Infração (AI) não preencher os requisitos da legislação tributária, em especial os do art. 89, incisos IV e V do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747 de 03/03/08. Veja-se:

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso.

(Grifou-se)

Contudo, o que se observa ao analisar o AI, é que este foi lavrado em consonância com a legislação em vigor, observando todas as disposições do art. 89 do RPTA, bem como as do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN) e contém, inclusive, indicações precisas das infringências e das penalidades.

O Fisco apresentou, por meio dos quadros e relatórios, descrição clara e precisa dos fatos que motivaram a autuação fiscal, as circunstâncias em que foram

praticados, a menção dos dispositivos infringidos e das penalidades cominadas, bem como, a apuração e demonstração do valor exigido (fls. 02/99).

Portanto, considerando que o Impugnante recebeu toda a documentação anexada aos autos pelo Fisco (fl. 100) e não houve prejuízos ao seu direito de defesa, não merecem prosperar as prefaciais arguidas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre as seguintes constatações fiscais:

1 – cancelamento irregular de notas fiscais, contrariando o disposto no art. 147 do RICMS/02, caracterizando-se que as mercadorias a que se referem foram entregues e/ou recebidas desacobertadas de documentação fiscal, no período de julho de 2008 a agosto de 2010;

2 – falta de recolhimento do ICMS, no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2010, em razão de ter sido a empresa excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional, nos termos do art. 29, inciso V da LC nº 123/06, por ter cometido reiteradamente a prática de “cancelamento irregular de notas fiscais” no período.

Exigências fiscais de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75.

Quanto ao item “1”, o Impugnante afirma, em sua defesa, que discorda das constatações fiscais ao argumento de que o Fisco não trouxe elementos suficientes para comprovar a prática da infração tributária.

Aduz que observou todas as formalidades para proceder ao cancelamento das notas fiscais, de forma a evitar a cobrança do imposto e a circulação de mercadoria desacobertada de documentos fiscais.

No entanto, o Impugnante não traz aos autos qualquer fato novo, capaz de afastar as constatações fiscais estampadas no AI.

Nesse sentido, o que se observa das notas fiscais anexas às fls. 09/28 e da análise das tabelas de fl. 38, é que todos os referidos documentos fiscais foram destacados do bloco, apenas uma delas não apresenta marcas de dobras (porém, esta apresenta marcas e sujeiras características do transporte de mercadorias, além de, frise-se, estar separada do bloco) e muitas delas trazem consigo o canhoto assinado, demonstrando que as mercadorias foram entregues.

Ao normatizar o cancelamento de documentos fiscais, o art. 147 da Parte Geral do RICMS/02 é claro ao definir o modo correto de fazê-lo. Veja-se:

Art. 147 - O documento fiscal só poderá ser cancelado antes de sua escrituração no livro próprio e no caso em que não tenha ocorrido a saída da mercadoria ou não se tenha iniciado a prestação do serviço, desde que integradas ao bloco ou ao formulário contínuo todas as suas vias, com declaração do motivo que determinou o cancelamento e referência, se for o caso, ao novo documento emitido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º - No caso de documento copiado, os assentamentos serão feitos no livro copiador, arquivando-se todas as vias do documento cancelado.

§ 2º - Para o efeito do caput deste artigo, caso não tenha sido indicado prazo menor no documento fiscal, presume-se saída a mercadoria 3 (três) dias após a data de sua emissão.

(Grifou-se)

Quanto ao item “2” da acusação fiscal, alega o Impugnante que, por ser este mera decorrência do item “1”, não merece prosperar. Contudo, a questão merece maior reflexão.

A LC nº 123/06 dispõe sobre tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP), atribui a gestão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) ao Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), trata das obrigações dos optantes pelo Simples Nacional e da exclusão de ofício do referido regime. A seguir, os dispositivos da norma aplicáveis ao presente caso:

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 (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;

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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.

(...)

§ 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 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.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

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.

(...)

§ 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.

(Grifou-se)

O CGSN disciplinou os procedimentos para exclusão da ME ou da EPP do Simples Nacional na Resolução CGSN nº 15/07. Veja-se:

Art. 1º 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. 2º A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação da microempresa (ME) ou da empresa de pequeno porte (EPP) optante.

(...)

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.

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício.

(...)

§ 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.**

§ 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.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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.

§ 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.

(...)

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;

(...)

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;

(grifou-se)

Depreende-se da análise LC nº 123/06 em conjunto com a Resolução CGSN nº 15/07, que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício do Simples Nacional é de competência do ente federativo que a efetuar, do que deve-se dar ciência ao excluído, nos termos da legislação local.

A LC nº 123/06 dispõe que a notificação de exclusão 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.

Cabe observar que RPTA disciplina o contencioso administrativo e trata dos procedimentos de notificação, veja-se:

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme a LC nº 123/06 e Resolução CGSN nº 15/07, na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de exclusão, este só se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte. 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.

No art. 39 da LC nº 123/06 c/c § 5º do art. 4º Resolução CGSN nº 15/07 resta claro que 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.

O RPTA não trata especificamente da exclusão de ofício do regime do Simples Nacional, mas o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais (CC/MG), conforme Acórdãos nºs 18.300/07/1ª, 18.301/07/1ª, 18.307/07/1ª e votos proferidos nos Acórdãos nºs 19.012/10/2ª, 19.013/10/2ª, 19.014/10/2ª, 19.015/10/2ª, 19.016/10/2ª e 19.093/11/2ª, dentre outros, já aplicou à matéria (exclusão do Simples Nacional) o procedimento previsto nos arts. 83, 84 e 154, inciso IV do RPTA, o qual exige o dever de se julgar preliminarmente o ato preparatório. *In casu* a motivação da exclusão e a própria exclusão, caso sejam procedentes as acusações anteriores para depois apreciar o mérito principal.

A exclusão do Simples Nacional foi motivada por constatação de que o Contribuinte promoveu saídas desacobertas de documento fiscal, ao promover o cancelamento dos documentos fiscais anteriormente emitidos.

Como nos julgamentos acima citados é apropriado ao caso, que primeiro se julgue as exigências relativas às saídas desacobertas, motivação da exclusão da ME ou da EPP do Simples Nacional, para, em seguida, julgar a exclusão em si e, por fim, analisar a falta de recolhimento de ICMS, como consequência do confronto entre os débitos e os créditos apurados no período correlato.

Contudo, é imprescindível que o contribuinte seja cientificado do Termo de Exclusão do Simples Nacional e isso restou comprovado às fls. 29/30, em que, inclusive, consta o prazo legal de trinta dias para o Autuado impugnar a exclusão.

Quanto ao registro da exclusão no Portal do Simples Nacional na *internet*, como preconiza o § 4º do art. 4º da Resolução CGSN nº 15/07, é ato administrativo que visa à publicidade e que tem efeito similar à própria publicação da decisão do órgão administrativo julgador do ente da federação que procedeu a exclusão, podendo, assim, ser ele feito *a posteriori*.

Sendo assim, corretos os procedimentos adotados pelo Fisco no presente caso.

Aduz, ainda, o Impugnante, que as penalidades aplicadas não são razoáveis e ofendem o princípio constitucional do não confisco.

Contudo, não há que se falar em violação à razoabilidade e ao princípio do não confisco em se tratando de multa que está prevista na legislação estadual, visto que estas foram efetivadas nos exatos termos determinados pela Lei nº 6.763/75 e que o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Auto de Infração foi lavrado em estrito cumprimento da legislação tributária, às quais se encontra o CC/MG adstrito em seu julgamento, a teor do art. 110 do RPTA. Veja-se:

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

(...)

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 dos signatários, os Conselheiros Fernando Luiz Saldanha (Revisor) e André Barros de Moura.

Sala das Sessões, 19 de junho de 2012.

Maria de Lourdes Medeiros
Presidente

Luiz Fernando Castro Trópia
Relator

AV