

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.860/12/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000165893-84
Impugnação: 40.010128792-07
Impugnante: ICO do Brasil Ltda - ME
IE: 067060527.00-90
Proc. S. Passivo: Evandro Souza Toscano
Origem: DF/Betim

EMENTA

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO – SUBFATURAMENTO. Constatada a prática recorrente de escrituração de documentos fiscais no livro de Registro de Saídas e no livro Caixa com valores inferiores àqueles lançados nas primeiras vias das notas fiscais emitidas no período fiscalizado, resultando na exclusão do estabelecimento do regime simplificado do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e VIII da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 5º, incisos V e VIII da Resolução CGSN nº 15/07 e art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “g” da Resolução CGSN nº 94/11. Correta a exclusão do regime, com a consequente apuração retroativa do imposto pelo regime de débito e crédito.

ICMS – ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA – RECOLHIMENTO A MENOR. Constatação de recolhimento a menor do ICMS em decorrência da exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional, por ter o Fisco apurado à prática recorrente de escrituração de documentos fiscais no livro de Registro de Saídas e no livro Caixa com valores inferiores àqueles lançados nas primeiras vias das notas fiscais emitidas no período fiscalizado. Corretas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – Constatado a consignação em documento destinado a informar ao Fisco a apuração do imposto, valores divergentes dos constantes nos livros ou nos documentos fiscais. Correta a imputação das penalidades previstas nas alíneas “a” e “b” do inciso IX do art. 54 da Lei nº 6763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de julho de 2007 a dezembro de 2009, apurado mediante Recomposição da Conta Gráfica, em decorrência da exclusão do estabelecimento do Simples Nacional.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso IX, alínea “a” e “b” da mencionada lei.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 870/888, requerendo, ao final, a procedência da Impugnação.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco acata, em parte, as alegações da defesa, deduzindo as parcelas do imposto recolhidas no regime do Simples Nacional e admitindo os créditos de ICMS possíveis de apropriação (fls. 1.332/1.345).

Intimada (fls. 1.352 e 1.354), a Impugnante não comparece aos autos.

Em seguida, em manifestação de fls. 1.357/1.367, o Fisco refuta as alegações da defesa e requer a procedência do lançamento.

Da Instrução Processual

A Assessoria do CC/MG determina a realização da Diligência de fls. 1.371, que resulta na correta intimação da reformulação do crédito tributário.

A Impugnante comparece às fls. 1.374/1.375, enquanto o Fisco manifesta-se às fls. 1.378/1.381.

A Egrégia 2ª Câmara de Julgamento, em sessão de 05/12/11, converte o julgamento em diligência (fls. 1.397) para a seguinte providência:

“ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em converter o julgamento em diligência, considerando que o Termo de Exclusão do Simples Nacional de fls. 13 está datado de 21/06/2010 e que a data de recebimento não foi devidamente preenchida, bem como que consta do Termo ser este parte integrante do Auto de Infração emitido em 08/11/2010, para que o Fisco reintime o Contribuinte de sua exclusão do Simples Nacional, reabrindo o prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da ciência para que o mesmo possa impugnar sua exclusão. Em seguida, vista à Impugnante.”

O Fisco reabre o prazo determinado pela Câmara de Julgamento, encaminhando as correspondências de fls. 1.399/1.401, que foram devolvidas pelos Correios.

Em seguida, realizou-se a intimação por edital, conforme cópia do “Minas Gerais” de fls. 1.405.

Às fls. 1.407 a Assessoria do CC/MG devolve os autos à origem para correção da intimação, que se fizera apenas em nome dos sócios.

Devidamente intimada a Impugnante, na pessoa do procurador constituído (fls. 1.409/1.410), esta não se manifesta.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram em parte utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da Preliminar

Do Pedido de Perícia

O pedido de perícia solicitado pela defesa é genérico, sem especificar o que pretende ver periciado.

Ao que parece, pretende a Autuada acompanhar uma possível atualização de créditos pela entrada de mercadorias que pleiteia, bem como a atualização dos valores recolhidos pelo regime em que se encontrava.

A matéria não comporta exame pericial em fase administrativa. Com efeito, em relação aos prováveis créditos do imposto, o pedido perdeu o objeto, uma vez que o Fisco reformulou o lançamento, deduzindo os créditos pelas entradas.

Conforme relato de fls. 1.332/1.333, foram admitidos todos os créditos cujos documentos fiscais foram apresentados em suas respectivas primeiras vias. Além destes créditos, o Fisco acatou aqueles outros originários de aquisições sem a primeira via, em relação a remetentes sediados no Estado de Minas Gerais, mediante conferência dos arquivos eletrônicos.

É evidente que tais créditos não comportam atualização monetária, sendo deduzidos nos exatos montantes destacados nos documentos fiscais.

Em relação à pretensão de ver deduzidos os valores recolhidos pelo regime do Simples Nacional, o Fisco também acatou o pedido promovendo a dedução por ocasião da alteração do crédito tributário (fls. 1.344/1.345).

Também neste caso a dedução deve ser feita pelo valor de face do recolhimento, sem atualização monetária.

As demais considerações sobre o crédito do ICMS constituem matéria de mérito do lançamento e serão abordadas a tempo e modo.

Por ocasião da manifestação de fls. 1.374/1.375, a Impugnante reforça o pedido de perícia, solicitando diligências para que se obtenham as notas fiscais emitidas por empresas de outros Estados, cujas primeiras vias foram extraviadas.

Com certeza esta tarefa não é do Fisco nem tampouco do Órgão Julgador, mas sim responsabilidade exclusiva da Autuada.

Desta forma, indefere-se o pedido de perícia.

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante argui a nulidade do Auto de Infração, ao argumento de cerceamento do direito de defesa, de aplicação de fato gerador retroativo, ausência de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

intimação à pessoa jurídica sobre a exclusão retroativa do regime do Simples Nacional e falta de publicidade do ato no Portal do Simples.

No que tange à aplicação de fato gerador retroativo, em que pese a dificuldade de entender a peça de defesa, em face da repetição de informações, expressões e dispositivos do Código Tributário Nacional – CTN, parece que a Impugnante discorda da exclusão retroativa do regime do Simples Nacional.

Com efeito, não existem fatos geradores retroativos, uma vez que todos eles foram realizados nos respectivos períodos de cada exercício, demonstrados no Anexo 2 (fls. 72/106).

Assim, não há qualquer aplicabilidade dos dispositivos do CTN citados aleatoriamente pela Impugnante. De igual modo, não há qualquer sentido em discutir a hierarquia das normas, contrapondo a Lei Complementar com leis federais ou a Lei Estadual nº 6763/75, mas sim analisar a aplicabilidade efetiva dos artigos apontados pelo Fisco.

No tocante à retroatividade da exclusão do regime fiscal simplificado, a regra disposta na Lei Complementar nº 123/06 é absolutamente clara, sendo esta informada no TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL de fls. 13 dos autos.

Os dispositivos citados no mencionado termo assim dispõem:

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

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

VIII - houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;

§ 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.

§ 2º O prazo de que trata o § 1º deste artigo será elevado para 10 (dez) anos caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável segundo o regime especial previsto nesta Lei Complementar.

§ 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.

Por outro lado, o art. 32 da LC nº 123/06 assim determina:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Conjugando os dispositivos, constata-se que, se admitida a exclusão da Autuada do regime fiscal, tal exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês de ocorrência da (s) irregularidade (s).

No caso dos autos, independentemente da discussão sobre a entrega ou não da documentação de caixa, constatou o Fisco o registro de documentos fiscais no livro de Registro de Saídas com valores inferiores àqueles lançados nas primeiras vias, irregularidade essa não contestada pela defesa.

Destaque-se, por oportuno, que em relação ao livro Caixa, muito embora tenha sido entregue, os lançamentos nele efetuados também o foram por valores inferiores aos valores reais das operações.

Como o ilícito foi detectado já no próprio mês de julho de 2007, a retroatividade significa a exclusão integral da empresa do regime simplificado, voltando a apurar o ICMS pelo sistema de débito e crédito, sendo aplicáveis ao caso, as disposições contidas na Lei nº 6763/75 e RICMS/02, nos exatos termos do art. 32 da Lei Complementar nº 123/06.

Noutra linha, sustenta a Impugnante a nulidade do Auto de Infração, por enxergar cerceamento ao direito de defesa, uma vez que a exclusão retroativa do SIMPLES não fora entregue à pessoa jurídica.

Sustenta a defesa que, nos termos do § 6º do art. 29 da LC nº 123/06, na hipótese de exclusão prevista no caput do artigo, a pessoa jurídica será notificada pelo ente federativo que promoveu a exclusão.

Registre-se, por oportuno, que a chamada pessoa jurídica não assina documentos, mas sim seus sócios, representantes legais ou detentores de poderes de representação.

No caso dos autos, o termo de exclusão de fls. 13 foi entregue à empresa (pessoa jurídica), na pessoa de Rubia Paula Nascimento.

Segundo a Impugnante, tal pessoa não é funcionária, nem sócia e que os poderes que lhes foram conferidos atingem apenas a tratativa de assuntos “administrativo-fiscais” junto aos órgãos públicos.

A procuração de fls. 902, no entanto, não deixa dúvida quanto à legitimidade da intimação, uma vez que os poderes que foram outorgados à Rubia Paula Nascimento são suficientes para considerar como válida a exclusão do Simples Nacional. É evidente que esta possibilidade não está manifestada expressamente na procuração, mas integra o rol de assuntos de interesse do constituinte pessoa jurídica. Nesta situação, os atos praticados por Rubia Paula Nascimento equivalem àqueles que deveriam ser praticados por Wagner Tizzo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Isto pode ser comprovado, pois esta mesma pessoa recebeu o presente Auto de Infração, sem nenhuma contestação sobre a incapacidade de representação, sendo que essa hipótese também não está expressamente anotada na procuração de fls. 902.

A Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, que dispõe sobre a exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), salienta que, após a expedição do termo de exclusão, não havendo impugnação ao ato, a exclusão será considerada efetivada depois de vencido o prazo para contestação. O § 3ºB e seguintes do art. 4º assim dispõem:

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. (□)

§ 3º-B Não havendo impugnação do termo de que trata o § 1º, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 6º. (□) (grifou-se)

Por este prisma, o direito de defesa quanto à exclusão já estaria encerrado. Ocorre, no entanto que, muito embora o ato administrativo tenha sido elaborado em 21/06/10, às fls. 13, não consta no citado documento a data da efetiva intimação, cujo espaço encontra-se em branco.

Por outro lado, consta no termo a notícia da existência do AI nº 01.000165893-84 (este lançamento), cuja emissão se deu em 08/11/10. O Fisco sustenta às fls. 1.362 a estreita relação entre o Auto de Infração e o Termo de Exclusão, manifestando entendimento de que a defesa relativa à exclusão está sendo manejada junto com a impugnação ao lançamento, acionando a agilidade do processo administrativo.

Neste sentido, é possível afirmar que o Termo de Exclusão não fora entregue por ocasião de sua lavratura, mas sim com a intimação do Auto de Infração, posto que este é posterior ao primeiro.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Noutra toada, clama a defesa pela nulidade do AI ao argumento de que o Termo de Exclusão ainda não produziu seus efeitos, uma vez que a regra do § 4º do art. 4º da Resolução CGSN nº 15/07 não fora cumprida. O dispositivo assim prescreve:

§ 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.

Segundo o Fisco, a regra não foi cumprida em atendimento ao princípio do devido processo legal.

Destaca-se que na instrução processual realizada pela 2ª Câmara de Julgamento em 05/12/11 às fls. 1397, em que foi determinada a intimação do Contribuinte da exclusão no regime do Simples Nacional. O Fisco cumpriu a esta determinação, porém, o Contribuinte permaneceu silente.

Nos termos do § 5º do art. 4º da Resolução CGSN nº 15/07, 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.

É possível verificar na peça de defesa a clara intenção da Autuada em não discutir sobre a exclusão, até mesmo por não lhe restar qualquer argumento capaz de derrubá-la.

Assim, a autuação do motivo da exclusão deve ser concomitante com a exclusão do Simples Nacional, e poderá, sem perda do direito de ampla defesa do contribuinte, lhe ser dado o mesmo prazo de trinta dias para impugnação, como de fato consta no Termo de Exclusão.

Certo é que o registro da exclusão no Portal do Simples Nacional na internet, como preconiza o § 4º do art. 4º da Resolução CGSN nº 15/07, é apenas ato burocrático a dar conhecimento oficial da exclusão do contribuinte, após decisão definitiva do órgão administrativo julgador do ente da federação que procedeu a exclusão.

Os efeitos dessa exclusão, condicionados a esse registro, no presente caso, são os previstos no item VI do § 6º da citada Resolução, ou seja, a exclusão se dará a partir do próprio mês em que incorridas as causas que ensejaram a exclusão, impedindo nova opção pelo regime diferenciado e favorecido do Simples Nacional pelos próximos 3 (três) anos-calendários seguintes.

Não se pode afirmar que o legislador somente autoriza o lançamento do crédito tributário após o registro da exclusão no Portal do Simples Nacional na internet, pois registro somente ocorrer após decisão definitiva do órgão julgador administrativo julgador do ente da federação que procedeu a exclusão.

Admitir o contrário é autorizar que a norma seja utilizada de modo a preservar a ilicitude, porque se correria o risco do Fisco não poder efetuar o lançamento em decorrência da decadência do prazo para lançamento, caso a decisão quanto a exclusão sofresse atrasos ou os fatos geradores estivessem próximos do fechamento do prazo decadencial.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Desse modo, a declaração de nulidade do presente Auto de Infração é medida meramente protelatória, uma vez que o Fisco, dentro do prazo decadencial, pode renovar a ação fiscal e efetuar o lançamento. Contudo, além de protelatória, pode não ser prudente, porque pode acontecer que a decisão definitiva da exclusão venha a ocorrer em prazo que não mais permita ao Fisco efetuar o lançamento para exigir tributo manifestamente não recolhido aos cofres públicos, fulminando, assim, a prevalência do interesse público sobre o particular.

Do Mérito

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de julho de 2007 a dezembro de 2009, apurado mediante Recomposição da Conta Gráfica, em decorrência da exclusão do estabelecimento do SIMPLES NACIONAL.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso IX, alínea “a” e “b” da mencionada lei.

Em decisão sobre a matéria, remete-se ao Acórdão nº 3.858/12/CE, abaixo transcrito:

“NO ART. 39 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 C/C § 5º DO ART. 4º DA 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.

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. CONTUDO, É IMPRESCINDÍVEL QUE O CONTRIBUINTE SEJA CIENTIFICADO DO TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL E ISSO, RESTOU COMPROVADO ÀS FLS. 83 ONDE, INCLUSIVE, NA INTIMAÇÃO CONSTA O PRAZO LEGAL DE TRINTA DIAS PARA A RECORRIDA IMPUGNAR A EXCLUSÃO, DIREITO ESSE QUE NÃO FOI EXERCIDO.

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.

EM RELAÇÃO AO PROCEDIMENTO A SER ADOTADO, HÁ QUE SE VERIFICAR PREVIAMENTE A MOTIVAÇÃO DA EXCLUSÃO, E A PRÓPRIA EXCLUSÃO, PARA DEPOIS, CASO SEJAM PROCEDENTES AS ACUSAÇÕES ANTERIORES, APRECIAR O MÉRITO PRINCIPAL.

REFERIDA QUESTÃO PROCEDIMENTAL, ENVOLVE MATÉRIA DE NATUREZA TÍPICAMENTE PREPARATÓRIA, E NÃO IMPEDE QUE O LANÇAMENTO DAS EXIGÊNCIAS FISCAIS DECORRENTES DA QUESTÃO PRINCIPAL DE MÉRITO SEJA JULGADO DE MANEIRA SINCRÉTICA, EM UM MESMO PROCEDIMENTO, ATÉ POR QUESTÃO DE RAZOABILIDADE, CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 UM 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.

ASSIM, HÁ QUE SE DAR EFETIVIDADE AO SINCRETISMO E JULGAR EM UM MESMO PROCEDIMENTO, DESDE A ACUSAÇÃO DE SAÍDAS DESACOBERTADAS ATÉ A DE FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS, PASSANDO PELA ANÁLISE DA EXCLUSÃO *STRICTO SENSU*.”

Em reprise, cumpre destacar que a Lei Complementar nº 123/06 autoriza a exclusão de ofício do regime simplificando, dentre outras hipóteses quando:

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

(...)

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

(...)

VIII - houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;

(...)

No caso dos autos, independentemente da discussão sobre a entrega ou não da documentação de caixa, constatou o Fisco o registro de documentos fiscais no livro de Registro de Saídas com valores inferiores àqueles lançados nas primeiras vias, irregularidade essa não contestada pela defesa.

Destaque-se, por oportuno, que em relação ao livro Caixa, muito embora tenha sido entregue ao Fisco, os lançamentos nele efetuados também o foram por valores inferiores aos valores reais das operações.

Como o ilícito foi detectado no próprio mês de julho de 2007 (início do Simples Nacional), a retroatividade significa a exclusão integral da empresa do regime simplificado, voltando a apurar o ICMS pelo sistema de débito e crédito, sendo aplicáveis ao caso, as disposições contidas na Lei nº 6763/75 e RICMS/02, nos exatos termos do art. 32 da Lei Complementar 123/06.

Com a edição da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional nº 94, de 29 de novembro de 2011, buscou-se conceituar a expressão “prática reiterada” que leva à exclusão do regime do Simples Nacional, conforme destaque a seguir:

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

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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

(...)

§ 6º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j" e "k" do inciso IV do caput: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 9º)

I - a ocorrência, em dois ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos cinco anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento, em um ou mais procedimentos fiscais;

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

(...)

A primeira hipótese (inciso I) demanda a apuração da irregularidade pelo lançamento, com a expedição do Auto de Infração ou Notificação de Lançamento.

Neste caso, a exclusão do regime do Simples Nacional somente pode ocorrer após o primeiro lançamento de ofício da autoridade administrativa, desde que se refira a exigências vinculadas a dois ou mais períodos.

Entende-se como período o intervalo entre o primeiro e o último dia de cada mês, adotado para apuração do imposto mensal que deva ser informado ao Fisco e recolhido pelo estabelecimento.

A segunda regra, no entanto (inciso II), não demanda a existência de lançamento antecedente para a exclusão do regime simplificado, bastando que se constate a segunda ocorrência de infrações idênticas e a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

A primeira ação resta cristalinamente demonstrada nos autos, uma vez que em todos os meses fiscalizados a Impugnante registrou em seus livros valores menores que os efetivamente praticados e indicados nos documentos fiscais emitidos.

No tocante ao segundo comando, resta caracterizado o artifício ardiloso, ao encaminhar ao Fisco informações que não eram verdadeiras.

Por ardil, entende-se a ação que se vale de astúcia, manha, sagacidade, que visa iludir, buscando, evidentemente, proveito próprio ou de terceiro.

Ao preencher os arquivos eletrônicos entregues ao Fisco com o registro de operações com valores menores que os efetivamente praticados, a Autuada procurou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ludibriar o Fisco e o exercício do controle fiscal, de modo a permanecer apurando irregularmente o imposto no regime simplificado.

Neste caso, aplica-se o disposto no § 1º do art. 144 do Código Tributário Nacional - CTN que assim dispõe:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

A irregularidade encontra-se demonstrada nos Anexo 2 (fls. 78/106), com a apuração do imposto devido.

Por ocasião da defesa, requereu a Impugnante a concessão dos créditos originários das aquisições de mercadorias, bem como a dedução dos pagamentos realizados.

O Fisco acatou em parte os pedidos, concedendo os créditos cujas primeiras vias das notas fiscais foram apresentadas, bem como aqueles inerentes aos fornecedores mineiros, após análise dos arquivos eletrônicos dos emitentes, conforme planilha de fls. 1.334/1.341.

Não foram admitidos os créditos vinculados a documentos que indicavam a entrega de mercadorias em outro estabelecimento ou quando ausente a primeira via da nota fiscal, no caso de contribuinte de outro Estado, bem como relativo a nota fiscal que não gera crédito de ICMS, conforme relação de fls. 1.342/1.343.

Em face da providência determinada pela Assessoria do CC/MG, retornou aos autos a Impugnante (fls.1.374/1.375), questionando o tratamento diferenciado dado pelo Fisco em relação aos créditos originários de operações internas e interestaduais.

Alega a defesa que tem direito ao crédito atualizado pela Taxa Selic e que o fato de ser optante pelo Simples não pode retirar o direito ao crédito, sob pena de ser incoerente com a própria fundamentação do Auto de Infração.

Sem razão a defesa, no entanto, uma vez que o inciso VI do art. 70 da Parte Geral do RICMS/02 dispõe que:

Art. 70. Fica vedado o aproveitamento de imposto, a título de crédito, quando:

(...)

VI - o contribuinte não possuir a 1ª via do documento fiscal, salvo o caso de comprovação da autenticidade do valor a ser abatido, mediante apresentação de cópia do documento, com

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pronunciamento do Fisco de origem e aprovação da autoridade fazendária a que o contribuinte estiver circunscrito;

(...)

Como bem destacou o Fisco, por se tratar de contribuintes mineiros, a Autoridade Fiscal abreviou a questão, de maneira extremamente favorável ao acusado, e conferiu, por iniciativa própria, a legitimidade dos créditos, ainda que inexistentes as primeiras vias.

No tocante aos estabelecimentos sediados em outros Estados, deveria a Autuada ter tomado as providências previstas no dispositivo anterior, antes do início da ação fiscal.

No tocante ao crédito de microempresa, ao que parece a Impugnante não entendeu a afirmativa do Fisco, pois não se trata de analisar a situação da Autuada, mas sim o regime fiscal do remetente. Trata-se de uma única Nota Fiscal (nº 8283 de 13/11/07), em que o emitente não informou a alíquota adotada e valor efetivo do ICMS.

Assim, não cumprindo as disposições da Lei Complementar nº 128/08, que alterou a LC nº 123/06, não é possível apropriar o imposto.

Em relação aos demais documentos, os créditos foram corretamente negados, uma vez que as mercadorias foram entregues a outros estabelecimentos, conforme registros lançados nas notas fiscais.

Neste caso, até prova em contrário, de produção da Autuada, os créditos lançados são gratuitos, pois não teria ocorrido a efetiva entrada das mercadorias.

Naquela oportunidade, foram deduzidas as parcelas recolhidas a título de ICMS, sob o regime do Simples, deixando-se de compensar aquelas outras informadas, mas não recolhidas.

Em se tratando de exclusão retroativa, não se opera a apuração efetuada pela Autuada, estando correto o Fisco em deduzir apenas as parcelas efetivamente quitadas.

Noutra linha, as alegações quanto à divergência de valores do Auto de Infração não sustentam qualquer anormalidade do lançamento. Conforme bem destacou o Fisco, os valores se referem a momentos diferentes, mas estão corretos. No Relatório Fiscal, não se incluem as parcelas dos juros moratórios, enquanto no DCMM não está somado o valor das Multas Isoladas, que serão consideradas no somatório somente após o lançamento da data de recebimento do Auto de Infração, muito embora as parcelas estejam lançadas no corpo do DCMM.

Por sua vez, o Auto de Infração indica dois valores. O maior, com montante do crédito tributário devidamente corrigido, enquanto o menor informa o valor a pagar naquela data, com as reduções legais das multas.

Assim, corretas as exigências remanescentes de ICMS e a respectiva Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75.

Exigiu, ainda, o Fisco, as Multas Isoladas capituladas nas alíneas “a” e “b” do inciso IX do art. 54 da Lei nº 6763/75, que se apresentam com a seguinte redação:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

IX - por consignar, em documento destinado a informar ao Fisco a apuração do imposto, valores divergentes dos constantes nos livros ou nos documentos fiscais - por infração, cumulativamente:

a) 500 (quinhentas) UFEMGs;

b) 50% (cinquenta por cento) do imposto devido, ressalvada a hipótese em que o imposto tenha sido integral e tempestivamente recolhido;

(...)

Muito embora não tenha sido capitulada no Auto de Infração a penalidade da alínea “a”, encontra-se demonstrada no “CÁLCULO DA MULTA ISOLADA” de fls. 11.

Neste caso, não se vislumbra qualquer ofensa ao lançamento, aplicando-se ao caso o disposto no art. 92 o RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, que assim dispõe:

Art. 92. As incorreções ou as omissões da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração argüida.

No tocante à sanção da alínea “a”, afigura-se correta sua aplicação, uma vez que a Impugnante encaminhou à Receita Federal o documento previsto no art. 21 da Lei Complementar nº 123/06, consignando valores divergentes dos documentos fiscais efetivamente emitidos no período fiscalizado (PGDA), documento este utilizado para cálculo do ICMS devido ao Estado de Minas Gerais.

Conforme descrito às fls. 8, 11 e 1.345 dos autos, o Fisco cobrou tal penalidade considerando o número de meses de encaminhamento do documento, adotando para calcula da multa a UFEMG vigente em cada exercício.

Quanto à penalidade prevista na alínea “b”, nos termos do inciso IX do art. 54, acima transcrito, deve ser aplicada cumulativamente com a sanção prevista na alínea “a” do mesmo inciso.

Como se percebe pelo documento de fls. 11 e 1.345, o Fisco adotou como parâmetro para apuração da Multa Isolada, o valor do ICMS apurado na Recomposição da Conta Gráfica, após a exclusão da Autuada do Simples Nacional. Neste caso, correto, também, o Fisco que exigiu o percentual de 50% (cinquenta por cento) do imposto devido.

Noutro giro, reclama a Autuada da cobrança de juros de mora com atualização pela Taxa SELIC.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A utilização deste indexador está prevista no art. 226 da Lei nº 6763/75, disciplinada pela Resolução SEF nº 2.880 de 13/10/97, bem como nos artigos 212 e 215 do RPTA.

Estabelece a mencionada resolução que os créditos tributários, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, serão acrescidos de multa e juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

Lei nº. 6.763/75

Art. 226 -Sobre os débitos decorrentes do não recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.

Resolução 2.880/1997

Art. 1º -Os créditos tributários, cujos vencimentos ocorrerão a partir de 1º de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

RPTA/MG (Decreto nº. 44.747/2008)

Art. 212 -Os débitos decorrentes do não recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados, terão, se for o caso, seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, observado o disposto em resolução da Secretaria de Estado de Fazenda.

(...)

Art. 215 -Sobre os débitos decorrentes do não recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.

Se não bastasse, existindo a previsão legal para a cobrança lançada nos autos, aplica-se o disposto no inciso I do art. 110 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, que assim determina:

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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

Correta, portanto, a adoção da Taxa Selic como instrumento de reparação da moeda em relação ao crédito tributário não recolhido à época oportuna.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 1332/1350. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ricardo Wagner Lucas Cardoso e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 25 de outubro de 2012.

André Barros de Moura
Presidente / Revisor

Fernando Luiz Saldanha
Relator

T