

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.510/12/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000170069-86
Impugnação: 40.010131563-06
Impugnante: Capri Móveis Ltda
IE: 062890282.00-24
Proc. S. Passivo: Eduardo Heleno Valadares Abreu
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas ao Fisco e a receita real, apresentada pela Impugnante. Não tendo havido o pagamento do valor total devido do imposto, nos termos da Lei Complementar nº 123/06, fica descaracterizada a denúncia espontânea. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a, ambos da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. Comprovado nos autos que a Impugnante promoveu saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, devido é sua exclusão do regime do Simples Nacional e a composição da conta gráfica, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 5º, incisos V e XIII e art. 6º da Resolução CGSN nº 15/07. Corretas as exigências do ICMS e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante o confronto entre a receita real (somatório das vendas realizadas por meio de cartões de crédito/débito, informadas pelas administradoras de cartões, e as vendas em espécie) e os valores lançados na Declaração Anual do Simples Nacional – DASN, bem como o recolhimento de ICMS a menor, no período de julho de 2007 a março de 2010.

A presente imputação fiscal teve por origem denúncia espontânea da Contribuinte, protocolizada em 17/09/10, referente à irregularidade de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais. Não obstante, o ICMS foi recolhido a menor, em decorrência da utilização indevida da alíquota prevista no Anexo I da Lei Complementar nº 123/06, contrariando o disposto no art 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” dessa mesma lei.

Dessa forma, a denúncia foi considerada ineficaz, uma vez que a empresa não recolheu corretamente o tributo devido, condição prevista no art 210 da Lei nº 6.763/75, para exclusão da responsabilidade por infrações. Nessa premissa, os valores recolhidos na denúncia espontânea, a título de ICMS, foram abatidos no cálculo do crédito tributário, nos termos do art. 195, § 2º, inciso II, do RICMS/02.

Por conseguinte, lavrou-se o Termo de Exclusão do Simples Nacional, dando ciência à Autuada da sua exclusão de ofício a partir de julho de 2007 (fls. 140/142), bem como, efetuou-se a composição da conta gráfica da Empresa no regime débito/crédito, hipótese em que se verificou o recolhimento a menor do ICMS, objeto da segunda irregularidade imputada pelo Fisco.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a, ambos da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 143 a 145, com juntada de documentos de fls. 146/158, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 160/169.

DECISÃO

Da Preliminar

A Autuada alega que o Fisco capitulou erroneamente as infringências/penalidades do Auto de Infração, ao consignar artigos referentes aos procedimentos internos adotados pela Fiscalização, tais como art. 211 do RPTA e inciso I do art. 194 do RICMS/02.

Não assiste razão à Defesa.

Consoante Relatório Fiscal anexo ao AI, fls. 11 a 13, verifica-se que os dispositivos legais encontram-se subdivididos em “Infringências”, “Base Legal” e “Penalidade”. O art. 211 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos de Minas Gerais – RPTA, aprovado pelo Dec. nº 44.747/08, e art. 194 do RICMS/02, por sua vez, não se constituem em dispositivos legais de infringências ou penalidades, mas sim, de base legal, e dessa forma foram listados.

Saliente-se que os mesmos estão corretamente identificados e em conformidade com a infração apontada pelo Autuante.

Outrossim, a peça fiscal encontra-se tecnicamente perfeita, determinando o *quantum* tributável com exatidão, e lastreada na legislação vigente, o que explica, inclusive, a impugnação consistente, rechaçando todos os fatos imputados.

Não obstante não ter sido literalmente defendido, é possível inferir o inconformismo da Impugnante em face da composição da conta gráfica neste lançamento, razão da análise desta Câmara, descrita a seguir.

Depreende-se da Lei Complementar nº 123/06 e da Resolução CGSN nº 15/07, que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar, do que se deve dar ciência ao excluído, nos termos da legislação local.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Lei Complementar nº 123/06, inclusive, 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 não existe na legislação mineira disposição específica sobre exclusão de ofício do regime do Simples Nacional, mas o RPTA disciplina o contencioso administrativo e trata dos procedimentos de notificação:

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

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. 140 onde, inclusive, na intimação consta o prazo legal de trinta dias para a Autuada impugnar a exclusão.

Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de exclusão, caso dos autos, 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 tipicamente 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.

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*.

Do Mérito

Versa o presente feito sobre recolhimento a menor do ICMS originário de:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1. pagamento a menor do imposto, em face de apuração do mesmo com adoção de alíquota a menor, relativamente a operações objeto de denúncia espontânea apresentada pela Contribuinte,;
2. composição da conta gráfica da Empresa no regime débito/crédito, em virtude de exclusão de ofício do regime SIMPLES NACIONAL.

A Impugnante contesta o fato de que, conforme seu entendimento, o Termo de Exclusão do Simples Nacional foi atrelado ao Auto de Infração, sendo a alíquota aplicada de 18% (dezoito por cento) como se já fosse efetivada a sua exclusão deste regime diferenciado.

Realmente a alíquota aplicada foi de 18% (dezoito por cento), não representando, entretanto, qualquer vício nesse procedimento. Representa apenas obediência ao disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06, que assim determina:

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;

VIII - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

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

Consoante se depreende do disposto acima, as operações realizadas sem acobertamento fiscal não se encontram inseridas na apuração e pagamento de tributos dentro da sistemática do Simples Nacional.

No trabalho fiscal foram constatadas saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, no período de julho de 2007 a março de 2010. Neste caso, a alíquota adotada foi aquela prevista na legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, vale dizer, no art. 42, alínea “e” do RICMS/02:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - nas operações e prestações internas:

(...)

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

Do exposto, constata-se que, inicialmente, o Fisco comprova a saída de mercadorias desacobertadas, utilizando para cálculo do imposto devido a alíquota de 18% (dezoito por cento), nos termos do art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06, e não, em função da exclusão do Simples Nacional. Em consequência desse fato é que se promove a exclusão de ofício do regime diferenciado do Simples Nacional e compõe a sua conta gráfica no período de julho de 2007 a agosto de 2010.

E é também, por este motivo, que o crédito tributário foi apurado em duas fases distintas: uma referente à saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais (item 1 do AI) e outra relativa à composição da conta gráfica (item 2 do AI).

Outra discussão trazida pela Autuada diz respeito ao fato de ter ela protocolizado, em 17/09/10, denúncia espontânea visando sanar as irregularidades ora em discussão, e recolher o tributo não pago na época própria, nos termos do art. 138 do CTN c/c art. 207 do RPTA. Entende, nesses termos, estarem ilididas quaisquer práticas irregulares.

O art. 138 do CTN dispõe sobre a exclusão da responsabilidade no caso de denúncia espontânea:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.”

Da leitura do dispositivo acima, percebe-se que a responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea somente se houver o pagamento integral do tributo devido e dos juros de mora, o que efetivamente não ocorreu, uma vez que a Autuada recolheu apenas parte destes.

Dessa forma, a denúncia foi sim, reconhecida pelo Fisco, mas considerada ineficaz, em face do não recolhimento do valor integral devido.

Esclareça-se que os valores referentes ao ICMS, declarados na denúncia espontânea e recolhidos por meio de DAE ao Estado de Minas Gerais, foram abatidos no cálculo do crédito tributário.

A fim de reforçar sua tese, a Impugnante apresenta a Consulta Interna nº 022/2010 da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais que conclui haver restrição ao alcance das alíneas “e” e “f”, inciso XIII, § 1º do art. 13 da Lei 20.510/12/3ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Complementar nº 123/06, face o § 2º do art. 9º da Resolução CGSN nº 30/08, que assim dispõe:

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

(...)

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

Antes de adentrar na análise da legislação acima colacionada, faz-se necessário examinar o § 6º do art. 2º da Lei Complementar nº 123/06, que trata da competência do Comitê Gestor do Simples Nacional:

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." (*grifo nosso*)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Lei Complementar nº 123/06, portanto, delega ao Comitê Gestor a competência para regulamentar matérias relativas ao regime diferenciado do Simples Nacional.

O ilustre jurista Hely Lopes Meirelles, em sua obra Direito Administrativo Brasileiro (1999, pág. 161), ao classificar os atos administrativos segundo o fim imediato a que se destina, enquadra as resoluções como uma espécie de atos normativos, assim definindo:

Atos administrativos normativos são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas. A essa categoria pertencem os decretos regulamentares e os regimentos, bem como as resoluções, deliberações e portarias de conteúdo geral.”
(grifou-se)

E prossegue:

Resoluções são atos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos) ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica.” (grifou-se)

Sendo assim, o Comitê Gestor ao disciplinar matéria de sua competência o faz por intermédio de Resolução, que tem por objetivo regulamentar e explicar a Lei Complementar, sem, entretanto, inová-la ou contrariá-la.

Por este motivo, o disposto no § 2º do art. 9º da Resolução CGSN nº 30/08 deve ser interpretado em consonância com a regra maior imposta nas alíneas “e” e “f”, inciso XIII, § 1º, art. 13 da Lei Complementar nº 123/06, isto é, de forma sistemática. Vale dizer: o dispositivo legal não deve nunca ser interpretado isoladamente, mas no contexto em que se insere.

Portanto, ao interpretar de forma sistemática o § 2º do art. 9º da Resolução CGSN nº 30/08 face às alíneas “e” e “f” do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123/06, conclui-se que os casos de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais (saída, aquisição e manutenção em estoque), inclusive aqueles de flagrantes de trânsito, devem ser tributados observando a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas.

Não cabe, como quer a Impugnante, enxergar restrição onde a Lei Complementar não restringe, sendo despicienda a revogação do § 2º do art. 9º da Resolução CGSN nº 30/08 para que o imposto devido em razão de saída de mercadorias

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

desacobertadas de documentos fiscais seja apurado fora do âmbito do regime do Simples Nacional.

Assim tem sido a jurisprudência desta Casa. O Conselho de Contribuintes de Minas Gerais tem decidido, reiteradamente que, caracterizada a infração de saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, mediante cruzamento de dados, deve-se exigir o ICMS e respectivas penalidades à margem do regime do Simples Nacional. Cita-se os Acórdãos 20.429/11/1º, 19.032/10/2º e 19.999/11/3º, cujas ementas transcreve-se:

ACÓRDÃO 20.429/11/1º - MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. CONSTATADA A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS MEDIANTE CONFRONTO ENTRE AS VENDAS DECLARADAS AO FISCO PELO IMPUGNANTE E OS VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS POR ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I E VII DA PARTE GERAL DO RICMS/02. LEGÍTIMAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO Nº 19.032/10/2º - MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - CONCLUSÃO FISCAL - CONSTATADO, POR MEIO DE CONCLUSÃO FISCAL, PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 194, INCISO V DO RICMS/02, QUE A AUTUADA DEU SAÍDA A MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. PROCEDIMENTO FISCAL LEVADO A EFEITO A PARTIR DO CONFRONTO ENTRE AS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO E OS REGISTROS CONSTANTES DOS LIVROS FISCAIS. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA PREVISTA NO INCISO II DO ART. 55 DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO DE OFÍCIO - SAÍDA DESACOBERTADA - UMA VEZ COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CORRETA A SUA EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISOS V E XI DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, C/C O ART. 5º, INCISOS V E XIII DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 15/07. IMPUGNAÇÃO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO Nº 19.999/11/3º MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. CONSTATADA A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS MEDIANTE CONFRONTO ENTRE AS VENDAS DECLARADAS AO FISCO PELA IMPUGNANTE E OS VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS POR ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I E VII DA PARTE GERAL DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Ademais, a Consulta Interna nº 022/2010 já resta superada no âmbito da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais.

A Consulta Interna nº 053/2011, publicada anteriormente à lavratura deste lançamento, orienta que, constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, deve-se exigir os impostos e penalidades cabíveis nos mesmos moldes aplicáveis aos contribuintes que apuram o imposto no regime normal de débito/crédito. Não procede, portanto, o argumento da Impugnante.

Isso posto, sendo inconteste a saída de mercadorias desacobertas de documentos fiscais e não efetuado o pagamento do todo devido, foi promovida a exclusão de ofício da Contribuinte do regime diferenciado do Simples Nacional e efetuada a composição da conta gráfica do Contribuinte, com cobrança do ICMS devido, nos termos do art. 29, incisos V e XI e 26, inciso I, da Lei Complementar nº 123/06 e art. 5º e art. 6º da Resolução CGSN nº 15, de 23/07/2007.

Veja-se, *in verbis*:

Lei Complementar nº 123/06:

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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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. *(grifo nosso)*

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;

Resolução CGSN nº 15/07:

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

(...)

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

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencidos os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Sauro Henrique de Almeida, que o consideravam

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

nulo. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Eduardo Heleno Valadares Abreu e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Pádua Cavalcanti. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 13 de junho de 2012.

José Luiz Drumond
Presidente

Ivana Maria de Almeida
Relatora

CC/MG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.510/12/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000170069-86
Impugnação: 40.010131563-06
Impugnante: Capri Móveis Ltda
IE: 062890282.00-24
Proc. S. Passivo: Eduardo Heleno Valadares Abreu
Origem: DFT/Belo Horizonte

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação versa sobre a saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apuradas mediante o confronto entre a receita real (somatório das vendas realizadas por meio de cartões de crédito/débito, informadas pelas administradoras de cartões, e as vendas em espécie) e os valores lançados na Declaração Anual do Simples Nacional – DASN, bem como o recolhimento de ICMS a menor, no período de julho de 2007 a março de 2010.

A presente imputação fiscal teve por origem denúncia espontânea da Contribuinte, protocolizada em 17/09/10, referente à irregularidade de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais. Não obstante, o ICMS foi recolhido a menor, em decorrência da utilização indevida da alíquota prevista no Anexo I da Lei Complementar nº 123/06, contrariando o disposto no art 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” dessa mesma lei.

Dessa forma, a denúncia foi considerada ineficaz, uma vez que a empresa não recolheu corretamente o tributo devido, condição prevista no art. 210 da Lei nº 6.763/75, para exclusão da responsabilidade por infrações. Nessa premissa, os valores recolhidos na denúncia espontânea, a título de ICMS, foram abatidos no cálculo do crédito tributário, nos termos do art. 195, § 2º, inciso II, do RICMS/02.

Por conseguinte, lavrou-se o Termo de Exclusão do Simples Nacional, dando ciência à Autuada da sua exclusão de ofício a partir de julho de 2007 (fls. 140/142), bem como, efetuou-se a composição da conta gráfica da Empresa no regime débito/crédito, hipótese em que se verificou o recolhimento a menor do ICMS, objeto da segunda irregularidade imputada pelo Fisco.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Veja-se assim que o Fisco está a exigir da ora Impugnante o recolhimento do ICMS considerado por ele devido em face da exclusão da mesma do regime diferenciado do Simples Nacional.

Portanto, só há validade no presente lançamento se a ora Impugnante encontrar-se devidamente excluída do Simples Nacional.

Os arts. 28 e 29, inciso XI da Lei Complementar n.º 123/06, determinam a exclusão do Simples Nacional na hipótese de não emissão de documento fiscal na saída de mercadoria, *in verbis*:

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:

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

Para que fique clara a situação, veja-se o que estabelece o inciso I do art. 26 da Lei Complementar n.º 123/06:

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;

.....
Contudo, observando-se as determinações contidas no parágrafo único do art. 28 da Lei Complementar n.º 123/06 verifica-se que as regras relativas à exclusão das empresas do regime do Simples Nacional, bem como o modo de sua implementação serão regulamentadas pelo Comitê Gestor.

Assim as regras a serem cumpridas no caso de exclusão do Simples Nacional, à época da lavratura do Auto de Infração, constavam da Resolução CGSN n.º 15/07 que assim determinava:

Resolução CGSN n.º 15, de 23 de julho de 2007

Dispõe sobre a exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EXCLUSÃO DO 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.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO

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.

§ 2º Revogado.

§ 3º Será dada 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.

§ 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:

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

II - for oferecido embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiverem obrigadas, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade que estiverem intimadas a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

apresentar, e nas demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública;

III - for oferecida resistência à fiscalização, caracterizada pela negativa de acesso ao estabelecimento, ao domicílio fiscal ou a qualquer outro local onde desenvolvam suas atividades ou se encontrem bens de sua propriedade;

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

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

VI - a ME ou a EPP for declarada inapta, na forma da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores;

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

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

IX - for constatado que durante o ano-calendário o valor das despesas pagas supera em 20% (vinte por cento) o valor de ingressos de recursos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade;

X - for constatado que durante o ano-calendário o valor das aquisições de mercadorias para comercialização ou industrialização, ressalvadas hipóteses justificadas de aumento de estoque, for superior a 80% (oitenta por cento) dos ingressos de recursos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade.

XI - for constatado, quando do ingresso no Regime do Simples Nacional, que a ME ou a EPP incorria em alguma das hipóteses de vedação previstas no art. 12 da Resolução CGSN nº 4, de 2007.

XII - for constatada declaração inverídica prestada nas hipóteses do § 2º do art. 7º e do § 3º do art. 9º da Resolução CGSN nº 4, de 2007.

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;

XIV - omitir da folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária, trabalhista ou tributária, segurado empregado, trabalhador avulso ou contribuinte individual que lhe preste serviço.

XV - houver descumprimento, no caso dos escritórios de serviços contábeis, das obrigações de que trata o § 6º do art. 12 da Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EFEITOS DA EXCLUSÃO

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

I - na hipótese do inciso I do art. 3º, a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, ressalvado o disposto no § 1º deste artigo;

II - na hipótese da alínea 'a' do inciso II do caput do art. 3º, a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente ao do que tiver ocorrido o excesso;

III - na hipótese da alínea 'b' do inciso II do caput do art. 3º, retroativamente ao início de suas atividades, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo;

IV - na hipótese da alínea 'c' do inciso II do caput do art. 3º, a partir do mês seguinte ao da ocorrência da situação impeditiva;

V - na hipótese da alínea 'd' do inciso II do caput do art. 3º, a partir do ano-calendário subsequente ao da comunicação pelo contribuinte ou, no caso de exclusão de ofício, ao da ciência da exclusão, observado o disposto no § 5º;

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;

VII - a partir da data dos efeitos da opção pelo Simples Nacional, nas hipóteses previstas nos incisos XI e XII do art. 5º.

VIII - na hipótese do inciso XV do art. 5º, a partir do mês subsequente ao do descumprimento.

.....
§ 6º O prazo de que trata o inciso VI do caput 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 na forma do Simples Nacional.

.....
§ 8º A ME ou a 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.

§ 9º Para efeito do disposto no § 8º, na hipótese do inciso III do art. 6º, bem como na do § 3º desse mesmo artigo, a ME ou a EPP desenhada do Simples Nacional ou impedida de recolher o ICMS e o ISS na forma desse regime especial de arrecadação, ficará sujeita ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos impostos e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

..... (grifos não constam do original)

Só para que a questão fica clara, hoje as normas relativas à exclusão estão na Resolução CGSN n.º 94, de 29 de novembro de 2011, que disciplina a matéria, basicamente da mesma forma da norma anterior, a saber:

Subseção II

Da Exclusão de Ofício

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é:

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.

§ 1ª 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, § 3ª)

§ 2ª 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, § 1ª-A a 1ª-D; art. 29, §§ 3ª e 6ª)

§ 3ª 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, § 6ª)

§ 4ª Não havendo impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3ª; art. 39, § 6ª)

§ 5ª 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. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3ª; art. 39, § 6ª)

..... (grifos não constam do original)

A análise das normas do Comitê Gestor do Simples Nacional acima transcritas demonstram que efetivamente tem o Estado de Minas Gerais competência

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

para excluir de ofício micro ou pequenas empresas Simples Nacional desde que verificada a ocorrência de uma das situações apontadas no art. 5º da Resolução CGSN n.º 15/07.

No entanto, as Resoluções acima transcritas também ditam a forma que deverá ser seguida para promoção desta exclusão, sendo que a exclusão só será efetivamente formalizada se cumpridos os requisitos ditados pela norma.

Note-se que não é dado ao Fisco Mineiro traçar normas diversas daquelas ditadas pela Resolução que tem amparo na Lei Complementar n.º 123/06, como visto anteriormente.

Assim, para promover a exclusão de empresa localizada em seu território o Fisco Mineiro deverá atender aos seguintes passos na ordem adiante colocados:

- verificar a ocorrência de situação que enseje a exclusão;
- expedir termo de exclusão do Simples Nacional (§ 1º do art. 4º da Resolução CGSN n.º 15/07);
- intimar o contribuinte para, se desejar, apresentar impugnação do termo de exclusão (§ 3º do art. 4º da Resolução CGSN n.º 15/07);
- caso apresentada impugnação ao termo de exclusão, promover à sua apreciação seguindo as normas estaduais aplicáveis à matéria (§ 5º do art. 4º da Resolução CGSN n.º 15/07). Note-se que não havendo regras específicas, deverão ser seguidas as regras gerais do contencioso administrativo. A exclusão se tornará definitiva com a decisão desfavorável ao contribuinte ou quando, vencido o prazo, este não impugnar o termo de exclusão (§§ 3º-A e 3º-B do art. 4º da Resolução CGSN n.º 15/07);
- registrar a exclusão de ofício no Portal do Simples Nacional (§ 4º do art. 4º da Resolução CGSN n.º 15/07);
- autuar a empresa para exigir-lhe os valores relativos à exclusão nos termos da legislação de regência do imposto (inciso VI do art. 6º da Resolução CGSN n.º 15/07).

Neste ponto destaca-se que existe no presente processo um termo de exclusão (fl. 140). Contudo, para que este termo cumprisse os efeitos ditados pela Resolução e o Estado pudesse dar sequência aos passos anteriormente apontados, deveria o contribuinte ser regularmente intimado o que ocorreu de acordo com o documento de fl. 142 (13/02/12), e ser lhe dado prazo para apresentar defesa contra o mesmo. Neste ponto, ocorreu o vício do procedimento, pois o Auto de Infração exigindo o imposto de acordo com os efeitos da exclusão, foi recebido pela Impugnante no dia 11 de fevereiro de 2012.

Sendo assim, resta demonstrado que a Impugnante não teve tempo hábil, que, de acordo com a legislação processual estadual é de 30 (trinta) dias, para defender-se da exclusão do Simples Nacional, antes de lhe serem exigidos todos os efeitos da exclusão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste diapasão, não foi cumprido requisito de validade do ato administrativo de exclusão, qual seja, ciência do termo de exclusão à micro ou pequena empresa pelo ente federativo que iniciou o processo de exclusão.

Além disto, a exclusão de ofício não foi registrada no Portal do Simples Nacional na *internet*, pelo Fisco Mineiro e, como determinava o § 4º do art. 2º da Resolução CGSN n.º 15/07, os efeitos da exclusão são condicionados a esse registro. Veja-se que a falta de registro demonstra que, efetivamente, a Impugnante ainda não foi devidamente excluída do Simples Nacional e, sendo assim, não podem ser formalizadas as exigências relativas ao item 2 do Auto de Infração ora analisado, maculando toda a peça de vício insanável.

Portanto, não tendo ficado caracteriza a correção da exclusão do Simples Nacional no caso em tela, não poderia o Fisco lavar o presente Auto de Infração que exige justamente os valores relativos aos efeitos da exclusão, quais sejam, os valores do ICMS nos termos da legislação geral de regência do imposto.

Veja-se que a empresa formalmente excluída do Simples Nacional somente ficará sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão.

É bem verdade que poderá haver cobrança a partir do próprio mês em que incorrida a irregularidade. Contudo, a formalização desta exigência apenas poderá se dar após cumpridos todos os requisitos para a devida exclusão, o que não ocorreu nos presentes autos.

Não cumpridos os requisitos a Impugnante não pode ser considerada como excluída do regime do Simples Nacional e, conseqüentemente, não pode o Fisco lavar um auto de infração para dela exigir o imposto devido na forma aplicável às demais pessoas jurídicas.

Cumpre aqui destacar que o caso dos autos não se assemelha àquele exposto nas decisões apontadas na Manifestação Fiscal.

Registre-se que, no Acórdão n.º 19.032/10/2ª, a Câmara convalidou um lançamento que tratou distintamente da mesma questão exposta nos autos, a saber:

ACÓRDÃO Nº 19.032/10/2ª

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - CONCLUSÃO FISCAL - CONSTATADO, POR MEIO DE CONCLUSÃO FISCAL, PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 194, INCISO V DO RICMS/02, QUE A AUTUADA DEU SAÍDA A MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. PROCEDIMENTO FISCAL LEVADO A EFEITO A PARTIR DO CONFRONTO ENTRE AS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO E OS REGISTROS CONSTANTES DOS LIVROS FISCAIS. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA PREVISTA NO INCISO II DO ART. 55 DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO DE OFÍCIO - SAÍDA DESACOBERTADA - UMA VEZ COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CORRETA A SUA EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISOS V E XI DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, C/C O ART. 5º, INCISOS V E XIII DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 15/07. IMPUGNAÇÃO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Da leitura da ementa da decisão acima transcrita, percebe-se que naquele caso o Fisco lavrou um Auto de Infração para exigir a saída desacobertada e enviou ao contribuinte um termo de exclusão do Simples Nacional. A partir da impugnação apresentada contra estas duas situações a Câmara de Julgamento considerou que efetivamente teria ocorrido a saída de mercadorias desacobertada e, como consequência, deveria ocorrer a exclusão. Assim, o contribuinte, naquele caso diferentemente do caso aqui tratado, teve oportunidade de se defender contra o motivo de sua exclusão do Simples Nacional e o fez.

Importa destacar que, no caso apreciado pela Câmara no Acórdão n.º 19.032/10/2ª, não havia exigência do imposto pela exclusão, pois, naquele caso, como aqui, a exclusão ainda não efetivará.

Pelo exposto, considero nulo o lançamento.

Sala das Sessões, 13 de junho de 2012.

Antônio César Ribeiro
Conselheiro