

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.944/18/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000754302-72
Impugnação: 40.010144663-33
Impugnante: M. L. Reis
IE: 479038049.00-52
Coobrigado: Manoela de Lima Reis
CPF: 013.590.056-50
Proc. S. Passivo: Milton Cláudio Amorim Rebouças/Outro(s)
Origem: DFT/Poços de Caldas

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – TITULAR DA EMPRESA INDIVIDUAL – CORRETA A ELEIÇÃO. O titular da empresa individual responde ilimitadamente pelos créditos tributários constituídos, nos termos do art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º inciso II da Lei nº 6.763/75, c/c os arts. 966 e 967 do Código Civil. Legítima a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização com os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito e a análise dos documentos fiscais, bem como da análise dos arquivos Sintegra - registro 60 – cupons fiscais e Notas Fiscais Eletrônicas emitidas no período autuado. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII, 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. No entanto, deve-se deduzir do ICMS apurado, os valores já recolhidos a título de ICMS na sistemática do Simples Nacional, com fundamento no § 3º do art. 150 do CTN, e, ainda, adequar a Multa Isolada ao disposto no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, nos moldes da alínea "c" do inciso II do art. 106 do CTN.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Correta a exclusão do regime do Simples Nacional nos termos do disposto no art. 29, inciso V e XI, §§ 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06 c/c os arts. 75 e 76, inciso IV, alíneas “d” e “j”, c/c § 6º, inciso I da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11.

Lançamento parcialmente procedente. Improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisões por voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, resultando em recolhimento a menor de ICMS no período de janeiro de 2012 a dezembro de 2016.

Exige-se 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.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 509/522.

A Fiscalização, em manifestação de fls. 536/543, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 548/565, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito pela procedência do lançamento e improcedência da impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional.

Em sessão realizada em 03/04/18, acorda a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em deferir o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves, marcando-se extrapauta para o dia 17/04/18, ficando proferidos o voto do Conselheiro Wagner Dias Rabelo (Relator) que, em preliminar, rejeitava a arguição de nulidade do lançamento e, no mérito, o julgava parcialmente procedente, para excluir as exigências anteriores a 2016, e, quanto à exclusão do Simples Nacional, julgava parcialmente procedente a impugnação para considerar a exclusão a partir de janeiro de 2016, e o voto da Conselheira Ivana Maria de Almeida (Revisora), que, quanto à preliminar, acompanhava o Conselheiro Relator e, quanto ao mérito, julgava parcialmente procedente o lançamento, para deduzir os valores já recolhidos a título de ICMS na sistemática do Simples Nacional, e, ainda, para adequar a Multa Isolada ao disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, alterado pelo art. 19 da Lei nº 22.796/17, nos moldes da alínea "c" do inciso II do art. 106 do CTN, e, quanto à exclusão do Simples Nacional, julgava improcedente a impugnação. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Milton Cláudio Amorim Rebouças e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram em grande parte os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, naquilo que convergir.

Da Preliminar

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de apresentar divergência entre o dispositivo citado no referido Auto de Infração e o mencionado no Termo de Exclusão do Simples Nacional, visto que este notifica a empresa de que foi iniciado o processo de exclusão de ofício, com fundamento no art.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

29, inciso V e XI, § 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06, enquanto o Auto de Infração fundamenta sua cobrança no art. 26, inciso I da mesma Lei nº 123/06.

Entretanto não lhe cabe razão.

O Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Não há que se confundir a fundamentação legal para a exclusão de ofício, cuja notificação ao Contribuinte se deu por meio do Termo de Exclusão do Simples Nacional (fls. 02/03), emitido pelo Fisco em 07/06/17 e a fundamentação legal do Auto de Infração, emitido em decorrência da constatação de saídas desacobertas de documentação fiscal.

Conforme consta tanto do relatório do Auto de Infração, quanto do Relatório Fiscal (fls. 14/22), a irregularidade apurada foi “Omissão de faturamento - venda de mercadorias desacobertas de documentação fiscal”, infringência ao disposto no art. 16, inciso VI da Lei nº 6.763/75:

Art. 16. São obrigações do contribuinte:

(...)

VI - escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma regulamentar;

Cabe destacar que a Autuada é empresa optante pelo regime de tributação do Simples Nacional, razão pela qual se sujeita às normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123/06, que dispõe em seu art. 26, inciso I:

Lei Complementar nº 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;

(...)

No que se refere à exclusão de ofício do regime do Simples Nacional, o procedimento encontra-se amparado no disposto no art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, e inciso IV, alíneas “d” e “j” e § 6º, inciso I, ambos do art. 76 da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11, todos mencionados no Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 23275761/11518210/070617 (fl.02), tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, de forma reiterada. Veja-se a legislação mencionada:

Lei Complementar nº 123/06:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...)

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

(...)

§ 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.

(...)

§ 9º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

(...)

Resolução CGSN nº 94/11:

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 03 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses:

(...)

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

(...)

j - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ressalvadas as prerrogativas do MEI, nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97;

(...)

§ 6º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j", e "k" do inciso IV do caput:

I - a ocorrência de 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;

(...)

Portanto, não há que se falar em qualquer nulidade no que tange à fundamentação legal do Auto de Infração.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Quanto às demais razões apresentadas, confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, resultando em recolhimento a menor de ICMS no período de janeiro de 2012 a dezembro de 2016.

Exige-se 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.

Trata ainda o lançamento da exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional (regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123/06), tendo em vista o cometimento da infração que ensejou a autuação relatada, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, § 1º, da citada lei c/c o disposto no art. 75, §§ 1º e 2º, da Resolução CGSN nº 94/11. O Termo de Exclusão do Simples Nacional consta às fls. 02/03 dos autos.

Foi lançado como Coobrigada, a titular da empresa individual, por força do art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Cumprir informar que a Fiscalização emitiu o Termo de Intimação nº 198/2016 (fls. 04/05) para intimar a Contribuinte a apresentar o Relatório "Detalhamento de Vendas", o qual foi recebido pela Autuada em 13/09/16.

Em atendimento à Fiscalização, a Autuada apresentou as planilhas constantes do Anexo 2 (Detalhamento de Vendas - fls.31/35) e, em seguida, efetuou a transmissão das Declarações Retificadoras do Simples Nacional (PGDAS-D) do período de janeiro de 2012 a dezembro de 2015.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Fiscalização, tendo em vista os indícios de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, emitiu o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000022135-64, anexado à fl. 06, para exame do cumprimento das obrigações tributárias no período de 01/01/12 a 31/12/16, solicitando a apresentação dos documentos fiscais de saída, livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Livro Caixa.

Mediante análise da documentação apresentada, a Fiscalização constatou que os cupons fiscais e notas fiscais modelo “1A” e modelo 55, emitidas pelo Contribuinte, no período autuado, acobertaram apenas as vendas declaradas no PGDAS-D original, salvo pequenas diferenças. Fato que se comprova também pela análise dos livros Registro de Saídas de 2012 a 2016 (fls. 31/157) e informações constantes dos arquivos eletrônicos Sintegra, transmitidos pelo Contribuinte.

Assim sendo, restou comprovado que não existem documentos fiscais acobertadores dos valores lançados a título de retificação do faturamento no PGDAS do período de janeiro de 2012 a dezembro de 2016.

Mediante o confronto entre os dados relativos as vendas mensais realizadas por meio de cartão de crédito e/ou débito (informadas pela administradora dos cartões), somados aos valores informados na planilha “Detalhamento de Vendas” (vendas em dinheiro), com os valores extraídos do arquivo MFD (Memória da fita-detalle) do ECF (emissor de cupom fiscal), somados aos valores das NFe s de venda, emitidos pela Autuada, apurou-se que a Contribuinte efetuou vendas desacobertas de documentos fiscais, no período autuado, conforme demonstrativo denominado “conclusão fiscal”, de fls.180/183.

O procedimento adotado pela Fiscalização, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I e VII, do RICMS/02, nos seguintes termos:

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

(...)

VII - exame dos elementos de declaração ou de contrato firmado pelo sujeito passivo, nos quais conste a existência de mercadoria ou serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis;

(...)

Registra-se, por oportuno, que a matéria encontra-se regulamentada nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 10-A. As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS constantes do Cadastro Resumido de Contribuintes do ICMS disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, www.fazenda.mg.gov.br, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

(...)

Art. 13-A - As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o dia quinze de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

§ 1º - As empresas de que trata o caput deverão:

I - gerar e transmitir os arquivos, utilizando-se do aplicativo Validador TEF disponível no endereço eletrônico www.sintegra.gov.br;

II - verificar a consistência do arquivo, gerar a mídia e transmiti-la, utilizando-se da versão mais atualizada do aplicativo validador e transmissor.

§ 2º - A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora, a operadora e empresa similar à penalidade prevista no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

Ressalta-se que as informações prestadas pela Autuada no “Detalhamento Mensal de Vendas”, e pela administradora de cartão de crédito e/ou débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, incisos II e III do RICMS/02, transcrito a seguir:

Art. 132 - São considerados, ainda, documentos fiscais:

(...)

II - a declaração, a informação e os documentos de controle interno exigidos pelo Fisco que permitam esclarecer ou acompanhar o comportamento fiscal do contribuinte ou de qualquer pessoa que guarde relação com os interesses da fiscalização do imposto;

III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, por empresa que presta serviços operacionais relacionados à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente ou por similares, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar.

Parágrafo único - As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII deste Regulamento e, quando solicitado pelo titular da Delegacia Fiscal da circunscrição do estabelecimento contribuinte, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da administradora, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

A Impugnante alega em sua defesa que, ao receber o Termo de Intimação nº 198/2016, na qual havia a explícita comunicação de que aquela correspondência não configuraria início de ação fiscal, razão pela qual não haveria óbice à utilização do instituto da denúncia espontânea, tratou de rever os seus lançamentos contábeis e retificou o PGDAS e parcelou o debito reconhecido, tudo com amparo da legislação de regência.

Entende que o procedimento por ela adotado está de acordo com a orientação fornecida pela própria Receita Federal, conforme exposto em seu site que diz *“caso haja diferença a ser corrigida, devem retificar o PGDAS-D dos meses relacionados, pagar ou parcelar os valores devidos, não sendo necessário envio de cópia de documentos para a Receita Federal ou para os demais Fiscos como prova da autoregularização”*.

Alega que não informou ao Fisco mineiro porque não estava obrigado a comunicar.

Entretanto, cabe destacar que o procedimento de “autoregularização” procedido pelo Contribuinte não tem valor de denúncia espontânea para efeitos de recolhimento do ICMS devido, em razão da irregularidade de saída desacobertada. Isto porque a Lei Complementar n.º 123/06 é clara ao condicionar o tratamento beneficiado e diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte à emissão do documento fiscal correspondente a cada operação. E, como dito, é inconteste que não houve a regular emissão de documento fiscal.

Há que se ressaltar ainda, que a apuração se submete ao contido no art. 13, inciso VII, § 1º, inciso XIII, alínea “f”, da LC nº 123/06, o qual determina que o ICMS incidente sobre as saídas de mercadorias sem documentos fiscais deve ser recolhido em conformidade com as normas estabelecidas para as demais empresas, qual seja, sob o regime de débito/crédito:

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

(...)

§ 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;

(...)

Restou claramente comprovado pela documentação acostada aos autos (Livros de Saída e arquivos MFD do Emissor de cupom fiscal), que as retificações de faturamento efetuadas pelo Contribuinte não foram baseadas em documentos fiscais emitidos no período.

Cita-se, a propósito, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, já proferida, abordando a questão:

EMENTA: TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO CÍVEL - SIMPLES MINAS E SIMPLES NACIONAL - ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO - PARCELAMENTO - OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL - ART. 15, INCISO VII, ALÍNEA "A", LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 - ART.13, § 1º, INCISO XIII, ALÍNEA "F", LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 - INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME - SEGURANÇA DENEGADA.

CONSIDERANDO QUE OS DÉBITOS OBJETO DE PARCELAMENTO DECORREM DA "OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DO ICMS POR SAÍDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS", NOS TERMOS DO ART. 15, VII, "A", DA LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 E DO ART. 13, §1º, XIII, "F", DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, DEVE INCIDIR A ALÍQUOTA DO ICMS APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME.

PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO NÃO PROVIDO.(APELAÇÃO CÍVEL 1.0079.11.054061-8/001, RELATOR(A): DES.(A) ANA PAULA CAIXETA, 4ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 12/09/13, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 17/09/13)

Quanto ao citado dispositivo contido no § 3º do art. 34 da LC nº 123/06, no qual a Impugnante sustenta que o Fisco poderá utilizar procedimento de notificação prévia visando à autorregularização, na forma e nos prazos a serem regulamentados pelo CGSN, este de fato não constitui início de procedimento fiscal. Confira-se:

Art. 34. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.

(...)

§ 3º Sem prejuízo de ação fiscal individual, as administrações tributárias poderão utilizar procedimento de notificação prévia visando à autorregularização, na forma e nos prazos a serem regulamentados pelo CGSN, que não constituirá início de procedimento fiscal. □

Tanto assim, que o Fisco, ao perceber que o Contribuinte não corrigiu as irregularidades ocorridas no período de janeiro de 2012 a dezembro de 2016, de acordo com o estabelecido na legislação (art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f”), lavrou o Auto de Início de Ação Fiscal nº 10.0000022135-64 (fl. 06), para notificar o Contribuinte do início da ação fiscal e informar a impossibilidade de apresentação de denúncia espontânea, a partir daquele momento.

Cabe esclarecer que a denúncia espontânea é um instituto que permite ao contribuinte, antes de iniciada a ação fiscal, assumir a existência de descumprimento de obrigação acessória ou principal, permitindo que sejam afastadas as penalidades em relação ao recolhimento do tributo não adimplido ou quanto ao descumprimento de obrigação acessória. Seu suporte legal consta do art. 138 do Código Tributário Nacional:

CTN

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.

A legislação estadual trata de forma semelhante a denúncia espontânea no art. 210 da Lei nº 6.763/75:

Lei nº 6.763/75:

Art. 210. A responsabilidade por infração à obrigação acessória é excluída pela denúncia espontânea acompanhada do pagamento do tributo, se devido, de multa de mora e demais acréscimos legais, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo depende de apuração.

§ 1º A obrigação acessória é a que tem por objeto as prestações positivas ou negativas, previstas na legislação tributária no interesse da arrecadação e fiscalização do imposto.

§ 2º Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou ação fiscal relacionados com o período em que foi cometida a infração.

O art. 211 do mesmo diploma legal estabelece que a denúncia espontânea realizada em desacordo com as disposições previstas em lei ou regulamento é ineficaz, ou seja, não produz qualquer efeito:

Art. 211. O requerimento de denúncia espontânea será protocolado na Repartição Fazendária do domicílio do contribuinte, na forma e condições previstas em lei e regulamento, sob pena de sua ineficácia. (Grifou-se)

Os procedimentos relativos à denúncia espontânea encontram-se regulamentados no RPTA:

RPTA

Da Denúncia Espontânea

Art. 207. O contribuinte poderá, mediante denúncia espontânea, procurar a repartição fazendária a que estiver circunscrito para comunicar falha, sanar irregularidade ou recolher tributo não pago na época própria, desde que não relacionados com o objeto e o período de ação fiscal já iniciada.

Art. 208. Para os efeitos do disposto no artigo anterior, a comunicação deverá ser instruída com:

I - o comprovante do recolhimento do tributo, acrescido de multa de mora e juros cabíveis;

II - o requerimento de parcelamento, hipótese em que as garantias, se for o caso, e o recolhimento da primeira parcela deverão ser efetuados conforme estabelecido na legislação específica; ou

III - a prova do cumprimento da obrigação acessória a que se referir.

(...)

Assim, verifica-se que a Impugnante embora sustente que “fez uma profunda análise em sua contabilidade e constatou equívoco quanto aos recolhimentos que havia realizado”, não apresentou denúncia espontânea, instruída com o comprovante de recolhimento do imposto devido, ou o requerimento do parcelamento.

A formalização da denúncia por intermédio da retificação das PGDAS-D se apresentou inadequada para o caso, visto que o Contribuinte não procedeu de acordo com estabelecido no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f”, ou seja, não apurou o imposto, observando-se a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, no caso do ICMS devido nas operações desacobertadas de documento fiscal.

Não lhe socorre as supostas orientações fornecidas pela Receita Federal, visto que trata de “diferenças entre o total anual de receita bruta informada no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D) e os valores das notas fiscais eletrônicas de vendas emitidas”.

Confira-se o texto transcrito do endereço eletrônico :

As divergências apontadas referem-se a diferenças entre o total anual de receita bruta informada no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D) e os valores das notas fiscais eletrônicas (NFe) de vendas emitidas, expurgadas das NFe de entrada de devoluções. No projeto, foram identificadas cerca de 18 mil empresas optantes pelo Simples Nacional com divergências.

Como os contribuintes devem agir?

Os contribuintes devem proceder da seguinte forma:

a) caso entendam que há diferença a ser corrigida, devem retificar o PGDAS-D dos meses relacionados, pagar ou parcelar os valores devidos. Não é necessário envio de cópia de documentos para a Receita Federal ou para os demais Fiscos como prova de autorregularização;

b) caso entendam que os valores declarados estão corretos, não é necessário procedimento adicional, nem mesmo a visita às unidades de atendimento da Receita Federal ou dos demais Fiscos.

Constata-se, portanto, que as orientações colhidas pelo Contribuinte no *site* da Receita Federal e citadas na impugnação referiam-se aos casos em que havia divergência entre os valores de receita bruta declarada no PGDAS e o valor real das vendas realizadas com notas fiscais eletrônicas, o que não é o caso da Autuada.

Repise-se que as exigências cobradas no presente Auto de Infração decorrem de saídas desacobertadas de documentação fiscal, fato amplamente demonstrado pelo Fisco, por meio da análise dos documentos fiscais emitidos (Notas fiscais e cupons fiscais).

Tal prática era reiteradamente adotada pela Autuada, conforme restou comprovado pelo Fisco, por meio do quadro de fls. 539 dos autos, que apresenta um comparativo entre os valores de vendas declaradas antes da intimação da SEF/MG e os valores retificados após a intimação, por meio da retificação da PGDAS dos exercícios de 2012 a 2015.

Merece destacar que o PGDAS relativo ao exercício de 2016 não foi corrigido pelo Contribuinte, que alega que “foi induzido a erro”, por não constar tal período do Termo de Intimação, o que denota a intenção do Contribuinte de continuidade da prática de sonegação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Registre-se que tal argumento, além de causar estranheza, não pode afastar a exigência relativa ao exercício de 2016, visto que o Auto de Início de Ação Fiscal informa como período fiscalizado de 01/01/12 a 31/12/16.

Não prospera a alegação de que o Contribuinte agiu de boa-fé, e que não tinha interesse de lesar o Erário.

Ao realizar vendas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal o Contribuinte tinha plena consciência do descumprimento à lei tributária e o claro interesse de suprimir o tributo devido.

Merece destacar que a jurisprudência invocada pela Impugnante, não lhe socorre. Confira-se:

"PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. PAGAMENTO TEMPESTIVO, PORÉM EQUIVOCADO. RECOLHIMENTO POR DARF. ERRO ESCUSÁVEL. VISUALIZADO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS. 1. TRATA-SE DE APELAÇÃO INTERPOSTA PELA FAZENDA NACIONAL CONTRA SENTENÇA DA DOUTA JUÍZA FEDERAL DA 25ª. VARA DA SJ/PE QUE, NOS AUTOS DA AÇÃO ORDINÁRIA DE ORIGEM, JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO, DETERMINANDO QUE A PARTE RÉ, ORA RECORRENTE, PROCEDESSE O ENCONTRO DE CONTAS E APROPRIAÇÃO DOS VALORES PAGOS POR MEIO DE DOCUMENTO DARF, NOS MESES DE COMPETÊNCIA JUNHO DE 2008 A JANEIRO DE 2009, MARÇO DE 2009 A AGOSTO DE 2009 E OUTUBRO DE 2009 A JULHO DE 2010, BEM COMO A SUSPENSÃO DA COBRANÇA DO SIMPLES, EM RELAÇÃO A CADA UMA DESSAS COMPETÊNCIAS, ALÉM DE MANTER HÍGIDA A EMPRESA AUTORA/RECORRIDA NO REGIME ESPECIAL SIMPLES, TORNANDO SEM EFEITO O ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO Nº 528288, DE 03.09.2012. 2. OBSERVA-SE QUE OCORREU MERO EQUÍVOCO QUANDO DO RECOLHIMENTO REALIZADO PELA EMPRESA AUTORA/RECORRIDA DO SIMPLES, UTILIZANDO-SE DO DOCUMENTO DARF COM O CÓDIGO DO IMPOSTO DE EXPORTAÇÃO (0107), AO INVÉS DO DOCUMENTO DAS - PRÓPRIO PARA A ARRECADAÇÃO DO SIMPLES. 3. RESTOU COMPROVADO AO CASO QUE TAL RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS DEVIDOS PELA SISTEMÁTICA DO SIMPLES NACIONAL, PELA ORA APELADA, FOI EFETUADO TEMPESTIVAMENTE EM CADA MÊS, APENAS HAVENDO EQUÍVOCO, COMO ANTE CITADO, COM RELAÇÃO AO DOCUMENTO DE ARRECADAÇÃO UTILIZADO, VISTO QUE A AGRAVADA UTILIZOU O DARF NO LUGAR DO DAS. 4 . SABE-SE QUE OS VALORES RECOLHIDOS POR DAS NÃO SE DESTINAM EXCLUSIVAMENTE À UNIÃO, MAS TAMBÉM AOS ESTADOS E MUNICÍPIOS; ENTRETANTO, VISLUMBRA-SE A BOA FÉ DA APELADA, QUE RECOLHEU OS VALORES DEVIDOS, AINDA QUE POR MEIO DE DOCUMENTO DE ARRECADAÇÃO EQUIVOCADO, SENDO, ASSIM, DEVIDA A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO EM COMENTO, SOBRESTANDO-SE, TAMBÉM, OS

EFEITOS DO ATO ADMINISTRATIVO QUE DETERMINOU A SUA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL, RESTANDO, PORTANTO, INCÓLUME A SENTENÇA MONOCRÁTICA . 5. PRECEDENTE: AGA 000104861201140530001, TRF5, RELATOR DES. FED. JOSÉ MARIA LUCENA, 1ª TURMA, DJE: 26/04/2012. 6. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS."(TRF5, APELREEX 00005986620124058306, REL. DES. FED. MANOEL ERHARDT, DJE 24/10/2013).

Constata-se que no caso supratranscrito de valores devidos que foram integralmente recolhidos. O documento utilizado para formalização do pagamento é que foi inadequado. No presente caso, o recolhimento do imposto devido por meio das retificações das PGDAS-D não pode ser reconhecido visto que a própria legislação federal não acolhe o tratamento beneficiado e diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno nas operações desacobertadas de documento fiscal.

Portanto, a falta de cumprimento das obrigações tributárias e fiscais sujeita a Autuada ao pagamento do imposto e demais acréscimos legais, previstos na legislação, devendo ser utilizada a alíquota aplicável ao ramo de suas atividades, conforme o art. 42, inciso I, alínea “e” do RICMS/02 sobre o montante das saídas desacobertadas apuradas no levantamento fiscal, como segue:

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

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

(...)

Não obstante, merece pequeno reparo o trabalho fiscal, na medida em que reconsiderou pagamentos já efetuados pela Autuada, relativos ao mesmo período, a título de ICMS, dentro do Simples Nacional, por decorrência da retificação do PGDAS.

Preceitua o art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN, *in verbis*:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

Dessa forma, imperioso que sejam deduzidos os valores já recolhidos a título de ICMS na sistemática do Simples Nacional, com fundamento no § 3º do art. 150 do CTN, implicando, por conseguinte, também dedução na multa de revalidação exigida.

Corretas também a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75 por dar saída de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, nos seguintes termos:

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

Oportuno mencionar, que os documentos apresentados pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito são considerados documentos fiscais na forma da legislação vigente retrotranscrita. Entretanto, este fato não habilita a aplicação da redução da penalidade isolada, uma vez que o redutor previsto na alínea "a" do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75 somente se aplica quando a apuração do crédito tributário ocorrer com base, **exclusivamente**, em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte, o que não ocorreu no presente caso.

Entretanto, o § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75 teve a sua redação alterada por meio da Lei nº 22.549, de 30 de junho de 2017, e, mais recentemente, pela Lei nº 22.796, de 28 dezembro de 2017, nos seguintes termos:

LEI Nº 22.796, DE 28 DE DEZEMBRO DE 2017

(MG de 29/12/2017)

Art. 19 - Os incisos I e II do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763, de 1975, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 55 - (...)

§ 2º - (...)

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação;

II - em se tratando de operação ou prestação amparada por isenção, não incidência, diferimento ou suspensão do imposto, serão de 10% (dez por cento) do valor da operação ou da prestação. ".

(...)Grifou-se.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalta-se que, como visto, a Fiscalização adotou a alíquota de 18 % (dezoito por cento).

Assim, como as referidas alterações legislativas resultam mais favoráveis à Impugnante, necessária se torna a aplicação do art. 106 do CTN, o qual assim dispõe:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

(...)

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretense efeito confiscatório das multas, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Art. 182. 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 consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

Com relação ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUIU QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...).AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Acrescente-se que a Constituição Federal vigente (art. 150, inciso IV) proíbe a cobrança de tributo com características de confisco e não de penalidade.

No que tange à responsabilidade, resta acertada a inclusão da titular da empresa individual no polo passivo da obrigação tributária, em conformidade com o disposto no art. 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

A Impugnante se insurge quanto à exclusão de ofício do Contribuinte do regime do Simples Nacional, alegando que as diferenças relativas ao período que teria gerado a exclusão (01/2012 a 12/2015) foram parceladas, conforme documentação anexada.

Entende a Impugnante que o Termo de Exclusão perde seu efeito uma vez que o contribuinte não é devedor de nenhuma quantia relativa ao período (01/2012 a 12/2015), não se podendo “amoldá-lo” para ter validade a partir de 2016, visto que não é facultado ao Conselho de Contribuintes alterar o período ali mencionado.

Entretanto, tal argumento não pode ser acatado.

Conforme restou comprovado a Impugnante promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, de forma reiterada, no período de janeiro de 2012 a dezembro de 2016. Portanto, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, nos termos dos arts. 26, inciso I, e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, e inciso IV, alíneas “d” e “j”, e § 3º e 6º, inciso I, todos do art. 76 da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11, todos já transcritos anteriormente.

Portanto, na forma da lei, deve ser excluído do regime favorecido e simplificado a que se refere a Lei Complementar nº 123/06, o contribuinte que, dentre outras situações, dê saídas a mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN nº 94/11, a seguir transcritos, que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar, observados os seus dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais, inclusive quanto à intimação do contribuinte, *in verbis*:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

Resolução CGSN nº 94/11

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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

§ 2º - Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110.

A Fiscalização lavrou o presente Auto de Infração para as exigências relativas às saídas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal e emitiu o “Termo de Exclusão do Simples Nacional”.

No caso, o Contribuinte foi intimado do desenquadramento juntamente com o Auto de Infração, impugnando a sua exclusão na mesma peça em que contestou o lançamento, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Quanto à data considerada para fins de exclusão, deve-se observar o disposto no art. 76, inciso IV, alínea “j” da Resolução CGSN nº 94/11, sendo assim, a data inicial para efeitos da exclusão do Simples Nacional é 01/01/12. Confira-se:

Resolução CGSN nº 94/11:

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 03 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses:

(...)

j - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, ressalvadas as prerrogativas do MEI, nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97;

(...)

Registra-se que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CC/MG julga as exigências fiscais (motivação da exclusão) e, posteriormente, a exclusão em si. Nesse sentido, este Órgão Julgador tem decidido reiteradamente, a exemplo do Acórdão nº 22.078/16/1ª:

EMENTA

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU A SAÍDA DE MERCADORIAS 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. 76, INCISO IV, ALÍNEAS "D" E "J", §§ 3º E 6º, INCISO I DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11.

Frisa-se que as exigências fiscais constantes no Auto de Infração em análise referem-se apenas às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. O crédito tributário relativo à recomposição da conta gráfica, consequência da exclusão, não está sendo exigido neste momento, uma vez que deverá ser apurado somente após a notificação do Contribuinte quanto à publicação da exclusão no Portal do Simples Nacional.

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 03/04/18. ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para deduzir os valores já recolhidos a título de ICMS na sistemática do Simples Nacional, com fundamento no § 3º do art. 150 do CTN, e, ainda, para adequar a Multa Isolada ao disposto no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, nos moldes da alínea "c" do inciso II do art. 106 do CTN, e, quanto à exclusão do Simples Nacional, julgava improcedente a impugnação. Vencidos, em parte, os Conselheiros Wagner Dias Rabelo (Relator) e Carlos Alberto Moreira Alves, que o julgavam parcialmente procedente, para excluir as exigências anteriores a 2016, e, quanto à exclusão do Simples Nacional, julgavam parcialmente procedente a impugnação para considerar a exclusão a partir de janeiro de 2016. Na oportunidade o Conselheiro Wagner Dias Rabelo (Relator) alterou seu voto. Designada relatora a Conselheira Ivana Maria de Almeida (Revisora). Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 17 de abril de 2018.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

Ivana Maria de Almeida
Relatora designada

T

| | | |
|-------------|-----------------|-----------------|
| Acórdão: | 22.944/18/1ª | Rito: Ordinário |
| PTA/AI: | 01.000754302-72 | |
| Impugnação: | 40.010144663-33 | |

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Impugnante: M. L. Reis
IE: 479038049.00-52
Coobrigado: Manoela de Lima Reis
CPF: 013.590.056-50
Proc. S. Passivo: Milton Cláudio Amorim Rebouças/Outro(s)
Origem: DFT/Poços de Caldas

Voto proferido pelo Conselheiro Wagner Dias Rabelo, 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 saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, resultando em recolhimento a menor de ICMS no período de janeiro de 2012 a dezembro de 2016.

A Impugnante alega em sua defesa, que ao receber o Termo de Intimação nº 198/2016, na qual havia a explícita comunicação de que aquela correspondência não configuraria início de ação fiscal, razão pela qual não haveria óbice à utilização do instituto da denúncia espontânea, tratou de rever os seus lançamentos contábeis e retificou o PGDAS e parcelou o débito reconhecido, dentro da autorregularização, tudo ao amparo da legislação de regência do SIMPLES NACIONAL.

No momento que assim procedeu, as divergências até então apuradas pelo Fisco, mediante o confronto descrito no relatório do presente Auto de Infração teriam deixado de existir, tendo em vista que os PGDAS, referentes ao período de janeiro de 2012 a dezembro de 2015, foram substituídos para contemplar, mês a mês, dentro do referido período, exatamente os valores apontados no AI como sendo os constantes dos extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito.

Este procedimento, por sua vez, o de substituição dos PGDAS, não foi aplicado no período de janeiro a dezembro de 2016. Portanto, a divergência do meu voto e a decisão proferida no Acórdão alcança, apenas, o período de janeiro de 2012 a dezembro de 2015.

Entende a Autuada que o procedimento por ela adotado de substituição dos PGDAS dos meses compreendidos no período de 01/01/12 a 31/12/15, antes da lavratura de qualquer documento que configurasse o início da ação fiscal, está em linha com a orientação fornecida pela própria Receita Federal, conforme exposto em seu *site* que diz “*caso haja diferença a ser corrigida, devem retificar o PGDAS-D dos meses relacionados, pagar ou parcelar os valores devidos, não sendo necessário envio de cópia de documentos para a Receita Federal ou para os demais Fiscos como prova da autorregularização*”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em datas posteriores ao procedimento adotado pela Autuada de substituição dos PGDAS, o Fisco lavrou o AIAF, nº 10.0000022135-64, recebido pela Contribuinte em 08/05/17 e o presente AI, em 15/09/17. Nesse caso, somente a partir de 08/05/17, data de recebimento do AIAF, é que a Autuada se tornaria impedida de proceder com qualquer procedimento de autorregularização.

O Fisco, por sua vez, ao lavrar o presente Auto de Infração, manteve a acusação de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

Ao permanecer no AI com essa acusação, o Fisco apontou diferenças de valores mensais, no período de 01/01/12 a 31/12/15, que deixaram de existir no momento que a Autuada, em data anterior à lavratura do AIAF e do AI, promoveu a alteração e a substituição dos PGDAS, em conformidade com os valores oriundos dos extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, e que foram reproduzidos no presente lançamento.

Para que a acusação pudesse subsistir mesmo após o procedimento adotado pela Autuada de substituição dos PGDAS, esta teria que ser tão somente de “saídas desacobertas de documentação fiscal”, sem citar qualquer confronto com informações oriundas de extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito.

Apesar do Fisco destacar que o procedimento de “autorregularização” procedido pelo Contribuinte não tem valor de denúncia espontânea para efeitos de recolhimento do ICMS devido, em razão da irregularidade de saída desacoberta, conforme preceitua a Lei Complementar n.º 123/06, entendo correto o procedimento adotado pela Autuada, que promoveu a alteração e substituição dos PGDAS antes do início de qualquer ação fiscal, que, como dito acima, está em linha com a orientação fornecida pela própria Receita Federal, conforme exposto em seu *site* já informado anteriormente.

Desse modo, deverão ser expurgados do presente lançamento todos os valores compreendidos no período de 01/01/12 a 31/12/15, assim como, a exclusão do Simples Nacional somente deverá se dar a partir de 01/01/16.

Sala das Sessões, 17 de abril de 2018

Wagner Dias Rabelo
Conselheiro