

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 5.085/18/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000754302-72
Recurso de Revisão: 40.060145944-17
Recorrente: M. L. Reis
IE: 479038049.00-52
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Coobrigada: 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 Código Tributário Nacional - 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. Matéria não objeto de recurso.

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. A Câmara *a quo* deduziu 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, adequou 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. Mantida a decisão recorrida.

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. Entretanto deve ser considerada a exclusão do regime de tributação do Simples Nacional a partir de fevereiro de 2012. Alterada parcialmente a decisão recorrida.

Recurso de Revisão conhecido à unanimidade e parcialmente provido por maioria de votos.

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.

Em razão da realização, de modo reiterado, de venda de mercadorias sem o devido acobertamento documental, propõe-se, ainda, a exclusão de ofício da Autuada do regime de tributação do Simples Nacional, a partir de 01 de janeiro de 2012

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.

A 1ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 22.944/18/1ª, julgou 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).

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 599/611, requerendo, ao final, seu conhecimento e provimento.

DECISÃO

Superadas as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, é cabível o presente Recurso de Revisão.

Analisando-se o Recurso de Revisão, a Autuada/Recorrente foi excluída do Simples Nacional, em face da constatação de prática reiterada de venda de mercadorias sem o devido acobertamento documental, infringindo o disposto na Lei Complementar (LC) nº 123/06, cuja data de apuração inicial considerada para fins de exclusão foi de 01/01/12.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme denota-se dos autos, a primeira infração cometida pela Autuada/Recorrente, ocorreu no mês de janeiro de 2012, o que demanda a análise da Lei Complementar nº 123/06, para apurar qual mês iniciará os efeitos de sua exclusão do Simples Nacional.

Nos termos do art. 29 da LC nº 123/06, quando a microempresa e empresa de pequeno incorre em uma das hipóteses dos incisos II a XII do art. 29, os efeitos da exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, examine-se:

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.

No caso em comento, a exclusão de ofício foi fundamentada nos incisos V e XI do art. 29 da Lei Complementar nº 123/06, os quais possuem o núcleo “prática reiterada”, o qual é apurado quando ocorre a infração em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, nos termos do § 9º do art. 29 do citado diploma legal, confira-se:

LC nº 123/06

art. 29 (...)

(...)

§ 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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante da análise destes dispositivos, denota-se que o legislador determina que os efeitos da exclusão nos casos de prática reiterada de infração à lei complementar, possui como marco temporal inicial o mês em que o contribuinte incorreu na reincidência, que no caso é a segunda infração.

Mesmo que exista alguma divergência de entendimento acerca da interpretação do marco temporal, se contaria desde a primeira infração ou da segunda, como o caso em tela trata de uma penalidade, a norma deve ser interpretada de forma mais favorável ao contribuinte, com fulcro no art. 112 do CTN, atribuindo seus efeitos somente a partir da segunda infração, uma vez que somente se configurada incorrida a prática reiterada com a segunda infração.

Dessa feita, tendo em vista que restou incontroverso nos autos que a segunda infração cometida pela Autuada/Recorrente ocorreu somente em fevereiro de 2012, somente a partir deste mês deverão ser considerados os efeitos da exclusão do regime de tributação Simples Nacional.

Quanto aos demais itens, considerando-se que os fundamentos utilizados pela 1ª Câmara de Julgamento foram, também, adotados na presente decisão, ficam ratificados os termos constantes do Acórdão nº 22.944/18/1ª.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, por maioria de votos, em lhe dar provimento parcial para considerar a exclusão do Simples Nacional a partir de fevereiro de 2012. Vencido, em parte, o Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves, que lhe dava provimento parcial para excluir as exigências anteriores a 2016, e, quanto à exclusão do Simples Nacional, considerá-la a partir de janeiro de 2016, nos termos do voto vencido. A Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri apresentará voto em separado, nos termos do art. 54 do Regimento Interno do CC/MG. Pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. Milton Cláudio Amorim Rebouças e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Sérgio Adolfo Eliazar de Carvalho. Participaram do julgamento, além dos signatários, e do Conselheiro vencido, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira (Revisor), Ivana Maria de Almeida e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

Sala das Sessões, 27 de julho de 2018.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

Marcelo Nogueira de Moraes
Relator

CS/D

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão:	5.085/18/CE	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000754302-72	
Recurso de Revisão:	40.060145944-17	
Recorrente:	M. L. Reis	
	IE: 479038049.00-52	
Recorrida:	Fazenda Pública Estadual	
Coobrigada:	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 pela Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, nos termos do art. 54 do Regimento Interno do CC/MG.

Trata-se de lançamento para cobrança de ICMS devido por empresa optante pelo Simples Nacional haja vista a constatação de saída de mercadoria desacompanhada de documento fiscal. A apuração da infração tem como fundamento o cruzamento de informações obtidas pelo Agente Fiscal a partir da análise dos registros dos dados fornecidos pelas empresas operadoras de cartões de crédito e débito.

Neste cenário, e conforme debate travado nos autos, não se nega a ocorrência das infrações apontadas pelo lançamento, fato que me levou a acompanhar o Relator em suas conclusões pelo provimento parcial do Recurso. Ocorre que minhas razões de decidir divergem dos fundamentos do acórdão recorrido no que tange aos efeitos de uma autorregularização do Contribuinte.

Ao tratar deste tema o acórdão recorrido assim se manifestou:

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”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 HOUE 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:

(...)

É sabido que o Simples Nacional possui suas regras fixadas por meio da Lei Complementar nº 123/06, regras que por si só não afastam os demais institutos do direito tributário compatíveis e não vedados pela lei específica. É o que ocorre, por exemplo, com o instituto da denúncia espontânea previsto no art. 138 do Código Tributário Nacional admitindo o afastamento da responsabilidade e dos efeitos de eventual inadimplemento do tributo ou irregularidade na prática de obrigação acessória, desde que os erros sejam sanados pelo Contribuinte antes do início de qualquer trabalho de fiscalização.

Neste cenário, devemos analisar a conduta do Contribuinte sob o prisma do art. 34 da LC nº 123/06:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 34. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.

§1º É permitida a prestação de assistência mútua e a permuta de informações entre a Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, relativas às microempresas e às empresas de pequeno porte, para fins de planejamento ou de execução de procedimentos fiscais ou preparatórios.

§ 2º vetado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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.

O citado artigo é norma de eficácia limitada remetendo nossa interpretação aos dispositivos regulamentares da então vigente Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional nº 94/11, mais especificamente seu art. 77, §§ 11 e 12.

O art. 77 prevê que, sem prejuízo de ação fiscal individual, as Administrações Tributárias poderão utilizar procedimento de notificação prévia visando à autorregularização, que não constituirá início de procedimento fiscal. A norma regulamentar fixa ainda um prazo de 90 (noventa) dias para a efetiva regularização das ocorrências. Vejamos:

Art. 77. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional é do órgão de administração tributária: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, caput)

(...)

§ 11. Sem prejuízo de ação fiscal individual, as administrações tributárias poderão utilizar procedimento de notificação prévia visando à autorregularização, que não constituirá início de procedimento fiscal.

§ 12. As notificações para regularização prévia poderão ser feitas por meio do Portal do Simples Nacional, facultada a utilização do DTE-SN de que trata o art. 110, estipulando-se prazo de regularização de até 90 (noventa) dias.

Diante do princípio da legalidade e da boa-fé, optando o Agente Competente pela utilização do procedimento de notificação prévia e havendo a efetiva demonstração de que o Contribuinte cumpriu com todas as exigências regulamentares, deve-se entender pela impossibilidade de emissão de termo de exclusão do regime simplificado fundamentado exatamente nas práticas denunciadas.

Há quem defenda a exclusão sob o argumento de que o pagamento por si só não caracterizaria a denúncia espontânea, sendo ainda essencial a reemissão dos documentos fiscais. Ora, não nos parece ser esse o melhor entendimento da norma, afinal não se pode negar que a consequência mais gravosa da conduta é exatamente a omissão de receita levando a um recolhimento a menor dos tributos devidos.

De fato, não seria mais tecnicamente viável a emissão de notas fiscais relativas às operações, entretanto o pagamento da obrigação principal por meio da autorregularização seria suficiente para mitigar a exigência dessa formalidade, entendimento diverso transformaria o instituto da denúncia espontânea em norma sem eficácia.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tal raciocínio se aplica inclusive nas hipóteses da infração envolver saída de mercadoria desacobertada, primeiro porque nem a lei complementar nem a Resolução do Comitê Gestor trazem limitações ao uso da 'autorregularização' para essas hipóteses e, segundo, porque, embora tenha a previsão do art. 13, inciso VII, § 1º, inciso XIII, alínea "f", da LC nº 123/06, até que haja ação fiscal com essa imputação, considero que a receita dessas operações continua sendo devida nos termos da apuração realizada no regime do Simples Nacional.

Segundo narrado na peça recursal, tendo havido a notificação prévia por parte do Fisco Estadual, o Contribuinte optou por proceder com a 'autorregularização' mediante retransmissão das declarações, com a inclusão dos valores omitidos, tendo pedido, ainda, o parcelamento do débito.

Em que pese ter havido uma denúncia das irregularidades essa não pode ser entendida como 'autorregularização' nos termos da LC nº 123/06, afinal o referido pedido deixou de ocorrer dentro do prazo fixado pela norma. Há nos autos a comprovação de que o procedimento foi realizado fora do prazo de noventa dias fixados pelo legislador, o que leva à conclusão pela não operação dos efeitos da 'autorregularização'.

Neste cenário, teria o Fisco Mineiro legitimidade para propor ação fiscal individual questionando as irregularidades apuradas.

Diante do exposto, com base nos fundamentos acima, acompanho a conclusão do Relator em dar provimento parcial ao Recurso para considerar a exclusão do Simples Nacional a partir de fevereiro de 2012, data da caracterização da prática reiterada imputada.

Sala das Sessões, 27 de julho de 2018.

**Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri
Conselheira**