

Acórdão: 23.546/20/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001195197-61
Impugnação: 40.010147903-01, 40.010148594-67 (Coob.), 40.010148593-86 (Coob.)
Impugnante: C.V.R. Marcenaria Ltda.
IE: 647965536.00-55
Carlos Roberto de Oliveira (Coob.)
CPF: 648.483.966-20
Valter Resende de Sousa (Coob.)
CPF: 567.746.646-87
Proc. S. Passivo: Evaristo Lemos Freire/Outro(s)
Origem: DF/Passos

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Os sócios-administradores respondem pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto, por força do art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - RECURSOS NÃO COMPROVADOS - CONTA "CAIXA/BANCOS". Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurada mediante o confronto entre os recursos existentes em contas correntes bancárias da Contribuinte e os valores por ela declarados em sua escrita fiscal (PGDAS), deduzidos os valores constantes em denúncia espontânea formalizada pelo estabelecimento autuado. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII, do RICMS/02. Corretas as exigências das diferenças de ICMS apuradas, acrescidas da 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 saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, correta a sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 76, inciso IV, alínea "j" da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11. Entretanto, deverão ser considerados os efeitos do Termo de Exclusão a partir de fevereiro de 2014, nos termos do art. 29, inciso V c/c § 9º, inciso I do citado artigo da Lei Complementar nº 123/06.

Lançamento procedente. Parcialmente procedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre saídas de mercadorias descobertas de documentação fiscal, nos exercícios de 2014 a 2017, apuradas mediante o confronto entre os recursos existentes em contas correntes bancárias da Contribuinte e os valores por ela declarados em sua escrita fiscal (PGDAS), deduzidos os valores constantes em denúncia espontânea formalizada pelo estabelecimento autuado.

Tendo em vista a prática reiterada de saídas de mercadorias sem a documentação fiscal correspondente, o Fisco notificou a Contribuinte sobre a sua exclusão do regime de tributação do Simples Nacional, conforme Termo de Exclusão acostado às fls. 69/70.

Foram inseridos no polo passivo da obrigação tributária os Srs. Carlos Roberto de Oliveira e Valter Resende de Sousa, na qualidade de sócios-gerentes do estabelecimento autuado, com fulcro no art. 135, inciso III do CTN c/c 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

As exigências referem-se ao ICMS apurado, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada previstas nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, respectivamente.

Inconformados, a Autuada e os Coobrigados apresentam, tempestivamente, por meio de procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 82/96, cujos argumentos são refutados pelo Fisco às fls. 112/123.

Em sessão realizada no dia 26/09/19, a 1ª Câmara de Julgamento decide, em preliminar, à unanimidade dos votos, em remeter os autos à Assessoria do CCMG para elaboração de parecer, em razão do disposto no inciso II do art. 2º da Resolução nº 4.335/11.

A Assessoria do CCMG exara o interlocutório de fls. 133/134, que gera as seguintes ocorrências: **(I)** juntada aos autos, pela Autuada, dos documentos e mídia eletrônica acostados às fls. 140/175 e 176, respectivamente; **(II)** manifestação fiscal (fls. 178/181).

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 184/208, opina, em preliminar, pela rejeição da prefacial arguida e, no mérito, pela procedência do lançamento e pela improcedência da impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional.

Registre-se, por oportuno, que a elaboração do parecer da Assessoria do CCMG decorre do disposto no art. 146, parágrafo único, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08 c/c inciso II do art. 2º da Resolução nº 4.335 de 22/06/11.

DECISÃO

Da Preliminar

23.546/20/1ª

Da Arguição de Nulidade do Lançamento—Ofensa ao Princípio da Legalidade:

A Impugnante argui a nulidade do Auto de Infração (e até mesmo do Termo de Exclusão do Simples Nacional), argumentando que houve ofensa ao princípio da legalidade, uma vez que o Fisco não teria observado as normas estabelecidas no art. 39, § 2º da Lei Complementar nº 123/06 e o art. 92 da Resolução CGSN nº 140/18.

Essa arguição, no entanto, confunde-se com o mérito da presente lide e no mérito será tratada, oportunidade em que será demonstrado que as normas estabelecidas nos dispositivos legais supracitados não têm qualquer repercussão sobre o feito fiscal, uma vez que inaplicáveis ao caso concreto ora em análise.

Ressalte-se, por oportuno, que o presente lançamento foi lavrado com todos os requisitos formais previstos na legislação de regência, notadamente aqueles estabelecidos no art. 89 do RPTA, contendo, especialmente, a descrição clara e precisa do fato que motivou a sua lavratura e das circunstâncias em que foi praticado, a correta indicação dos dispositivos legais tidos por infringidos e daqueles relativos às penalidades cominadas, inexistindo qualquer mácula que possa acarretar a sua nulidade.

Rejeita-se, portanto, a prefacial arguida pela Impugnante.

Do Mérito

Conforme relatado, versa a presente autuação sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, nos exercícios de 2014 a 2017, apuradas mediante o confronto entre os recursos existentes em contas correntes bancárias da Contribuinte e os valores por ela declarados em sua escrita fiscal (PGDAS), deduzidos os valores constantes em denúncia espontânea formalizada pelo estabelecimento autuado.

Tendo em vista a prática reiterada de saídas de mercadorias sem a documentação fiscal correspondente, o Fisco notificou a Contribuinte sobre a sua exclusão do regime de tributação do Simples Nacional, conforme Termo de Exclusão acostado às fls. 69/70.

Foram inseridos no polo passivo da obrigação tributária os Srs. Carlos Roberto de Oliveira e Valter Resende de Sousa, na qualidade de sócios-gerentes do estabelecimento autuado (fl. 61), com fulcro no art. 135, inciso III do CTN c/c 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Em termos literais, a infração foi narrada da seguinte forma no relatório do Auto de Infração, complementado, com mais detalhes, pelo Relatório Fiscal anexado ao AI (fls. 10/20):

Relatório do Auto de Infração (fls. 03/04)

“... 5) Trabalho Executado:

5.1 - O Contribuinte apresentou em 21/06/2018
Termo de Autodenúncia de nº 05.000295111-44

5.2 - O Termo de Autodenúncia refere-se apuração de divergências entre o movimento financeiro e o movimento fiscal.

5.3 No Termo de Autodenúncia foram apresentados os extratos bancários.

5.4 Na análise da documentação apresentada verificou-se que não foram apresentadas as notas fiscais de prestações de serviços citadas no Termo de Autodenúncia.

5.5 Em 30/10/2018 o contribuinte foi intimado a apresentar notas fiscais de serviços citadas no Termo de Autodenúncia.

5.6 E por fim em 21/12/2018 foi emitido o AIAF 10.000028507.00 para apresentarem 24 horas Notas Fiscais de Prestação de Serviços.

6) Irregularidades Apuradas:

Constatou-se que o contribuinte realizou vendas de mercadorias desacompanhadas de documento fiscal.

Assim, lavra-se estepara exigir ICMS devido e multas cabíveis.

7) Demonstrativo do Crédito Tributário:

[...]

Ademais, considerando as irregularidades apuradas, os sócios administradores foram incluídos no polo passivo do presente PTA.

8) Documentos em Anexo: ...”

Relatório Fiscal (fls. 10/20)

“... 1.3 Período Fiscalizado: 01/01/2014 a 31/12/2017

[...]

1.5 Documentos analisados: PGDASN, Termo de Autodenúncia nº 05.000295111-44, Extratos Bancários e Livro Caixa.

1.6 Regime de Recolhimento: Simples Nacional.

[...]

2. DOS FATOS

2.1 no dia 22/05/2018, conforme Intimação nº 33 (Anexo II) o contribuinte foi intimado a apresentar:

a) Arquivos eletrônicos contendo a Escrituração Contábil Digital – ECD relativa aos exercícios 2013 a

2017, com o leiaute estabelecido no item 4.1 do Anexo Único do Ato Declaratório Executivo COFIS nº 25/2010;

b) Os extratos bancários de todas as contas correntes mantidas pela empresa junto às instituições financeiras, de janeiro a dezembro, relativos aos exercícios 2013 a 2017.

2.2 em 21/06/2018, o contribuinte apresentou o Termo de Autodenúncia nº. 05000295111-44 (Anexo III);

2.3 em 22/10/2018 o contador enviou ao fisco, através de e-mail notas fiscais de prestação de serviço.

Estas notas foram utilizadas para analisar os valores lançados a título de Receita Bruta lançada nos PGDAS referentes aos períodos de 01/2014 a 12/2017.

As Danfes foram extraídas do programa Auditor Eletrônico conforme mídia digital (CD) anexado (Anexo III).

Para esta análise foram utilizados os valores constantes nas notas fiscais emitidas pelo contribuinte nos períodos 01/2014 a 12/2017.

2.4 em 30/10/2018, para subsidiar a análise do Termo de Autodenúncia, intimou-se o contribuinte a apresentar notas fiscais referentes às prestações de serviços informadas no Termo de Autodenúncia nº 05.000295111-44, no prazo de 24 horas, conforme Intimação nº 43 (Anexo IV);

2.5 no dia 5/11/2018, em razão do funcionário da empresa de contabilidade estar de férias a contadora solicitou por telefone o prazo de 48 horas.

2.6 no dia 06/11/2018, os sócios da empresa estiveram nesta AF e solicitaram prorrogação de prazo para 30 de novembro de 2018, para a entrega das notas fiscais solicitadas na Intimação 43 (Anexo IV);

2.7 e no dia 30/11/2018, conforme Protocolo nº 900475 o contribuinte protocolou expediente solicitando a prorrogação do prazo para cumprimento da Intimação nº 33 de 22/05/2018 (Anexo V) e informando que:

- o contribuinte foi intimado;
- foram apuradas divergências entre o movimento fiscal e o movimento financeiro da empresa;
- confessou os fatos geradores do ICMS e posteriormente parcelou seu débito;

- a Receita Federal seria o órgão competente para realizar a fiscalização e cobrança das pessoas enquadradas no Simples Nacional;

- diante desses fatos e como haviam outras operações que apresentavam divergências o contribuinte retificou as PGDAS e que seria feito o parcelamento dos débitos para a quitação total destas obrigações na Receita Federal;

-o contribuinte entende que teria que ser anulado o Parcelamento nº 12.070479600.8.

2.8 em 21/12/2018 foi lavrado o Auto de Início de Ação Fiscal nº10.000028507.00, o qual foi recebido pelo contribuinte, intimando-o a entregar notas fiscais referente às prestações de serviços informadas no Termo de Autodenúncia apresentado.

Decorrido o prazo consignado no AIAF sem apresentação dos documentos, o fisco procedeu à análise dos documentos apresentados junto ao Termo de Autodenúncia.

Constatou-se a venda de mercadorias desacobetadas de documento fiscal e assim lavrou-se o presente auto para cobrança do ICMS devido das multas cabíveis.

[...]

4. SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO

Pela constatação de prática reiterada decorrente da infração ao disposto na LC 123/06, inciso I, a Fazenda Estadual de Minas Gerais procede à emissão do Termo de Exclusão do Simples Nacional, autorizado no artigo 28, no artigo 29, § 5º e artigo 33 da Lei Complementar nº 123/06, c/c art. 83, II, da Resolução CGSN nº 140/18, com efeitos a partir de 01/02/2014.

Este procedimento fundamenta-se no art. 29, incisos V e XI, §§ 1º e 3º e § 9º, inciso I da LC 123/06 e artigo 84 incisos IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I da Resolução CGSN nº 140/18.

5 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA INCLUSÃO DE COOBRIGADOS – SÓCIOS ADMINISTRADORES

Em decorrência dos fatos constatados e tipificados neste auto de infração, inscreveu-se no polo passivo do crédito tributário na condição de coobrigados os sócios Carlos Roberto de Oliveira, CPF: 648.483.966-20 e Valter Resende de Souza, CPF: 567.746.646-87, pelo fato de serem os sócios administradores da empresa no período fiscalizado e presumidamente responderem pelos atos praticados na sociedade empresária ...”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As exigências referem-se ao ICMS apurado, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada previstas nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, respectivamente, conforme demonstrativo acostado às fls. 67/68.

Ressalte-se, inicialmente, que o procedimento adotado pelo Fisco é tecnicamente idôneo, estando respaldado no art. 194, incisos I e VII do RICMS/02.

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;

Esclareça-se que a Contribuinte atuada tem como atividade principal a fabricação de móveis (CNAE-F 31.01.2-00) e como atividades secundárias “serviços de montagem de móveis” (CNAE-F 33.29.5-01) e “reparação de artigos do mobiliário” (CNAE-F 95.29.1-05), conforme tela da Receita Federal do Brasil acostada à fl. 58, informação condizente com aquela prestada pela própria Atuada em sua impugnação (fl. 83).

O Resumo das Receitas Brutas mensais declaradas pela Atuada, relativas ao período de janeiro de 2014 a dezembro de 2017, inerentes a vendas de mercadorias e prestação de serviços, está acostado às fls. 26/27.

De acordo com esse resumo, cujos dados foram extraídos dos documentos acostados às fls. 36/45 (telas do PGDAS-D – Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório), a Atuada havia prestado serviços, sujeitos exclusivamente ao ISSQN, apenas nos meses e valores abaixo indicados:

PERÍODO	PREST. SERV.	PERÍODO	PREST. SERV.
mar-14	1.600,00	abr-14	1.140,00
jun-14	110,00	ago-14	240,00
nov-14	4.857,00		

As Notas Fiscais de Prestação de Serviços referentes aos serviços declarados estão acostadas às fls. 28/35, sendo estas as únicas que foram apresentadas ao Fisco, tanto antes quanto após a lavratura do Auto de Infração.

No entanto, ao apresentar sua denúncia espontânea (DVD – fl. 24), a Contribuinte, após especificar a sua movimentação financeira, de acordo com os

¹De acordo com a sua segunda alteração contratual (fl. 61), a empresa tem como objeto social “a prestação de serviços de marcenaria, indústria e comércio de móveis com predominância de madeira, compra e venda de produtos acabados e semi-acabados e prestação de serviços conserto, restauração, colocação e montagens de produtos, de peças e partes de bens em geral”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

extratos bancários das contas correntes de sua titularidade, além de informar valores mensais de vendas de mercadorias não acobertadas por documentos fiscais (coluna “Revenda”), indicou, também, para todos os meses objeto da presente autuação, valores que seriam referentes à prestação de serviços não tributados pelo ICMS, em quantias superiores às vendas denunciadas (atividade principal), conforme quadro exemplificativo abaixo, relativo ao exercício de 2014:

PERÍODO	DEPÓSITOS (EXTRATO)	RECEITA BRUTA (PGDAS)	DIFERENÇA	PREST. SERVIÇOS	REVENDA	TOTAL	ICMS A RECOLHER
	A	B	C = A - B	D	E	F = D + E	G = E X 12%
jan-14	54.522,50	37.488,00	17.034,50	11.924,15	4.258,63	16.182,78	511,04
fev-14	65.514,40	27.794,40	37.720,00	26.404,00	9.430,00	35.834,00	1.131,60
mar-14	72.167,12	31.021,80	41.145,32	28.801,72	10.286,33	39.088,05	1.234,36
abr-14	82.492,09	46.160,00	36.332,09	25.432,46	9.083,02	34.515,48	1.089,96
mai-14	49.601,00	12.838,80	36.762,20	25.733,54	9.190,55	34.924,09	1.102,87
jun-14	60.530,16	16.130,00	44.400,16	31.080,11	11.100,04	42.180,15	1.332,00
jul-14	82.022,73	30.455,00	51.567,73	36.097,41	12.891,93	48.989,34	1.547,03
ago-14	46.042,62	55.018,40	-8.975,78	6.283,05	2.243,95	8.527,00	269,27
set-14	52.331,44	8.890,05	43.441,39	30.408,97	10.860,35	41.269,32	1.303,24
out-14	54.972,81	13.020,00	41.952,81	29.366,97	10.488,20	39.855,17	1.258,58
nov-14	44.319,14	5.257,00	39.062,14	27.343,50	9.765,54	37.109,04	1.171,86
dez-14	39.014,17	15.540,00	23.474,17	16.431,92	5.868,54	22.300,46	704,22

Diante disso, ainda antes da presente autuação, o Fisco intimou a Autuada (fl. 48) a apresentar toda a documentação fiscal correspondente aos valores relativos aos supostos serviços mensais prestados (hipoteticamente não sujeitos ao ICMS), indicados na denúncia espontânea.

Apesar de ter reiterado a intimação, desta vez por meio do Auto de Início de Ação Fiscal (fl. 02), as notas fiscais relativas aos supostos serviços prestados, declarados na denúncia espontânea, não foram apresentadas pela Autuada.

O Fisco decidiu, então, lavrar o presente Auto de Infração, no qual apurou as bases de cálculo mensais das saídas desacobertadas, utilizando a seguinte metodologia:

- dos montantes mensais dos recursos depositados em contas correntes bancárias da Contribuinte, deduziu os valores correspondentes às vendas de mercadorias e serviços prestados por ela declarados em sua escrita fiscal (PGDAS);
- da diferença obtida na forma acima, foram deduzidos os valores das vendas mensais de mercadorias declaradas na denúncia espontânea. O resultado assim obtido, corresponde à base de cálculo das saídas desacobertadas.

Portanto, na apuração da base de cálculo não foram considerados os valores lançados na denúncia espontânea como decorrentes de prestação de serviços, hipoteticamente não sujeitos à incidência do ICMS, uma vez que, apesar de intimada, a Autuada não apresentou a respectiva documentação fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A título de exemplo, segue abaixo tabela demonstrativa da apuração das bases de cálculo mensais referentes ao exercício de 2014 (fls. 65/66):

BASE DE CÁLCULO APURADA PELO FISCO - EXEMPLO - 2014

PERÍODO	REC. BRUTA	DEPÓSITOS /BANCOS	DIFERENÇA	REVENDA/ DENÚNCIA	BASE DE CÁLCULO	SALDO ANTERIOR	BASE DE CÁLCULO FINAL
	A	B	C = B - A	D	E = C - D	F	G = D - F
jan-14	37.488,00	54.522,50	17.034,50	4.258,63	12.775,87		12.775,87
fev-14	27.794,40	65.514,40	37.720,00	9.430,00	28.290,00		28.290,00
mar-14	31.021,80	72.167,12	41.145,32	10.286,33	30.858,99		30.858,99
abr-14	46.160,00	82.492,09	36.332,09	9.083,02	27.249,07		27.249,07
mai-14	12.838,80	49.601,00	36.762,20	9.190,55	27.571,65		27.571,65
jun-14	16.130,00	60.530,16	44.400,16	11.100,04	33.300,12		33.300,12
jul-14	30.455,00	82.022,73	51.567,73	12.891,93	38.675,80		38.675,80
ago-14	55.018,40	46.042,62	-8.975,78	2.243,95	-11.219,73		
set-14	8.890,05	52.331,44	43.441,39	10.860,35	32.581,04	11.219,73	21.361,31
out-14	13.020,00	54.972,81	41.952,81	10.488,20	31.464,61		31.464,61
nov-14	5.257,00	44.319,14	39.062,14	9.765,54	29.296,60		29.296,60
dez-14	15.540,00	39.014,17	23.474,17	5.868,54	17.605,63		17.605,63

Para a apuração do ICMS, o Fisco aplicou sobre a base de cálculo das saídas desacobertadas a alíquota de 12% (doze por cento), nos exercícios de 2014 e 2015, nos termos previstos no art. 42, inciso I, subalínea “b7” do RICMS/02 e de 18% (dezoito por cento), nos exercícios de 2016 e 2017, com fulcro na alínea “e” do inciso I do mesmo dispositivo legal.

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

[...]

b) 12 % (doze por cento), na prestação de serviço de transporte aéreo e nas operações com as seguintes mercadorias:

[...]

Efeitos de 28/12/2013 a 31/12/2015

b.7) móveis:

[...]

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

Contraopondo-se ao feito fiscal, a Autuada relata, inicialmente, que “desconhecendo seus direitos como contribuinte do Simples Nacional, em 21/06/2018 apresentou Termo de Autodenúncia n. 05000295111-44, confessando parte dos valores divergentes como fatos geradores do ICMS”, acrescentando que “tratavam-se os demais valores divergentes de base de cálculo do ISS, pois referiam-se à prestação de serviços realizadas pela Impugnante”.

Salienta que, posteriormente, nos meses de outubro e novembro de 2018, o Fisco lhe requereu a apresentação das notas fiscais de serviços realizados, referentes aos demais valores divergentes e que, diante deste fato, buscou auxílio de especialistas solicitando orientação, tendo *“constatado a forma equivocada que havia sido conduzido o processo até então”*.

Argumenta que, *“se uma empresa está enquadrada no Simples Nacional e exerce atividades incluídas no campo de incidência do ICMS e do ISS, e existe suspeita de omissão de receita que não se consiga identificar a origem, a autuação deverá ser feita utilizando a maior alíquota prevista na Lei Complementar n. 123/2006, para depois ser realizado o rateio entre os entes da federação”*.

Entretanto, teria sido induzida a erro, confessando *“valores atribuídos exclusivamente a fatos geradores do ICMS que redundou em uma autuação que gera receita exclusivamente para o Estado de Minas Gerais excluindo do rateio os tributos dos outros dois entes federados, União Federal e Município”*.

Diante do ocorrido, foi *“orientada a fazer denúncia espontânea de todas as divergências entre sua movimentação financeira e sua movimentação fiscal para a Receita Federal do Brasil, o que foi feito”* (fls. 103/104).

Afirma que, *“posteriormente a Secretaria da Fazenda de Minas Gerais, permanecendo em erro, formalizou o Auto de Infração PTA 01.001195197-61, cobrando o valor de R\$... referente ao ICMS incidente sobre a diferença entre os créditos em conta corrente bancária da Impugnante e o valor declarado como receita da empresa, considerou esta diferença como fato gerador do ICMS exclusivamente”*.

Aduz que *“esta prática vem provocando reiteradamente ajustes totalmente indevidos, sem qualquer chance de argumentação dos contribuintes que não vislumbram outra opção senão se submeterem à malfadada autodenúncia, mesmo que não concorde com todos os seus termos”*.

Frisa que *“a autodenúncia será objeto de ação judicial para sua anulação, com base em preceitos Constitucionais que garantem ao contribuinte a ampla defesa de seus interesses, sem se submeter a qualquer força externa que lhe minimize tais direitos”*.

Reitera que, *“é certo que aplicam-se às empresas optantes do Simples Nacional as presunções de omissão de receitas, porém, quando tais empresas exercem atividades no campo de incidência de ICMS e ISS e seja apurada omissão de receita de origem não identificável, a autuação será feita com utilização da maior das alíquotas relativas à faixa de receita bruta de enquadramento do contribuinte, dentre as tabelas aplicáveis às respectivas atividades, nos termos do art. 39, § 2º da Lei Complementar nº 123/06 e art. 92 da Resolução CGSN nº 140/18, expedida pelo Comitê Gestor do Simples Nacional”*.

No entanto, ao contrário das alegações da Autuada, o feito fiscal está perfeitamente amparado pela legislação vigente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse sentido, há que se destacar, inicialmente, que não se aplicam ao presente caso as disposições contidas no § 2º do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 e no art. 92 da Resolução CGSN nº 140/18.

Lei Complementar Federal 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.

[...]

§ 2º No caso em que o contribuinte do Simples Nacional exerça atividades incluídas no campo de incidência do ICMS e do ISS e seja apurada omissão de receita de que **não se consiga identificar a origem**, a atuação será feita utilizando a maior alíquota prevista nesta Lei Complementar, e a parcela atuada que não seja correspondente aos tributos e contribuições federais será rateada entre Estados e Municípios ou Distrito Federal. (Grifou-se)

Resolução CGSN nº 140/18

Art. 92. No caso em que a ME ou a EPP optante pelo Simples Nacional exerça atividades incluídas no campo de incidência do ICMS e do ISS e seja apurada omissão de receita de **origem não identificável**, a atuação será feita com utilização da maior das alíquotas relativas à faixa de receita bruta de enquadramento do contribuinte, dentre as tabelas aplicáveis às respectivas atividades. (Grifou-se)

Observe-se que as normas em questão estabelecem duas premissas básicas, a saber:

- a) apuração de omissão de receitas de contribuintes do Simples Nacional, que exerçam atividades mistas, sujeitas ao ICMS e ao ISSQN;
- b) impossibilidade de se apurar a natureza da receita omitida, ou seja, se são provenientes de operações sujeitas à incidência do ICMS ou de serviços sujeitos à tributação exclusiva do ISSQN.

Ora, no presente caso, como já relatado, a própria Contribuinte atuada, na denúncia espontânea por ela formalizada, diferenciou os valores que seriam relativos a operações sujeitas à tributação do ICMS e aqueles que seriam inerentes a serviços prestados, com incidência exclusiva do ISSQN.

Assim, de plano, sem necessidade de maiores análises, verifica-se que os dispositivos legais supracitados, como já afirmado, não se aplicam ao presente caso, pois a própria Contribuinte tratou de diferenciar a origem das receitas omitidas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Isso não significa, no entanto, que os valores indicados pela Contribuinte como pertinentes a prestação de serviços devem ser acatados, sem qualquer questionamento, muito pelo contrário, pois cabe a Contribuinte comprovar o seu levantamento, mediante documentação hábil e idônea, que possa demonstrar a natureza de cada um dos valores autodenunciados.

Com efeito, de acordo com a presunção legal estabelecida no art. 49, § 2º da Lei nº 6.763/75 (expressamente listado como infringido) c/c 194, § 3º do RICMS/02, a existência de recursos não comprovados na conta “Bancos”, autoriza a conclusão de saídas de mercadorias ou prestação de serviços tributáveis (pelo ICMS) e desacobertas de documentação fiscal, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

Art. 49 - A fiscalização do imposto compete à Secretaria de Estado de Fazenda, observado o disposto no art. 201 desta Lei.

[...]

§ 2º - Aplicam-se subsidiariamente aos contribuintes do ICMS as presunções de omissão de receita existentes na legislação de regência dos tributos federais. (Grifou-se)

RICMS/02

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

[...]

Efeitos de 15/12/02 a 20/12/19

§ 3º - O fato de a escrituração indicar a existência de saldo credor ou de recursos não comprovados na conta “Caixa” ou equivalente, ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, autoriza a presunção de saída de mercadoria ou prestação de serviço tributáveis e desacobertas de documento fiscal. (Grifou-se)

No caso presente, a caracterização da omissão de receitas se dá de forma concreta e não apenas presuntiva, pois a própria Contribuinte reconheceu tal fato em sua denúncia espontânea, isto é, que as diferenças entre os recursos existentes em suas contas correntes bancárias e os valores por ela formalmente declarados ao Fisco eram provenientes de receitas omitidas.

Portanto, é questão incontroversa nos autos, que os valores denunciados pela Autuada se referem a receitas omitidas - saída de mercadoria ou prestação de serviço tributáveis e desacobertas de documento fiscal.

Dessa forma, a própria legislação do Simples Nacional esclarece a quem cabe a competência para o lançamento e a forma das exigências fiscais, que se dão fora do sistema do Simples Nacional, conforme previsto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“F” e art. 33, § 3º, ambos da Lei Complementar nº 123/06, abaixo reproduzidos, não tendo, pois, qualquer relação com o art. 39, § 2º da mesma lei.

Lei Complementar Federal nº 123/06

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 desacompanhada de documento fiscal.

Art. 33. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

[...]

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

Retornando à questão da denúncia espontânea, verifica-se que o cerne da presente lide reside no fato de se acatar ou não os valores indicados pela Contribuinte como provenientes de serviços prestados, não sujeitos à incidência do ICMS.

Reitere-se, nesse sentido, que na apuração da base de cálculo do ICMS o Fisco não deduziu os valores lançados na denúncia espontânea como decorrentes de prestação de serviços, hipoteticamente não sujeitos à incidência do ICMS, uma vez que, apesar de intimada, a Autuada não apresentou a respectiva documentação fiscal.

Há que se dar razão ao Fisco, pois cabe à Autuada comprovar de forma inequívoca, mediante documentação hábil e idônea, a parcela dos recursos sem comprovação de origem proveniente da prestação de serviços e não somente alegar e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

indicar valores aleatórios, como decorrentes de serviços não sujeitos à incidência do ICMS, sem nenhuma comprovação documental.

Ressalte-se que, nos termos previstos no art. 208, inciso III do RPTA, a denúncia espontânea deve ser acompanhada da comprovação do cumprimento da obrigação acessória a que se referir.

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.

(...)

(Destacou-se).

No entanto, como já afirmado, a Autuada, apesar de intimada, não apresentou as notas fiscais relativas aos valores por ela denunciados, inerentes aos supostos serviços prestados, e nem mesmo documentos auxiliares, hábeis e idôneos, que pudessem comprovar a natureza dos serviços alegadamente prestados, os tomadores dos serviços e o valor de cada um deles.

Mister se faz lembrar que, no período objeto da presente autuação (janeiro de 2014 a dezembro de 2017), a Autuada havia declarado originalmente nas PGDAS-D serviços prestados apenas em 04 (quatro) meses do exercício de 2014, nos seguintes períodos e valores:

PERÍODO	PREST. SERV.	PERÍODO	PREST. SERV.
mar-14	1.600,00	abr-14	1.140,00
jun-14	110,00	ago-14	240,00
nov-14	4.857,00		

Porém, em sua denúncia espontânea, os serviços alegadamente prestados passaram a compreender todos os períodos objeto da autuação (janeiro de 2014 a dezembro de 2017), em valores superiores às vendas autodenunciadas de móveis fabricados (atividade principal da Autuada) e com percentual fixo de 73,68 %, em relação aos valores totais denunciados, conforme exemplos abaixo, referentes ao exercício de 2014.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PERCENTUAIS DE SERVIÇOS DENUNCIADOS PELA IMPUGNANTNE - EXEMPLOS - 2014

PERÍODO	DEPÓSITOS (EXTRATO)	RECEITA BRUTA (PGDAS)	DIFERENÇA	PREST. SERVIÇOS	REVENDA	TOTAL	% PREST. SERVIÇOS
				A	B	C = A + B	D = A ÷ C
jan-14	54.522,50	37.488,00	17.034,50	11.924,15	4.258,63	16.182,78	73,68%
fev-14	65.514,40	27.794,40	37.720,00	26.404,00	9.430,00	35.834,00	73,68%
mar-14	72.167,12	31.021,80	41.145,32	28.801,72	10.286,33	39.088,05	73,68%
abr-14	82.492,09	46.160,00	36.332,09	25.432,46	9.083,02	34.515,48	73,68%
mai-14	49.601,00	12.838,80	36.762,20	25.733,54	9.190,55	34.924,09	73,68%
jun-14	60.530,16	16.130,00	44.400,16	31.080,11	11.100,04	42.180,15	73,68%
jul-14	82.022,73	30.455,00	51.567,73	36.097,41	12.891,93	48.989,34	73,68%
ago-14	46.042,62	55.018,40	-8.975,78	6.283,05	2.243,95	8.527,00	73,68%
set-14	52.331,44	8.890,05	43.441,39	30.408,97	10.860,35	41.269,32	73,68%
out-14	54.972,81	13.020,00	41.952,81	29.366,97	10.488,20	39.855,17	73,68%
nov-14	44.319,14	5.257,00	39.062,14	27.343,50	9.765,54	37.109,04	73,68%
dez-14	39.014,17	15.540,00	23.474,17	16.431,92	5.868,54	22.300,46	73,68%

Há que se destacar, também, que além de sua atividade principal (fabricação e vendas de móveis), a montagem de móveis (atividade secundária complementar à venda) também está sujeita à incidência do ICMS, conforme solução dada à Consulta de Contribuinte nº 018/2012, que foi assim ementada:

Consulta de Contribuinte nº 018/2012

“ICMS – BASE DE CÁLCULO – COMÉRCIO E MONTAGEM DE MÓVEIS. A montagem de móveis enquadra-se no conceito de industrialização, previsto na alínea “c” do inciso II do art. 222 do RICMS/02, todavia, é um serviço complementar à atividade principal, que é a comercialização desses produtos e, como não está previsto na Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03, o valor cobrado a esse título deverá compor a base de cálculo do ICMS.”

Esse fato demonstra, uma vez mais, a necessidade de a Autuada comprovar a veracidade dos valores por ela denunciados, que seriam referentes a serviços hipoteticamente não tributados pelo ICMS, pois os elementos contidos nos autos induzem à conclusão de que as receitas por ela emitidas se referem a operações e prestações inseridas no campo de incidência do ICMS, devendo-se reiterar que a presunção legal já referenciada anteriormente (art. 194, § 3º do RICMS/02) é no sentido de que as receitas omitidas se referem a saídas de mercadorias ou prestação de serviços tributáveis pelo ICMS e desacobertadas de documentação fiscal.

Quanto às retificações das PGDAS-D (fls. 53/54) efetuadas pela Autuada, assim como o Recibo de Adesão ao Parcelamento do Simples Nacional (fls. 103/104), há que se destacar essas providências foram tomadas somente em 26/03/19, data posterior à do AIAF (fl. 26/12/18 – fl. 02) e também à de recebimento do Auto de Infração pela Autuada (14/03/19 – fl. 71), não tendo, pois, o condão de elidir o feito fiscal, mesmo porque tais retificações foram feitas de forma similar à denúncia

apresentada à SEF/MG, isto é, sem qualquer comprovação documental quanto aos alegados serviços prestados.

Além disso, nas palavras da própria Autuada, ela foi “*orientada a fazer denúncia espontânea de todas as divergências entre sua movimentação financeira e sua movimentação fiscal para a Receita Federal do Brasil, o que foi feito*”, porém, tal orientação baseou-se no equivocado entendimento, como já visto, de que o caso ora analisado estaria sob a égide do art. 39, § 2º da Lei Complementar nº 123/06, quando na verdade está submetido à norma estabelecida no art. art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” do mesmo diploma legal.

Cabe à Autuada, se for o caso, pleitear a restituição do indébito, caso tenha promovido pagamentos do parcelamento efetuado junto à Receita Federal, de parcelas do ICMS que tenham sido direcionadas a este Estado e que já tenham sido objeto de pagamento na denúncia espontânea por ela formalizada junto à SEF/MG.

Não obstante todo o acima exposto, a Assessoria do CCMG, através do interlocutório de fls. 133/134, concedeu nova oportunidade à Autuada (prazo total de 60 dias) para apresentação de documentos que pudessem demonstrar a veracidade dos valores por ela denunciados, relativos aos alegados serviços prestados, nos seguintes termos:

Interlocutório (fls. 133/134)

“... **1.** Favor informar quais são os serviços usualmente prestados por essa Empresa, sujeitos à incidência exclusiva do ISSQN, especificando **o item da Lista de Serviços** a que se refere a Lei Complementar Federal nº 116, de 31 de julho de 2003, **vinculado a cada tipo desses serviços.**

2. Às fls. 51/53, essa Empresa afirmou que, após análises das divergências entre a movimentação fiscal e a financeira, promoveu a retificação das declarações no PGDAS, oportunidade em que apurou os seguintes valores, que seriam relativos a prestação de serviços:

[...]

Diante disso, favor providenciar o que se segue:

2.1. Tomando como referência a tabela exemplificativa abaixo, favor elaborar planilha, em meio magnético (CD/DVD), demonstrando analiticamente, **por dia, mês e exercício**, como foram obtidos os novos valores mensais de prestação de serviços inseridos na declaração retificadora encaminha à Secretaria da Receita Federal do Brasil;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DEMONSTRAÇÃO ANALÍTICA DOS VALORES MENSIS DOS SERVIÇOS PRESTADOS

DATA (dd/mm/aa)	NOTA FISCAL Nº	VALOR (R\$)	DESCRIÇÃO DO SERVIÇO PRESTADO	ITEM DA LISTA DE SERVIÇOS (LC 116/03)	IDENTIFICAÇÃO DO CLIENTE		
					NOME/RAZÃO SOCIAL	CPF/CGC	INSCRIÇÃO ESTADUAL
TOTAL DO MÊS							

2.2. Inserir na mídia eletrônica (CD/DVD) cópias digitalizadas de todas as notas fiscais emitidas, inerentes aos serviços prestados ..." (Grifos Originais)

No entanto, o interlocutório não surtiu os efeitos desejados, pois a Autuada se limitou a acostar aos autos os documentos de fls. 140/175 (e DVD – fl. 176), os quais em nada alteram as conclusões até aqui expostas, uma vez que a Autuada não apresentou uma única nota fiscal de prestação de serviço e, mesmo que se desconsiderasse tal fato, não foram apresentados sequer documentos auxiliares com dados que pudessem demonstrar, analiticamente, como solicitado no item 2.1 acima, quais foram os serviços alegadamente prestados, tais como: valor, data, descrição do serviço e identificação do cliente.

Conclui-se, portanto, que os serviços alegados pela Autuada em sua denúncia espontânea não foram por ela devidamente comprovados nos autos.

Frise-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, se vier a ser exigido, somente após a notificação da Contribuinte quanto à publicação da exclusão no Portal do Simples Nacional.

Reitere-se que as retificações das PGDAS-D efetuadas pela Autuada (fls. 53/54), assim como o Recibo de Adesão ao Parcelamento do Simples Nacional (fls. 103/104), não tem o condão de elidir o feito fiscal, mesmo porque tais retificações foram feitas de forma similar à denúncia apresentada à SEF/MG, isto é, sem qualquer comprovação documental quanto aos alegados serviços prestados.

Além disso, como já afirmado, tais retificações basearam-se no equivocado entendimento de que o caso ora analisado estaria sob a égide do art. 39, § 2º da Lei Complementar nº 123/06, quando na verdade está submetido à norma estabelecida no art. art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea "F" do mesmo diploma legal.

O não acatamento dessas retificações é corroborada pelas seguintes decisões deste E. Conselho:

ACÓRDÃO Nº 22.944/18/1ª

"... 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

[...]

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 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:

[...]

RESTOU CLARAMENTE COMPROVADO PELA DOCUMENTAÇÃO ACOSTADA AOS AUTOS (LIVROS DE SAÍDA E ARQUIVOS MFD DO EMISSOR DE CUPOM FISCAL), QUE AS RETIFICAÇÕES DE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

FATURAMENTO EFETUADAS PELO CONTRIBUINTE NÃO FORAM BASEADAS EM DOCUMENTOS FISCAIS EMITIDOS NO PERÍODO ...”

ACÓRDÃO Nº 21.582/17/2ª

“... CONFORME RELATADO A AUTUAÇÃO VERSA SOBRE SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS 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, RECOLHENDO, EM CONSEQUÊNCIA, ICMS A MENOR, NO PERÍODO DE 01/06/13 A 31/12/15.

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 A AUTUAÇÃO, DA EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL, CONFORME TERMO DE EXCLUSÃO DE FLS. 121.

[...]

A AUTUADA ALEGA QUE FORAM DECLARADAS TODAS AS OPERAÇÕES, CONFORME PGDAS, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR EM OPERAÇÕES DESACOBERTADAS.

TODAVIA, RAZÃO NÃO LHE ASSISTE, CONFORME SE VERÁ.

IMPORTANTE, NESSE CASO, OS ESCLARECIMENTOS TRAZIDOS PELO FISCO ÀS FLS. 302 DOS AUTOS, A SABER:

O SUJEITO PASSIVO BLÁ BLÁ BAR LTDA – EPP, FOI REGULARMENTE INTIMADO ATRAVÉS DO TERMO DE INTIMAÇÃO Nº 019/2016/DFTPASLLC RECEBIDO EM 25/04/2016 ATRAVÉS DO AR JH098099470BR, FLS. 20 A 22. O SUJEITO PASSIVO FOI INTIMADO A SE PRONUNCIAR SOBRE A POSSÍVEL FALTA DE EMISSÃO DAS NOTAS FISCAIS DE SAÍDA, APURADAS MEDIANTE CRUZAMENTO ELETRÔNICO DE DADOS, ENTRE AS INFORMAÇÕES PRESTADAS POR ELE E AS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO. SENDO AS INCONSISTÊNCIAS APURADAS ENVIADAS NO CORPO DA INTIMAÇÃO. DECORRIDOS MAIS DE 3 MESES, SEM A MANIFESTAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO, FOI LAVRADO O AUTO DE INÍCIO DA AÇÃO FISCAL Nº 10.000016758.31, RECEBIDO EM 03/08/2016 ATRAVÉS DO AR JR88487289BR, FLS. 18 E 19. EM 10/05/2016 O SUJEITO PASSIVO ALTEROU OS PGDAS NOS VALORES DAS INCONSISTÊNCIAS APURADAS PELO FISCO, CONFORME DOCUMENTOS QUE ELE ANEXOU POR AMOSTRAGEM EM FLS. 178 A 185, PORÉM NÃO COMPROVOU A EMISSÃO DOS DOCUMENTOS FISCAIS PARA LASTREAR OS VALORES APURADOS, SOMENTE FEZ A ALTERAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL VISANDO OCULTAR A FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E CONSEGUIR APURAR UM VALOR BEM INFERIOR DE ICMS A PAGAR, UTILIZANDO O PAGAMENTO ATRAVÉS DO SIMPLES

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

NACIONAL, PORÉM MESMO FAZENDO A ALTERAÇÃO NO PGDAS PARA DIMINUIR O VALOR DO ICMS A RECOLHER, O SUJEITO PASSIVO NÃO FEZ O PAGAMENTO DOS VALORES ATÉ A PRESENTE DATA.

A SIMPLES ALTERAÇÃO DO PGDAS NÃO É PROVA INEQUÍVOCA QUE EXISTIA DOCUMENTOS FISCAIS ANTES DA AÇÃO FISCAL. A PROVA INEQUÍVOCA SÃO OS DOCUMENTOS FISCAIS EMITIDOS NA DATA DA SAÍDA DAS MERCADORIAS, PARA COMPROVAR CADA UMA DAS OPERAÇÕES REALIZADAS. AS NOTAS FISCAIS OU OS CUPONS FISCAIS SÃO DOCUMENTOS HÁBEIS QUE COMPROVAM O ACOBERTAMENTO DAS OPERAÇÕES E TAIS DOCUMENTOS NÃO FORAM APRESENTADOS PELA IMPUGNANTE, QUE SE LIMITOU A ALTERAR O PGDAS. ESTES VALORES ALTERADOS SÃO OS MESMOS VALORES ENVIADOS PELO FISCO ATRAVÉS DO TERMO DE INTIMAÇÃO Nº 019/2016/DFTPASLLC, RECEBIDO EM 25/04/2016, CONFORME CONSTA EM FLS. 20 A 22.

(...)

PORTANTO, A AUTUADA NÃO COMPROVOU A EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS REFERENTES AOS VALORES APURADOS

Assim, cabe à Autuada, se for o caso, pleitear a restituição do indébito, caso tenha promovido pagamentos do parcelamento efetuado junto à Receita Federal, de parcelas do ICMS que tenham sido direcionadas a este Estado e que já tenham sido objeto de pagamento na denúncia espontânea por ela formalizada junto à SEF/MG.

Assim sendo, o feito fiscal afigura-se correto, sendo legítimas, pois, as exigências fiscais, constituídas pelo ICMS apurado, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada previstas nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, respectivamente.

Da Sujeição Passiva:

Quanto à sujeição passiva, há que se destacar que a inclusão dos sócios-administradores do estabelecimento autuado (Srs. Carlos Roberto de Oliveira e Valter Resende de Sousa) no polo passivo da obrigação tributária está respalda no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) c/c art. 21, § 2º inciso II da Lei nº 6.763/75.

Código Tributário Nacional (CTN)

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

[...]

III - Os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Lei nº 6.763/75

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

[...]

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

[...]

II - O diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

A infração narrada no Auto de Infração, devidamente caracterizada nos autos, não se confunde com mero inadimplemento da obrigação tributária, tratando-se, na verdade, de atos contrários à lei, de infrações em cuja definição o dolo específico é elementar.

Correta, portanto, a inclusão dos sócios supracitados no polo passivo da obrigação tributária, nos termos dos dispositivos legais acima transcritos.

Da Exclusão da Contribuintes do Simples Nacional:

No que concerne à exclusão de ofício da Contribuinte do regime do Simples Nacional, ao contrário da afirmação da Autuada, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, de forma reiterada, salvo ajuste da data inicial da referida exclusão que será abordado adiante, nos termos dos arts. 26, inciso I e 29, incisos V e XI da Lei Complementar n.º 123/06 e inciso IV, alíneas “d” e “j” e § 6º, inciso I, todos do art. 76 da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN n.º 94/11, vigente à época dos fatos geradores (revogada, posteriormente, pela Resolução CGSN n.º 140/18).

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;

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 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 XIII 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, observado o disposto nos arts. 57 a 59 e 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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, 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 desacobertadas 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

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.

Destaque-se, por oportuno, que o RPTA disciplina o contencioso administrativo e trata das notificações em seu art. 10:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Registre-se, por outro lado, que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CCMG 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 (PARCIAL)

“... 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.”

Cabe pontuar que merece reparo a data de apuração inicial considerada para fins de exclusão constante do Termo de Exclusão de fls. 69/70, que deverá ser a partir de fevereiro de 2014, data do segundo mês de apuração das infrações, ou seja, a data em que restou caracterizada, portanto, a prática reiterada da infração, nos termos do § 9º do art. 29, da Lei Complementar nº 123/06.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional para considerá-la somente a partir de 01/02/14. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Flávia Sales Campos Vale (Revisora) e Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 10 de setembro de 2020.

**Marco Túlio da Silva
Relator**

**Geraldo da Silva Datas
Presidente**