

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.598/12/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000168670-74
Impugnação: 40.010130354-52
Impugnante: Wal Móveis Ltda
IE: 001094564.00-13
Proc. S. Passivo: Eduardo Heleno Valadares Abreu
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO - DENÚNCIA ESPONTÂNEA. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas realizadas por meio de cartões de crédito/débito, informadas pelas Administradoras de cartões e os valores informados pela Autuada na Declaração Anual do Simples Nacional (DASN). Não tendo havido o pagamento do valor total devido do imposto, nos termos da Lei Complementar nº 123/06, fica descaracterizada a denúncia espontânea. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea "a", ambos da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. Comprovado nos autos que a Autuada promoveu saída de mercadorias desacobertas 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, alínea "j" da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11, o que acarretou a recomposição da conta gráfica desde a data do cometimento da infração. Corretas as exigências do ICMS e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Lançamento precedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Da Autuação

Trata a autuação de falta de recolhimento do ICMS, por empresa enquadrada no regime do Simples Nacional, no período de 01/03/09 a 31/08/10, em razão das irregularidades a seguir:

1 - saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante o confronto entre as vendas realizadas cujos recebimentos ocorreram por meio de cartões de crédito/débito (informadas pelas administradoras de cartões) e os valores lançados na Declaração Anual do Simples Nacional (DASN);

2 - exclusão do regime especial unificado de arrecadação de tributos e contribuições – Simples Nacional, nos termos do art. 29, incisos V e XI da Lei

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Complementar nº 123/06 c/c o art. 76, inciso IV, alínea "j" da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11, em decorrência das saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, acima apuradas. Para a exigência do imposto, o Fisco recompôs a conta gráfica da Autuada, concedendo-lhe os créditos pelas entradas.

Exige-se, originalmente, ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Posteriormente, houve uma rerratificação no Auto de Infração com a inclusão da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea "a" da Lei nº 6.763/75 (fls. 106/110).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 86/88, requerendo a improcedência do feito fiscal e o cancelamento do Termo de Exclusão do Simples Nacional.

Da Rerratificação e da Manifestação Fiscal

O Fisco, às fls. 106/110, rerratifica o Auto de Infração para inclusão da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea "a" da Lei nº 6.763/75, aplicável à saída de mercadoria desacoberta de documentos fiscais.

Regularmente intimada do Termo de Rerratificação, a Impugnante retorna aos autos, às fls. 112/115, reafirmando os termos de sua impugnação para a improcedência do lançamento.

O Fisco se manifesta às fls. 140/151, refutando as alegações da defesa e pedindo pela procedência do lançamento.

Da Instrução processual

A 2ª Câmara de Julgamento, na Sessão do dia 15/02/12, por meio do Acórdão nº 19.536/12/2ª, pelo voto de qualidade, declarou nulo o lançamento.

Apreciando o recurso de ofício da 2ª Câmara, na Sessão do dia 04/05/12, a Câmara Especial, pelo voto de qualidade, deu provimento ao recurso, tornando sem efeito a nulidade do lançamento e determinando o retorno dos autos à Câmara de Julgamento para análise do mérito, conforme Acórdão nº 3.858/12/CE.

DECISÃO

Trata a autuação de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante o confronto entre a receita real (somatório das vendas realizadas por meio de cartões de crédito/débito, informadas pelas administradoras de cartões) e os valores lançados na Declaração Anual do Simples Nacional – DASN, bem como o recolhimento de ICMS a menor, no período de março de 2009 a agosto de 2010.

A presente imputação fiscal teve por origem denúncia espontânea da Contribuinte, protocolizada em 05/10/10, referente à irregularidade de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais. Não obstante, o ICMS foi recolhido a menor, em decorrência da utilização indevida da alíquota prevista no Anexo I da Lei

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Complementar nº 123/06, contrariando o disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” dessa mesma lei.

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

Por conseguinte, lavrou-se o Termo de Exclusão do Simples Nacional, dando ciência à Impugnante/Autuada da sua exclusão de ofício a partir de março de 2009 (fls. 83/84), bem como, efetuou-se a recomposição da conta gráfica no regime débito/crédito, hipótese em que se verificou o recolhimento a menor do ICMS, objeto da segunda irregularidade imputada pelo Fisco.

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

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

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

(...)

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

VIII - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

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

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No trabalho fiscal foram constatadas saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, no período de março de 2009 a fevereiro de 2010. Neste caso, a alíquota adotada foi aquela prevista na legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, vale dizer, no art. 42, inciso I, alínea “e” do RICMS/02:

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;

Do exposto, constata-se que, inicialmente, o Fisco comprova a saída de mercadorias desacobertas, utilizando para cálculo do imposto devido a alíquota de 18% (dezoito por cento), nos termos do art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06, e não, em função da exclusão do Simples Nacional. Em consequência desse fato é que se promove a exclusão de ofício do regime diferenciado do Simples Nacional e recompõe a sua conta gráfica no período de março de 2009 a agosto de 2010.

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

Outra discussão trazida pela Impugnante diz respeito ao fato de ter ela protocolizado, em 05/10/10, denúncia espontânea visando sanar as irregularidades ora em discussão, e recolher o tributo não pago na época própria, nos termos do art. 138 do CTN c/c art. 207 do RPTA. Entende, nesses termos, estarem ilididas quaisquer práticas irregulares.

Com efeito, o art. 138 do CTN dispõe sobre a exclusão da responsabilidade no caso de denúncia espontânea:

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

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

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Por outro lado, e ainda que o ilícito tributário cometido tivesse sido objeto de denúncia espontânea própria e correta, a exclusão da Impugnante do regime simplificado não se pode ter como uma sanção a ser afastada por este instituto.

É que a adoção do benefício do regime do Simples Nacional é opção do contribuinte, desde que atendidas condições impostas pelos arts. 13 e 17 da Lei Complementar nº 123/06.

E a mesma lei dispõe que ocorrerá a exclusão do regime caso não sejam atendidos os procedimentos exigidos nos seus arts. 26 a 30.

Logo, a opção pelo regime simplificado não é amplo e irrestrito, mas condicionado e limitado, podendo qualquer contribuinte ser dele excluído, caso pratique qualquer um dos ilícitos tributários previstos na lei como condição para permanecer no regime simplificado.

Ocorrendo a exclusão do regime simplificado, o contribuinte simplesmente retorna ao regime normal de apuração pelo simples descumprimento voluntário das condições impostas para se operar com o benefício do regime simplificado.

Ademais, a perda do benefício da Impugnante decorreu do descumprimento de obrigação normal e comum de qualquer comerciante de emitir documento fiscal por ocasião da venda de mercadorias.

Em outro ponto de sua tese de defesa, a Impugnante argumenta que a exigência do imposto fora do regime do Simples Nacional somente poderia ocorrer após a revogação do § 2º, art. 9º da Resolução CGSN nº 30/08, trazendo para corroborar o seu entendimento a Consulta Interna nº 022/10 da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais.

Necessária se faz uma leitura do disposto no § 2º, art. 9º da Resolução CGSN nº 30/08:

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

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dezembro de 2006. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 50, de 22 de dezembro de 2008) (Vide art. 26 da Resolução CGSN nº 50, de 2008)

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

Art. 2º O tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o art. 1º desta Lei Complementar será gerido pelas instâncias a seguir especificadas:

I - Comitê Gestor do Simples Nacional, vinculado ao Ministério da Fazenda, composto por 4 (quatro) representantes da Secretaria da Receita Federal do Brasil, como representantes da União, 2 (dois) dos Estados e do Distrito Federal e 2 (dois) dos Municípios, para tratar dos aspectos tributários; e

(...)

§ 6º Ao Comitê de que trata o inciso I do caput deste artigo compete regulamentar a opção, exclusão, tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, dívida ativa, recolhimento e demais itens relativos ao regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, observadas as demais disposições desta Lei Complementar. (grifou-se)

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

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

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

E prossegue:

“Resoluções são atos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Executivo, que só deve expedir decretos) ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica.”

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

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

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

Não cabe, como quer a Impugnante, enxergar restrição onde a Lei Complementar não restringe, sendo despicienda a revogação do § 2º do art. 9º da Resolução CGSN nº 30/08 para que o imposto devido em razão de saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais seja apurado fora do âmbito do regime do Simples Nacional. Não procede, portanto, o argumento da Impugnante.

Por outro, há de se destacar que a Consulta Interna nº 053/11, publicada anteriormente à lavratura deste lançamento, orienta que, constatada a saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, deve-se exigir os impostos e penalidades cabíveis nos mesmos moldes aplicáveis aos contribuintes que apuram o imposto no regime normal de débito/crédito, *in verbis*:

CONSULTA INTERNA Nº 053/2011 – 09/05/2011

Assunto: Documento fiscal – Cruzamento de dados

Exposição/Pergunta:

Em trabalho fiscal de cruzamento de dados realizado a partir de informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito e débito, combinados com as informações constantes de planilha “Detalhamento de Vendas”, informados pelo contribuinte enquadrado no regime simplificado do Simples Nacional, dados estes confrontados com os faturamentos constantes das declarações apresentada pelo contribuinte à Secretaria da Receita Federal (PGDAS), foram encontradas as seguintes situações:

1 – contribuinte não emite documentos fiscais de todas as suas vendas. Não obstante, declara o faturamento correto (de todas as vendas) no PGDAS e recolhe o

imposto na forma simplificada do Simples Nacional, também sobre todas as vendas, inclusive sobre aquelas efetuadas sem cobertura fiscal;

2 – contribuinte não emite documentos fiscais para todas as suas vendas e também não declara no PGDAS as vendas desacobertadas, fazendo constar, portanto, um faturamento a menor na declaração (em contradição com a planilha “Detalhamento de Vendas”). Em consequência, recolhe a menor o imposto na forma simplificada.

Na legislação temos:

- a norma da LC 123/2006 (artigo 13, parágrafo 1º, inciso XIII, alínea f) determina que o contribuinte, em razão da operação desacobertada, deverá sofrer a incidência do ICMS conforme a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas;

- o artigo 25 da mesma Lei Complementar, em seu parágrafo 1º, define que a declaração (PGDAS) “constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos tributos e contribuições que não tenham sido recolhidos”;

- a norma do artigo 29 da citada Lei Complementar, em seu inciso XI, determina que “dar-se-á” a exclusão do Simples Nacional no caso de descumprimento da obrigação contida no inciso I do seu artigo 26, qual seja, a obrigação de emitir documento fiscal.

Pergunta-se:

1- A- No caso da falta de emissão de documento fiscal, mas com cumprimento da obrigação exigida no artigo 25 (declaração entregue à Secretaria da Receita Federal) e no artigo 13, especialmente em seu inciso VII (recolhimento do ICMS na forma simplificada), deve-se exigir o imposto e aplicar as penalidades referente ao valor total das saídas desacobertadas, conforme a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, apesar de ter havido declaração do faturamento e pagamento do imposto, no todo ou em parte, na forma simplificada?

B- Ou deve-se exigir apenas a multa isolada pela falta de emissão de documento fiscal, considerando que o imposto sobre as saídas desacobertadas foi declarado e pago pelo Regime do Simples Nacional?

C- Sendo positiva a resposta anterior (cobrança apenas de MI), qual será o parâmetro para cálculo do limitador previsto no §2º do Art. 55 da Lei 6763/75: 2,5 vezes o valor do imposto pago pelo regime diferenciado (Simples Nacional) ou 2,5 vezes o valor do imposto que

deveria ter sido pago pelo regime normal (Débito e Crédito) aplicável às demais pessoas jurídicas? Ou, numa terceira hipótese, a MI seria de 15% sobre o valor da operação considerando que não haveria imposto incidente na operação, já que a cobrança seria apenas de Multa Isolada?

2- Verificando-se a ocorrência da falta de emissão de documentos fiscais, deve-se primeiro proceder à exclusão da empresa do regime simplificado, conforme prevê o artigo 29 e parágrafos da Lei Complementar 123/2006, e só após o processo de exclusão exigir o ICMS sobre o valor omitido? Ou pode-se entender que, verificada a ocorrência de falta de emissão de documentos fiscais, o art. 29, inciso XI c/c art.26, inciso I, da referida LC 123/2006 autorizam a cobrança imediata do ICMS pelo regime normal do débito e crédito, sem a necessidade de processo de exclusão da empresa do Simples Nacional?

3- Quais os procedimentos definidos em nosso ordenamento para dar cumprimento ao que prevê o artigo 29 e parágrafos (especialmente o §3º) da Lei Complementar 123, sobretudo quando o motivo for a exclusão da empresa do regime simplificado pela falta de emissão de documento fiscal (art.29, inciso XI c/c art.26, inciso I da LC 123/2006)?

Fato motivador da consulta:

O fisco tem se deparado com diversas situações concretas no trabalho de tratamento de massa onde o contribuinte após motivação fiscal (intimação) e sem estar sob ação fiscal, antecipa-se à ação, substitui autonomamente o DAS e recolhe o imposto pelo SN, sem no entanto ter emitido as notas fiscais nos períodos correspondentes.

Resposta:

1 e 2 – Tendo sido constatada a saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal, o imposto e as penalidades cabíveis devem ser exigidos conforme o que estabelece a Lei nº 6.763/75, vale dizer, nos mesmos moldes aplicáveis aos contribuintes que apuram o imposto no regime normal de débito e crédito.

É de se ressaltar que a exigência do ICMS e das respectivas penalidades (MR e MI) à margem do regime do Simples Nacional decorre do expresso comando contido na Lei Complementar nº 87/96 (no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f”).

Tendo presente, ainda, o disposto no art. 29, inciso XI, da citada Lei Complementar, c/c o art. 4º da Resolução

nº 15/07, do Comitê Gestor do Simples Nacional, que “dispõe sobre a exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional)”, temos que a expedição do termo de exclusão da empresa do regime simplificado incumbe ao ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício.

Cumpra observar, por oportuno, que nada obsta a lavratura do mencionado termo de exclusão simultaneamente à cobrança do crédito tributário decorrente das operações desacobertadas (vide, a propósito, o Acórdão nº 19.032/10/2ª).

Cabe salientar que a denúncia espontânea, formulada por contribuinte enquadrado no regime simplificado do Simples Nacional, na hipótese de operação ou prestação desacobertada de documento fiscal, só pode ser deferida se acompanhada do recolhimento do tributo, observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas.

3 – Deverão ser observados os procedimentos contidos na Resolução CGSN nº 15/2007, acima mencionada, inclusive no que tange ao registro da exclusão no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federativo que a promoveu, nos termos do § 4º do art. 4º desta Resolução.

Isso posto, sendo inconteste a saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais e não efetuado o pagamento do todo devido, foi promovida a exclusão de ofício da Contribuinte do regime diferenciado do Simples Nacional e efetuada a sua recomposição da conta gráfica, com cobrança do ICMS devido, nos termos do art. 26, inciso I e art. 29, incisos V e XI, §§ 1º e 3º, todos da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 5º, incisos V e XIII, e art. 6º, inciso VI, todos da Resolução CGSN nº 15, de 23/07/07.

Veja-se, *in verbis*:

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;

(...)

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

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

(...)

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

(...)

§ 3º A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes. (*grifou-se*)

(...)

Resolução CGSN nº 15/07:

Art. 5º A exclusão de ofício da ME ou da EPP optante pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

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

(...)

XIII - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, observado o disposto no caput do art. 2º da Resolução CGSN nº 10, de 28 de junho de 2007;

(...)

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

(...)

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

Por conseguinte, correta também é a Multa de Revalidação exigida pelo não recolhimento tempestivo do ICMS devido, capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75:

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

Comprovada a não emissão de documentos fiscais na saída de mercadorias, ratifica-se a cobrança da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” da mesma lei acima citada:

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:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, por maioria de votos, em rejeitar a proposta da Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora) de retornar o PTA para ser pautado na 2ª Câmara de Julgamento, com base no que consta na ementa do Acórdão nº 3.858/12/CE. Vencida a Conselheira proponente. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencidos, em parte, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora) e Orias Batista Freitas, que o julgavam parcialmente procedente, para excluir o item 2 do Auto de Infração. Designado relator o Conselheiro José Luiz Drumond (Revisor). Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Eduardo Heleno Valadares Abreu e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participaram do julgamento, além do signatário e dos Conselheiros vencidos, o Conselheiro René de Oliveira e Sousa Júnior.

Sala das Sessões, 22 de agosto de 2012.

José Luiz Drumond
Presidente / Relator Designado / Revisor

R

20.598/12/3ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	20.598/12/3ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000168670-74	
Impugnação:	40.010130354-52	
Impugnante:	Wal Móveis Ltda.	
	IE: 001094564.00-13	
Proc. S. Passivo:	Eduardo Heleno Valadares Abreu	
Origem:	DFT/Belo Horizonte	

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, 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.

Está sendo submetido à apreciação da Câmara o lançamento que havia sido anteriormente apreciado pela 2ª Câmara de Julgamento que o julgou nulo conforme ementa do Acórdão 19.536/12/2ª, a saber:

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – NULIDADE - PROCEDIMENTO FISCAL IRREGULAR. CONSTATADO VÍCIO FORMAL DO LANÇAMENTO, TENDO EM VISTA NÃO TER SIDO SEGUIDA A REGRA CONSTANTE DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 15/07 QUE DETERMINA SER NECESSÁRIA A INTIMAÇÃO AO CONTRIBUINTE DA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL PARA APRESENTAR, SE QUISER, DEFESA CONTRA O ATO E, SOMENTE APÓS DECISÃO DEFINITIVA DESFAVORÁVEL TERÁ EFEITO DITA EXCLUSÃO. DESTA FORMA, SÓ DEPOIS DE CONCLUÍDO TODO O PROCESSO DE EXCLUSÃO, INCLUSIVE COM SEU REGISTRO NO PORTAL DO SIMPLES NACIONAL, PODE SER LAVRADO AUTO DE INFRAÇÃO EXIGINDO O ICMS PELO SISTEMA NORMAL DO IMPOSTO DEVIDO PELA EXCLUSÃO. NÃO TENDO A IMPUGNANTE SIDO EXCLUÍDA FORMALMENTE DO SIMPLES NACIONAL, NÃO PODERIA O FISCO FORMALIZAR AS EXIGÊNCIAS CONSTANTES DO ITEM 2 DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO O QUE DETERMINA SUA NULIDADE. DECLARADO NULO O LANÇAMENTO. DECISÃO PELO VOTO DE QUALIDADE.

Entretanto, analisando a questão a Câmara Especial de Julgamento reformulou esta decisão e encaminhou o processo para apreciação do mérito das exigências.

A primeira divergência entre este voto e a decisão majoritária da Câmara se refere ao fato de que este processo deveria ter seu mérito analisado pela própria Câmara que proferiu o julgamento da questão preliminar. Neste sentido, importante destacar que foi esta a decisão da Câmara Especial conforme se depreende da ementa do Acórdão n.º 3858/12/CE, *in verbis*:

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – SIMPLES NACIONAL – PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. CONSTATADO QUE O CONTRIBUINTE FOI REGULARMENTE CIENTIFICADO DO TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL, INTIMAÇÃO NA QUAL CONSTOU O PRAZO LEGAL DE TRINTA DIAS PARA O AUTUADO IMPUGNAR A EXCLUSÃO. DESTA FORMA, O REGISTRO DA EXCLUSÃO NO PORTAL DO SIMPLES NACIONAL, CONFORME ART. 4º, § 4º DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 15/07, NÃO É CONDIÇÃO PARA O LANÇAMENTO DE OFÍCIO, MAS UM REQUISITO FORMAL PARA A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO LANÇADO. OBSERVADO O DEVIDO PROCESSO LEGAL, PRIVILEGIANDO OS PRINCÍPIOS DA ECONOMIA PROCESSUAL E DA EFICIÊNCIA, REGULAR O PROCEDIMENTO FISCAL ADOTADO NO PRESENTE LANÇAMENTO. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA, DEVENDO OS AUTOS RETORNAR À CÂMARA DE JULGAMENTO PARA ANÁLISE DO MÉRITO. RECURSO DE REVISÃO PROVIDO. DECISÃO PELO VOTO DE QUALIDADE.

(GRIFOS NÃO CONSTAM DO ORIGINAL)

Quando a decisão acima transcrita cita a expressão “*Câmara de Julgamento*” não está se referindo a qualquer Câmara de Julgamento, mas àquela da qual procedeu a decisão reformada. Assim, o mais próprio seria que o processo retornasse à Câmara que já procedeu a uma primeira análise da matéria para que fizesse cumprir a decisão da Câmara Especial.

Contudo, vencida esta questão, passa-se à análise do mérito do presente lançamento o qual versa acerca das seguintes imputações fiscais:

1 - saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de 1º de março de 2009 a 28 de fevereiro de 2010, apuradas através do confronto entre as vendas realizadas por meio de cartões de crédito/débito (informadas pelas administradoras de cartões) e os valores lançados na Declaração Anual do Simples Nacional (DASN);

2 – recolhimento a menor do ICMS, no período de 1º de março de 2009 a 31 de agosto de 2010, apurado mediante composição da conta gráfica, uma vez que as saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, ensejariam a exclusão do contribuinte do regime especial unificado de arrecadação de tributos e contribuições - Simples Nacional.

Originalmente o Auto de Infração continha as exigências de ICMS e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75. Posteriormente, houve uma rerratificação do Auto de Infração com a inclusão da Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55 da Lei n.º 6.763/75 (fls. 106/110).

Destaque-se que foi protocolizada junto à Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, em 05 de outubro de 2010, denúncia espontânea referente a mercadorias desacobertas de documentos fiscais, sendo os valores recolhidos a título de ICMS abatidos no cálculo do crédito tributário.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Desta forma, em relação ao item 1 do Auto de Infração e diante do reconhecimento da situação pelo contribuinte, não há divergência entre este voto e a decisão majoritária.

A divergência se refere ao fato de que estas saídas desacobertas, e o reconhecimento de sua existência apenas se concretizando com o julgamento administrativo final da questão, não permitem a exigência da desclassificação da empresa do Simples Nacional.

Neste sentido, veja-se o exato conteúdo do Auto de Infração em análise que tem em seu relatório os seguintes dizeres:

“Constatou-se, mediante verificação fiscal, que o sujeito passivo, acima identificado, incorreu nas seguintes irregularidades, ensejando a formalização do crédito tributário:

1 - promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de 01/03/2009 a 28/02/2010, no montante de R\$ 235.174,76 (duzentos e trinta e cinco mil, cento e setenta e quatro reais e setenta e seis centavos), apuradas através do confronto entre as vendas realizadas por meio de cartões de crédito/débito (informadas pelas administradoras de cartões) e os valores lançados na Declaração Anual do Simples Nacional (DASN).

Foi protocolizada junto à Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, em 05/10/2010, denúncia espontânea referente a mercadorias desacobertas de documentos fiscais, sendo os valores recolhidos a título de ICMS abatidos no cálculo do crédito tributário, resultando ainda imposto a recolher no valor original de R\$ 36.692,26 (trinta e seis mil, seiscentos e noventa e dois reais e vinte e seis centavos), nos termos do artigo 13, parágrafo 1º, inciso XIII, alínea "f" da Lei Complementar 123/2006, conforme demonstrado no Anexo 1 e 3.

2 - recolheu ICMS a menor, no período de 01/03/2009 a 31/08/2010, no valor original de R\$ 223.087,18 (duzentos e vinte e três mil, oitenta e sete reais e dezoito centavos), apurado mediante composição da conta gráfica, Anexo 2, uma vez que as saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, acima apuradas, ensejam a exclusão do contribuinte do regime especial unificado de arrecadação de tributos e contribuições - Simples Nacional, nos termos do art. 29, incisos V e XI, da Lei Complementar 123/06, conforme "Termo de Exclusão do Simples Nacional", anexo a este auto de infração.

Observações:

1 - foi providenciada a intimação do contribuinte dando-lhe ciência da sua exclusão de ofício, através do "Termo de Exclusão do Simples Nacional", conforme artigo 4, parágrafo 3º da Resolução CGSN nº 15, de 23/07/2007;

2 - a Resolução nº 15 constante do campo "infringência/penalidade" deste auto de infração refere-se a Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), de 23/07/2007.

3 - onde se lê "Lei Federal 123/06, art. 13, inciso XIII parag. 1º, alínea "f", leia-se: Lei Complementar 123/06, artigo 13, parágrafo 1º, inciso XIII, alínea "f".

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Isolada, ambas capituladas no artigo 56, inciso II, da Lei nº 6763/75.”

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

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

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

Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados pelo Comitê Gestor.

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

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

.....

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

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

.....

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

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

Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007

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

.....
EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

Art. 2º A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação da microempresa (ME) ou da empresa de pequeno porte (EPP) optante.

.....
EXCLUSÃO DE OFÍCIO

Art. 4º A competência para excluir de ofício ME ou EPP do Simples Nacional é da RFB e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

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

§ 2º Revogado.

§ 3º Será dado ciência do termo a que se refere o § 1º à ME ou à EPP pelo ente federativo que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação.

§ 3º-A Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de que trata o § 1º, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 6º.

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

§ 4º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federativo que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro.

§ 5º O contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício será de competência do ente federativo que efetuar a exclusão, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

.....
Art. 5º A exclusão de ofício da ME ou da EPP optante pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

negócio ou atividade que estiverem intimadas a apresentar, e nas demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública;

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

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

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

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

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

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

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

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

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

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

XIII - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, observado o disposto no caput do art. 2º da Resolução CGSN nº 10, de 28 de junho de 2007;

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EFEITOS DA EXCLUSÃO

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

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

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

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

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

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

VI - nas hipóteses previstas nos incisos II a X, XIII e XIV do art. 5º, a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo regime diferenciado e favorecido do Simples Nacional pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes;

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

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

.....
§ 6º O prazo de que trata o inciso VI do caput será elevado para 10 (dez) anos caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável na forma do Simples Nacional.

.....
§ 8º A ME ou a EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

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

contribuições, devidos de conformidade com as normas gerais de incidência, acrescidos, tão-somente, de juros de mora, quando efetuado antes do início de procedimento de ofício.

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

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

Subseção II

Da Exclusão de Ofício

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

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 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.

§ 3º Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76.

§ 4º Não havendo impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76.

§ 5º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federado que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro.

§ 6º Fica dispensado o registro previsto no § 5º para a exclusão retroativa de ofício efetuada após a baixa no CNPJ, ficando os efeitos dessa

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

exclusão condicionados à efetividade do termo de exclusão na forma prevista nos §§ 3º e 4º.

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

O dispositivo acima transcrito traz verdadeiro roteiro a ser seguido pelos estados no caso de desclassificação de empresas do Simples Nacional. A análise destas normas do Comitê Gestor do Simples Nacional demonstram que efetivamente tem o Estado de Minas Gerais competência para excluir de ofício micro ou pequenas empresas Simples Nacional desde que verificada a ocorrência de uma das situações apontadas no art. 5º da Resolução CGSN n.º 15/07.

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

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

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

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

Neste ponto destaca-se que existe no presente processo um termo de exclusão (fl. 83). Contudo, não é simplesmente a lavratura de termo de exclusão que garante ao Estado a possibilidade de exigir, de forma retroativa e sem os efeitos da opção pelo Simples Nacional, os valores que entende devidos.

Note-se que o termo apenas surtirá efeitos para fins de inscrição no Portal do Simples Nacional e exigência dos tributos pelos sistemas normais de apuração e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pagamento, no caso do contribuinte impugná-lo, como é o caso dos autos, após o julgamento na esfera administrativa.

Assim, para que o termo existente nos autos autorizasse a exigência consubstanciada no item 2 do Auto de Infração e cumprisse os efeitos ditados pela Resolução e o Estado pudesse dar sequência aos passos anteriormente apontados, deveria haver o julgamento do próprio termo e da situação que ensejou sua lavratura. Como apenas neste momento se analisa e configura a ocorrência de saídas desacobertada, não é possível exigir de forma retroativa os valores como se a Impugnante não mais estivesse no regime do Simples Nacional.

Portanto, devem ser excluídas as exigências do item 2 do Auto de Infração.

Além disto, nem poderia ter sido registrada a exclusão de ofício no Portal do Simples Nacional na *internet*, pelo Fisco Mineiro, conforme determinava o § 4º do art. 2º da Resolução CGSN n.º 15/07, pois não foi apreciado o motivo que ensejou a exclusão de ofício e esta não poderia surtir quaisquer efeitos uma vez que estes são condicionados a esse registro.

Veja-se que a falta de registro demonstra que, efetivamente, a Impugnante ainda não foi devidamente excluída do Simples Nacional e, sendo assim, não podem ser formalizadas as exigências relativas ao item 2 do Auto de Infração ora analisado.

Não tendo ficado caracterizada a correção da exclusão do Simples Nacional no caso em tela, não poderia o Fisco lavrar o presente Auto de Infração que exige, em seu item 2, justamente os valores relativos aos efeitos da exclusão, quais sejam, os valores do ICMS nos termos da legislação geral de regência do imposto.

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

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

Não cumpridos os requisitos a Impugnante não pode ser considerada como excluída do regime do Simples Nacional e, conseqüentemente, não pode o Fisco formalizar as exigências constantes do item 2 do Auto de Infração para dela exigir o imposto devido na forma aplicável às demais pessoas jurídicas.

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

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

ACÓRDÃO Nº 19.032/10/2ª

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - CONCLUSÃO FISCAL - CONSTATADO, POR MEIO DE CONCLUSÃO FISCAL, PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 194, INCISO V DO RICMS/02, QUE A AUTUADA DEU SAÍDA A

MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. PROCEDIMENTO FISCAL LEVADO A EFEITO A PARTIR DO CONFRONTO ENTRE AS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO E OS REGISTROS CONSTANTES DOS LIVROS FISCAIS. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA PREVISTA NO INCISO II DO ART. 55 DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO DE OFÍCIO - SAÍDA DESACOBERTADA - UMA VEZ COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CORRETA A SUA EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISOS V E XI DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, C/C O ART. 5º, INCISOS V E XIII DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 15/07. IMPUGNAÇÃO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

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

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

Cabe a ressalva de que, no caso do item 1 do Auto de Infração, a exigência nos termos das normas aplicáveis aos contribuintes lançados por débito e crédito está prescrita na própria Lei Complementar n.º 123/96.

Cumprindo ainda destacar que hoje a exigência da norma legal para desclassificação de empresas do regime do Simples Nacional é a de configuração de saídas reiteradas de mercadorias desacobertadas e, no caso em tela, apenas ficou configurada a situação a partir de uma denúncia espontânea. Como o Auto de Infração contém apenas uma imputação fiscal que só pode ser exigida depois do julgamento administrativo, somente após findo todo o processo administrativo se concretiza a exigência e, apenas aí, torna-se a imputação fiscal configurada.

Portanto, no caso, se vencidas todas as premissas que são intransponíveis no caso dos autos, ainda haveria de se verificar se ficou configurado o requisito expresso da legislação de saídas reiteradas de mercadorias desacobertadas. Como nos autos não há comprovação de procedimento reiterado, também neste requisito esbarraria o feito fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento para excluir o item 2 do Auto de Infração.

Sala das Sessões, 22 de agosto de 2012.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira**

CC/MIG