

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.116/16/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000989560-07
Impugnação: 40.010140008-57
Impugnante: Comercial de Calçados Vieira Ltda. - ME
IE: 001065386.00-48
Proc. S. Passivo: Emiliano Fernandes Bernardes/Outro(s)
Origem: DFT/Uberaba

EMENTA

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. Constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal reconhecida pela Impugnante com o parcelamento do crédito tributário. Procedente a exclusão do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, §§ 1º e 3º 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 2011. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de exclusão do Simples Nacional em decorrência da constatação, conforme discriminado no Auto de Infração nº 01.000415480-25, de prática reiterada de infração à legislação tributária em razão de saídas de mercadorias sem a emissão de documento fiscal, nos termos do art. 29, incisos V e XI, §§ 1º e 3º, da 3ª da Lei Complementar nº 123/06 e art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I, da Resolução CGSN nº 94, de 2011.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 227 a 245, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 256/262.

DECISÃO

Conforme relatado, trata-se da exclusão da Contribuinte do regime do Simples Nacional em decorrência da constatação, conforme discriminado no Auto de Infração nº 01.000415480-25, de prática reiterada de infração à legislação tributária em razão de saídas de mercadorias sem a emissão de documento fiscal.

Conforme consta dos autos, aos 21 dias do mês de janeiro de 2016, foi lavrado Auto de Infração nº 01.000415480-25 para exigir-se da Impugnante o recolhimento de ICMS e multas cabíveis, referentes à ocorrência de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante verificação fiscal analítica de documentos extrafiscais, no período compreendido entre 01/06/11 a 30/04/13.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tendo em vista o cometimento da infração que ensejou a autuação relatada, a Fiscalização deu início ao processo de exclusão, de ofício, do regime do Simples Nacional, mediante lavratura do Termo de Exclusão do Simples Nacional (TESN) nº 09452973/09701210/21012016, nos termos do art. 29, incisos V e XI, §§ 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06 c/com o art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I da Resolução CGSN nº 94/11.

A Impugnante alega em sua defesa:

- que não restou provada a ocorrência de prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123/06 em razão de não constar do Auto de Infração nº 01.000415480-25, alguma prova que induza a esse entendimento, e nem suporte fático para a alegação de omissão de receita referente aos exercícios de 2011 e seguintes;

- que não poderia ter sido exigido a contabilidade completa por ser optante pelo Simples Nacional, não sendo possível aceitar o arbitramento realizado para a verificação da base de cálculo e apuração de tributos;

- que o regime do Simples Nacional é norteado por princípios constitucionais e que não há possibilidade de os efeitos da exclusão retroagirem ao período das atividades da empresa sob pena de inconstitucionalidade;

- que os arts. 17, inciso V e 29, incisos IX e X, ambos da LC 123/06, são inconstitucionais;

- que a exclusão das ME e EPP da sistemática do Simples Nacional viola o princípio da capacidade contributiva, aduzindo ser inconstitucional a referida exclusão quando baseada na falta de pagamento de tributos, salientando que assim que foi intimada do Auto de Infração nº 01.000415480-25 procedeu ao parcelamento dos valores apurados;

- que é ilegítimo o ato administrativo que deu início ao processo de exclusão por não obedecer ao princípio da moralidade administrativa e, por não possuir motivação comprovada;

Todavia, como resta comprovado nos autos, razão não assiste à Impugnante.

Assim que foi intimada do Auto de Infração nº 01.000415480-25 procedeu ao parcelamento dos valores exigidos decorrentes das infringências à legislação tributária nele descritas (fls. 221/225), o que implica, conforme prescreve o art. 204, do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, em confissão irretratável do débito, *in verbis*:

Art. 204. O pedido de parcelamento implica a confissão irretratável do débito e a expressa renúncia ou desistência de impugnação ou qualquer recurso, administrativo ou judicial, ou de ação judicial.

Restando, portanto, a comprovação, inequívoca, da ocorrência de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais tendo em vista a confissão

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

irretratável do débito e a expressa renúncia de impugnação, conforme disposto no art. 204, do RPTA acima transcrito.

Cumpre salientar que a prática infracional acima descrita, conforme constatada na lavratura do AI nº 01.000415480-25, ocorreu de forma reiterada, tornando-se, por conseguinte, evidente a fundamentação legal para que se desse início ao processo de exclusão de ofício da Impugnante do regime do Simples Nacional, devendo ser considerada como data inicial de apuração para fins da referida exclusão o dia 1º de junho de 2011, nos termos dos artigos 26, inciso I, e 29, incisos V e XI da Lei Complementar n.º 123/06, c/com o inciso IV, alíneas “d” e “j”, e § 6º, inciso I, do art. 76 da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11:

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:

(...)

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

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

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

(...)

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

(...)

§ 9º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput: I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou (...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

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

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

(...) (Grifou-se)

Resulta evidenciado a partir da análise das disposições legais de regência da matéria que, à vista da constatação da realização de operações com mercadorias sem o devido acobertamento documental, a exclusão do regime do Simples Nacional constitui necessário consectário da conduta infracional.

Não procede a alegação, apresentada pela Recorrente de que não resta provada a ocorrência de prática reiterada de infração ao disposto na mencionada lei Complementar em razão de não constar do Auto de Infração nº 01.000415480-25, alguma prova que induza ao entendimento de prática infracional reiterada, bem como a sustentação da impossibilidade de retroagir o efeito do ato de exclusão à data inicial aludida anteriormente.

A prática reiterada de realização de operações com mercadorias sem o devido acobertamento documental resta provada com a respectiva documentação de prova desta infração no mencionado Auto de Infração pela Fiscalização e avalizada pela própria Impugnante mediante reconhecimento do débito em razão de parcelamento. A reiteração do cometimento do ilícito restou demonstrado na medida em que a saída sem emissão de documento fiscal ocorreu pelo período de quase 2 (dois) anos, bem mais do que suficiente para configuração da prática reiterada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No que concerne ao início do processo de exclusão de ofício da Impugnante do regime do Simples Nacional, o procedimento adotado pela Fiscalização é legítimo e legal não ferindo, em momento algum, o princípio da moralidade administrativa, e qualquer outro princípio constitucional, tendo sido respeitados todos os requisitos de validade do ato administrativo (competência, forma, finalidade, motivo e objeto).

Ressalte-se que o procedimento adotado pela Fiscalização do qual decorreu o lançamento mediante AI nº 01.000415480-25 ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Contribuinte para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I e VII do RICMS/02, nos seguintes termos:

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

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

Saliente-se que a cobrança de todo e qualquer tributo é realizada mediante atividade administrativa plenamente vinculada, conforme disposto no art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN), devendo ser respeitadas todas as normas previstas na legislação tributária vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, não sendo permitido à Fiscalização qualquer juízo de valor quanto a serem justas ou não as leis que vigem em nosso Sistema Tributário.

Como ressaltado anteriormente, toda a ação fiscal que ensejou a lavratura do Auto de Infração nº 01.000415480-25 e o Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 09452973/09701210/21012016 foi realizada em perfeita consonância com a Legislação Tributária vigente, restando perfeitamente caracterizada a validade e a eficácia do referido procedimento administrativo adotado pela Fiscalização de exclusão da Impugnante, de ofício, do regime de tributação pelo Simples Nacional, nos termos apresentados no TESP nº 09452973/09701210/21012016.

Acentue-se que a adoção 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 é a própria lei que dispõe que ocorrerá a exclusão do regime caso não sejam atendidos os procedimentos por ela exigidos.

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 referido regime.

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Reitera-se que a Fiscalização, ao proceder à exclusão da Impugnante do regime do Simples Nacional, agiu estritamente em consonância aos ditames legais e em especial observância ao disposto no parágrafo único do art. 142 do CTN, *verbis*:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação e, por consequência, procedente a exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Andréia Fernandes da Mota e Fernando Luiz Saldanha.

Sala das Sessões, 23 de junho de 2016.

Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente / Revisor

Luiz Geraldo de Oliveira
Relator