

Acórdão: 4.716/17/CE Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001068857-20
Recurso de Revisão: 40.060141497-40
Recorrente: 2ª Câmara de Julgamento
Recorrida: Rômulo Mendes Pereira - ME
Proc. S. Passivo: Tiago Soares Nolasco
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA.
Comprovado nos autos que a Recorrida promoveu saídas 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, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11. Reformada a decisão anterior.
Recurso de Revisão conhecido e provido à unanimidade.

RELATÓRIO

Trata-se de exclusão do Simples Nacional em decorrência da constatação, conforme discriminado no Auto de Infração nº 01.000428951-79, 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 Lei Complementar nº 123/06 e art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I, da Resolução CGSN nº 94/11.

A 2ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 21.192/16/2ª, pelo voto de qualidade, julgou procedente a impugnação, rejeitando-se a exclusão do Simples Nacional. Vencidos os Conselheiros Marco Túlio da Silva (Revisor) e Hélio Victor Mendes Guimarães, que a julgavam improcedente.

Mediante declaração na decisão, foi interposto de ofício, pela 2ª Câmara de Julgamento, o presente Recurso de Revisão.

DECISÃO

Da Preliminar

Superadas as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, inciso I e § 2º do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida, desfavorável à Fazenda Pública Estadual, foi tomada pelo voto de qualidade, é cabível o presente Recurso de Revisão.

Do Mérito

Cumprido de início ressaltar que esta decisão engloba o reexame da matéria, cuja decisão foi contrária à Fazenda Pública Estadual, inclusive aquela não decidida pelo voto de qualidade, nos termos do disposto no § 2º do art. 163 c/c o parágrafo único do art. 168, todos do RPTA.

Ressalta-se que os fundamentos expostos no voto vencido do Conselheiro Marco Túlio da Silva, foram utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente acórdão, salvo pequenas alterações.

Conforme relatado, trata-se da exclusão da Recorrida do regime do Simples Nacional em decorrência da constatação de prática reiterada de infração à legislação tributária em razão de saídas de mercadorias sem a emissão de documento fiscal.

Tais ilícitos foram apurados mediante levantamento, confronto e apuração de vendas realizadas sem a emissão de documentos fiscais.

Diante da apuração da irregularidade, a Fiscalização procedeu à exclusão da Recorrida do Simples Nacional, conforme Termo de Exclusão de fls. 02.

A teor do que dispõe a legislação de regência do regime do Simples Nacional, o fato de a Recorrida ter reconhecido o crédito tributário decorrente das saídas de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais e até o quitado, não afasta a infração cometida que motiva e fundamenta a exclusão em questão.

A Lei Complementar nº 123/06, além de tratar das obrigações dos optantes pelo Simples Nacional, prevê a exclusão de ofício do referido regime, caso seja praticado qualquer um dos ilícitos tributários previstos na lei como condição para permanecer no regime simplificado. No caso em análise, dispõe a 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;

II - manter em boa ordem e guarda os documentos que fundamentaram a apuração dos impostos e contribuições devidos e o cumprimento das obrigações acessórias a que se refere o art. 25 desta Lei Complementar enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes.

(...)

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.

§ 2º O prazo de que trata o § 1º deste artigo 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 segundo o regime especial previsto nesta Lei Complementar.

§ 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.

(...)

§ 6º Nas hipóteses de exclusão previstas no caput, a notificação:

I - será efetuada pelo ente federativo que promoveu a exclusão; e

(...)

(Grifou-se).

Ao dispor sobre a exclusão do Simples Nacional, o Comitê Gestor do Simples Nacional editou a Resolução CGSN nº 15/07, que foi revogada pela Resolução CGSN nº 94/11, que assim trata a matéria:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

§ 7º Ainda que a ME ou EPP exerça exclusivamente atividade não incluída na competência tributária municipal, se possuir débitos tributários junto à Fazenda Pública Municipal, o Município poderá proceder à sua exclusão do Simples Nacional, observado o disposto no inciso V do caput e no § 1º, ambos do art. 76.

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

(...)

d) tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar n.º 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:

I - a ocorrência, em dois ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos cinco anos.

(Grifou-se).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cabe pontuar que a Lei Complementar nº 123/06, ao tratar das vedações ao ingresso no Simples Nacional, dispõe sobre situação que em uma primeira análise pode até induzir ao entendimento de aplicar-se ao caso em tela. Veja-se:

Das Vedações ao Ingresso no Simples Nacional

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

V - que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

(...)

Do dispositivo retromencionado, depreende-se que sequer pode ingressar no regime do Simples Nacional as empresas em débito com as Fazendas Públicas. Reiterando, o art. 17 da norma legal citada está inserido na sessão de vedações ao ingresso no Simples Nacional, e não na de exclusão do referido regime.

Ocorre que na eventualidade de ingresso de empresa com débito, tão logo seja constatado, será tal débito motivo para exclusão, nos termos do inciso IV do art. 31 da referida lei, sendo permitida a permanência da empresa apenas na hipótese de comprovação da regularização do referido débito no prazo de 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da exclusão (§ 2º do art. 31). Confira-se:

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - na hipótese do inciso V do caput do art. 17 desta Lei Complementar, a partir do ano-calendário subseqüente ao da ciência da comunicação da exclusão;

(...)

§ 2º Na hipótese dos incisos V e XVI do caput do art. 17, será permitida a permanência da pessoa jurídica como optante pelo Simples Nacional mediante a comprovação da regularização do débito ou do cadastro fiscal no prazo de até 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da comunicação da exclusão.

Contudo, esse não é caso dos autos.

No presente caso, até há a regularização de débito, em aparente similitude com o § 2º transcrito acima, mas o débito quitado é decorrente de autuação fiscal, o que não se confunde com o débito citado no inciso V do art. 17, preexistente à inclusão no regime do Simples Nacional, uma vez que constante da seção da LC nº 123/06 que trata das vedações ao ingresso no referido regime, o que diferencia os fatos dos autos da situação descrita na norma (§ 2º do art. 31 da LC nº 123/06).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, restou demonstrado que a Recorrida praticou atos previstos na lei como ensejadores da exclusão de ofício do Simples Nacional, na medida em que as irregularidades apuradas configuraram prática reiterada de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, ensejando a exclusão do regime simplificado.

Na mesma linha já decidiu esse órgão julgador. Cite-se os Acórdãos nº 22.103/16/1ª, 21.191/16/2ª e 22.152/16/3ª.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, à unanimidade, em lhe dar provimento, reformando a decisão recorrida, para manter a exclusão do Contribuinte do regime do Simples Nacional. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Joana Faria Salomé. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Vander Francisco Costa (Revisor), Marcelo Nogueira de Moraes, Marco Túlio da Silva e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 27 de janeiro de 2017.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

Eduardo de Souza Assis
Relator