

Acórdão: 22.701/21/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001477272-91
Impugnação: 40.010149323-93
Impugnante: Restaurante Piumhi Eireli
IE: 515316881.00-07
Proc. S. Passivo: Igor Alves Dias de Souza/Outro(s)
Origem: DF/Poços de Caldas

EMENTA

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO – MERCADORIA DESACOBERTADA. Correta a exclusão do regime 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 art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/11. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente PTA versa sobre a exclusão da Impugnante acima identificada, do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, por ter a Impugnante, conforme PTA nº 01.001.230876-25, incorrido nas irregularidades capituladas no art. 29, incisos V e XI, § 1º, 3º e § 9º, inciso I da Lei complementar 123/06, regulamentado pelo o art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j”, § 3º e 6º, inciso I da Resolução CGSN nº 94/11, vigente à época dos fatos.

O PTA nº 01.001230876-25 foi impugnado e, após análise do Fisco, ocorreu o acatamento parcial do pleito, em relação à exclusão da Coobrigada Kátia Maria Lara Melo, permanecendo o Coobrigado José dos Reis Melo.

A Contribuinte reconheceu o débito tributário, aderiu ao parcelamento (Requerimento de Parcelamento nº 12.084.477.600-18 - fls. 125), mantendo, porém, o questionamento em relação à exclusão do Simples Nacional.

Inconformada, a Autuada e os Coobrigados José dos Reis Melo e Kátia Maria Lara Melo apresentam, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 131/144, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 184/196.

Em sessão realizada em 10/06/21, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em deferir o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves, nos termos da Portaria nº 04, de 16/02/01, marcando-se extrapauta para o dia 17/06/21, ficando proferidos os votos das Conselheiras Gislana da Silva Carlos (Relatora), Ivana Maria de Almeida (Revisora) e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cindy Andrade Moraes, que julgavam improcedente a impugnação relativa ao Termo de exclusão do Simples Nacional.

DECISÃO

Conforme relatado, trata o presente contencioso da exclusão da Contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI e §§ 1º e 3º 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, uma vez que restou comprovada a prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias - exigida no Auto de Infração nº 01.001.230.876-25)

A Autuada reconhece a irregularidade imputada no Auto de Infração supracitado, parcelando o crédito tributário constituído, por meio do Parcelamento nº 12.084.477.600-18, fls. 125.

Aos 07/10/19, a Contribuinte é cientificada da exclusão do Simples Nacional, conforme AR (Aviso de Recebimento), às fls. 118/120.

A Impugnante discorda da sua exclusão ao argumento de que o Auto de Infração retromencionado, que deu causa à lavratura do Termo de Exclusão do Simples Nacional, foi parcelado.

Aduz que não houve prática reiterada de infração, a qual culminou na emissão do Termo de Exclusão do Simples Nacional, pois a recorrente jamais foi autuada, com decisão transitada em julgado, pelo cometimento da mesma infração, prejudicada a alegação de prática reiterada;

Pede que o efeito da exclusão do regime de tributação do Simples Nacional se dê apenas a partir do trânsito em julgado e não retroaja à época dos fatos e alega ainda que não houve prévia instauração de processo administrativo para a quebra de sigilo bancário no fornecimento dos dados por parte das operadoras de cartão de crédito/ débito e similares.

Porém, a teor do que dispõe a legislação de regência do regime do Simples Nacional, o fato de a Contribuinte ter requerido o parcelamento do crédito tributário não afasta a infração cometida que deu ensejo à perda do benefício, bem como não a autoriza que permaneça no regime de tributação simplificado.

Ressalte-se que, nos termos do art. 204 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, a Impugnante admitiu que praticou o ilícito, uma vez que parcelou o débito decorrente do Auto de Infração. Confira-se:

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.

A fundamentação para a exclusão da Contribuinte do Simples Nacional é exatamente a mesma na qual se baseou a lavratura do citado Auto de Infração, qual seja, a ocorrência reiterada de infração à legislação tributária em razão de saída de mercadorias desacobertadas.

A propósito da matéria, assim dispõe a Lei Complementar nº 123/06, *in verbis*:

Das Obrigações Fiscais Acessórias

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;

(...).

Da Exclusão do Simples Nacional

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:

(...)

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”.

(...)

§ 5º A competência para exclusão de ofício do Simples Nacional obedece ao disposto no art. 33, e o julgamento administrativo, ao disposto no art. 39, ambos desta Lei Complementar.

(...)

§ 9º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, 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.

(...)

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: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

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. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

§ 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 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.

Dessa forma, a legislação determina a exclusão do contribuinte do regime favorecido e simplificado a que se refere a Lei Complementar nº 123/06 quando restar comprovada, entre outras, a prática reiterada da infração de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, conforme estabelece o art. 76 da Resolução CGSN nº 94/11, *in verbis*:

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 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

§ 3º A ME ou 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. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 32, caput)

(...)

§ 6º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j" e "k" do inciso IV do caput: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 9º)

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-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento, em um ou mais procedimentos fiscais;

(...)

Portanto, a prática reiterada independe de trânsito em julgado, bastando 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-calendário, sendo que no presente caso, as idênticas infrações foram formalizadas por intermédio de Auto de Infração.

A emissão de documento fiscal de venda é uma obrigação acessória a que estão sujeitos todos os contribuintes do ICMS que tem como atividade a circulação de mercadorias e serviços e refere-se tanto para mercadorias com tributação normal, quanto para aquelas sujeitas ao regime da substituição tributária, inclusive abrangendo as operações com mercadorias isentas e/ou imunes.

Restou demonstrado que a Impugnante, promoveu saídas de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, ensejando a exclusão do regime simplificado, não podendo, dessa forma, usufruir dos benefícios do referido regime pelo prazo de 3 (três) anos.

O fato de a Impugnante haver regularizado o Auto de Infração, junto à Fazenda Estadual, e vir cumprindo com as obrigações principais e acessórias para se manter neste regime de recolhimento apenas demonstra que este reconheceu ter deixado de emitir os documentos fiscais de saída no período autuado, e reconhece, portanto, o mérito da autuação, como prediz o art. 217, § 3º da Lei nº 6.763/75 e o art. 5º, § 4º, inciso II da Lei Estadual 22.549/17.

Lei nº 6.763/75

Art. 217. O Poder Executivo poderá realizar transação, conceder moratória, parcelamento de débito fiscal e ampliação de prazo de recolhimento de tributo, observadas,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

relativamente ao ICMS, as condições gerais definidas em convênio.

(...)

§ 3º O pedido de parcelamento implica a confissão irretratável do débito e a expressa renúncia ou desistência de qualquer recurso, administrativo ou judicial, ou de ação judicial.

Lei nº 22.549/17

Art. 5º. O crédito tributário relativo ao ICMS, a suas multas e aos demais acréscimos legais, vencido até 31 de dezembro de 2016, formalizado ou não, inscrito ou não em dívida ativa, ajuizada ou não sua cobrança, poderá ser pago à vista ou parceladamente, observados a forma, os prazos e as condições previstos neste artigo e em regulamento.

(...)

§ 4º O disposto neste artigo:

(...)

II - fica condicionado:

a) à desistência de ações ou embargos à execução fiscal, nos autos judiciais respectivos, e à desistência de impugnações, defesas e recursos apresentados no âmbito administrativo;

b) à renúncia ao direito sobre o qual se fundam ou se fundariam as ações judiciais;

c) à desistência, pelo advogado do sujeito passivo, de cobrança ao Estado de eventuais honorários de sucumbência;

d) ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios

A exclusão de ofício do regime de tributação do Simples Nacional, nos casos de constatação de falta de emissão de documento fiscal nas operações de saída é fato incontroverso no Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CCMG, conforme excertos de acórdãos infratranscritos:

ACÓRDÃO: 21.784/18/2ª

EMENTA SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. CORRETA A EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISO V E XI, §§ 1º E 3º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 C/C OS ARTS. 75 E 76, INCISO IV, ALÍNEAS "D" E "J" DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11.

IMPUGNAÇÃO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO: 22.924/18/1ª

EMENTA SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. CORRETA A

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISO V E XI, §§ 1º E 3º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 C/C OS ARTS. 75 E 76, INCISO IV, ALÍNEAS “D” E “J” DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11. IMPUGNAÇÃO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO: 22.874/18/1ª

EMENTA SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. CORRETA A EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISO V E XI, §§ 1º E 3º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 C/C OS ARTS. 75 E 76, INCISO IV, ALÍNEAS “D” E “J” DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11. IMPUGNAÇÃO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME

A legislação não autoriza que o contribuinte permaneça no Simples Nacional quando o débito for parcelado, como pretende a Autuada.

Portanto, correta a exclusão de ofício da Impugnante do Simples Nacional na medida em que restou comprovada e confessada, conforme pedido de parcelamento, a prática reiterada da infração consistente na saída de mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 10/06/21. ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa ao Termo de exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Ivana Maria de Almeida (Revisora) e Cindy Andrade Moraes.

Sala das Sessões, 17 de junho de 2021.

**Gislana da Silva Carlos
Relatora**

**Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente**