

Acórdão: 24.170/22/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001604365-71
Impugnação: 40.010152424-98
Impugnante: O Colchao.com Ltda
IE: 003495636.00-02
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. Comprovado nos autos que a Impugnante 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. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140/18.

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, tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação, lavradas no Auto de Infração nº 01.001962990-53, cujo crédito tributário foi reconhecido e parcelado, por meio do Parcelamento nº 62.002646600-81, fls. 24.

A Contribuinte, optante pelo Simples Nacional, foi notificada do início do processo de sua exclusão do referido Regime, conforme art. 28 e § 5º do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006, c/c art. 83, inciso II, §§ 1º e 2º, da Resolução CGSN nº 140/18.

A exclusão de ofício decorre da constatação de prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123/2006, por falta de emissão regular de documento fiscal de venda de mercadoria, no período de 01/08/19 a 31/12/19, nos termos do art. 29, incisos V e XI, §§ 1º e 3º e 9º, inciso I e art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I, da Resolução CGSN nº 140/18.

Como a exclusão de ofício do Simples Nacional está prevista de forma a não depender do reconhecimento ou não da irregularidade, ou da quitação ou parcelamento do crédito tributário, entendeu a Fiscalização que o Termo de Exclusão deveria ser desentranhado do processo tributário administrativo (PTA) nº 01.001962990-53, já parcelado, e vir a integrar outro PTA, que recebeu o nº 16.001604365-71, para prosseguir, agora, em tramitação independente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Consta, às fls. 05/06, a notificação do início de processo de exclusão, por meio da emissão de ofício do Termo de Exclusão do Simples Nacional, cujos efeitos têm por data de início o dia 01/09/19.

Encontra-se, às fls. 07, a intimação para que a Autuada apresente sua Impugnação ao Termo de Exclusão do Simples Nacional.

Ambos os documentos mencionados acima foram enviados, à época e por meio do Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e) da Contribuinte, juntamente com o Auto de Infração nº 01.001962990-53 (fls. 12/23), conforme menção ao Anexo 5 do Auto de Infração, constante às fls. 16.

Consta documento de ciência às fls. 08 que atesta a ciência da Autuada ao Auto de Infração em 03/05/21. Contudo, esta menção deve ser estendida à notificação do Termo de Exclusão e à intimação para que a Contribuinte apresente Impugnação a este Termo, pelas razões já expostas.

Note-se, ainda, que a Autuada apresentou, por responsável legal e tempestivamente, sua Impugnação ao Termo de Exclusão do Simples Nacional em 17/05/21, às fls. 25/36, anexando documentos às fls. 37/59. Tal iniciativa demonstra que não houve qualquer prejuízo ao exercício de seu amplo direito de defesa.

Em resposta aos argumentos da Defesa, a Fiscalização manifesta-se às fls. 62/71.

Foram anexados à peça fiscal os seguintes documentos:

- Auto de Infração nº 01.001962990-53 (fls. 12/14);
- Relatório Fiscal (fls. 15/16);
- Relatório ‘Consolidação por Administradora (Totais Registro 66)’ – Dados da Autuada remetidos pelas administradoras de cartão de débito/crédito correspondendo ao período de agosto a dezembro de 2019 (fls. 17);
- Relatório “Conclusão Fiscal – Operações de Crédito, Débito e Similares” de agosto a dezembro de 2019 (fls. 18);
- Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 19);
- Consulta Optantes - Simples Nacional (fls. 20);
- Termo de Intimação para que a Contribuinte apresente Impugnação ao Auto de Infração (21/22).

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. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 140/18.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A mencionada exclusão ao Regime Simples Nacional tem por fundamento a prática reiterada de infração à legislação tributária, consubstanciada na falta de emissão regular de documento fiscal nas saídas de mercadorias exigidas pelo Auto de Infração 01.001962990-53, no período de 01/08/19 a 31/12/19.

Uma vez comprovada a realização de operações sem a devida emissão de documentos fiscais, resulta correta a exigência das penalidades no referido Auto de Infração, à margem do regime do Simples Nacional, conforme preceitua o art. 13 da Lei Complementar nº 123/06:

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

(...)

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

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacompanhada de documento fiscal.

Assinala-se a respeito da “prática reiterada de infração” que a própria Impugnante a reconheceu com a efetivação do parcelamento relativo ao crédito tributário exigido no Auto de Infração.

Segundo o art. 204 do RPTA, o parcelamento efetivado pelo Contribuinte implica a confissão irretratável do débito e a expressa renúncia ou desistência de impugnação ou qualquer recurso. Veja-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 desacompanhadas.

No que concerne ao início do processo de exclusão de ofício da Autuada do regime do Simples Nacional, impugnado pela Contribuinte, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, e art. 84, inciso

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IV, alíneas “d” e “j” e § 6º, inciso I, da Resolução CGSN nº 140/18. Veja-se a legislação mencionada:

Lei Complementar nº 123/06

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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”;

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardid ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

(...)

Resolução CGSN nº 140/18:

“Art. 84. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, hipótese em que a empresa ficará impedida de fazer nova opção pelo Simples Nacional nos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses:

(...)

d - ter a empresa incorrido em práticas reiteradas de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

(...)

j - se for constatado que a empresa, de forma reiterada, não emite documento fiscal de venda ou prestação de serviço, observado o disposto nos arts. 59 a 61 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 106;

(...)

§ 6º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas “d”, “j” e “k” do inciso IV 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, em um ou mais procedimentos fiscais”;

Conforme estabelece o art. 84 da Resolução CGSN nº 140/18 acima, resta determinada 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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 83 da Resolução CGSN nº 140/18, 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 140/18

Art. 83. A competência para excluir de ofício a ME ou a 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. 122. (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 a EPP, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, com observância, quanto aos efeitos da exclusão, do disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 6º)

§ 4º Se não houver, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, com observância, quanto aos efeitos da exclusão, do disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 5º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federado que a promoveu, após vencido o prazo de impugnação estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, sem sua interposição tempestiva, ou, caso interposto tempestivamente, após a decisão administrativa definitiva desfavorável à empresa, condicionados os efeitos dessa exclusão a esse registro, observado o disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

§ 6º Fica dispensado o registro previsto no § 5º para a exclusão retroativa de ofício efetuada após a baixa no CNPJ, condicionados os efeitos dessa exclusão à efetividade do termo de exclusão na forma prevista nos §§ 3º e 4º. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 7º Ainda que a ME ou a EPP exerça exclusivamente atividade não incluída na competência tributária municipal, se tiver débitos perante a Fazenda Pública Municipal, ausência de inscrição ou irregularidade no cadastro fiscal, o Município poderá proceder à sua exclusão do Simples Nacional por esses motivos, observado o disposto nos incisos V e VI do caput e no § 1º, todos do art. 84. (Lei Complementar nº 123, art. 29, §§ 3º e 5º; art. 33, § 4º)

§ 8º Ainda que a ME ou a EPP não tenha estabelecimento em sua circunscrição o Estado poderá excluí-la do Simples Nacional se ela estiver em débito perante a Fazenda Pública Estadual ou se não tiver inscrita no cadastro fiscal, quando exigível, ou se o cadastro estiver em situação irregular, observado o disposto nos incisos V e VI do caput e no § 1º, todos do art. 84. (Lei Complementar nº 123, art. 29, §§ 3º e 5º; art. 33, § 4º)

Registra-se que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CC/MG tem decidido reiteradamente pela exclusão do regime do Simples Nacional no caso de saída desacobertada, a exemplo do recente Acórdão nº 22.589/17/1ª a seguir citado:

EMENTA

(...)

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. 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. 76, INCISO IV, ALÍNEAS "D" E "J" DA RESOLUÇÃO.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É importante citar, ainda, o entendimento do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais de que a quitação do crédito tributário proveniente de infração praticada de forma reiterada não confere direito ao contribuinte de permanecer enquadrado no Simples Nacional, conforme Acórdão nº 21.441/17/2ª abaixo transcrito.

EMENTA

“(...)

E, A LEGISLAÇÃO NÃO AUTORIZA QUE O CONTRIBUINTE PERMANEÇA NO SIMPLES NACIONAL QUANDO O DÉBITO FOR QUITADO, COMO PRETENDE A AUTUADA, COMO JÁ EXPLICITADO.

(...)”

Portanto, na forma da lei, deve ser excluído do regime favorecido e simplificado a que se refere à Lei Complementar nº 123/06, o contribuinte que, dentre outras situações, dê saídas a mercadorias desacobertadas de documentos fiscais de forma reiterada.

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 83, § § 1 e 2º da Resolução CGSN nº 140/18, 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 140/18

Art. 83. A competência para excluir de ofício a ME ou a EPP do Simples Nacional é:

(...)

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

O contribuinte apresentou Impugnação, por escrito, dirigida ao Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, no prazo de 30 (trinta) dias contados a partir da ciência do termo de exclusão, em consonância com o § 5º do art. 29 e o art. 39, ambos da Lei Complementar nº 123, de 2006, c/c arts. 117 a 119 do Regulamento do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Dessa forma, verifica-se que o Termo de Exclusão N° 34250665/05367210/300421 observou todas as determinações constantes da legislação tributária de modo a garantir-lhe plena validade e que a legislação não autoriza que o contribuinte permaneça no Simples Nacional quando o débito for parcelado, como pretende a Autuada.

Reputa-se como correta a exclusão de ofício da Autuada do regime do Simples Nacional, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais de forma reiterada.

Contudo, a Impugnante alega ser uma empresa relativamente nova, com início efetivo das atividades em agosto de 2019.

Destaca que a exclusão decorre de uma discrepância detectada pela Receita Estadual entre operações de venda com recebimento mediante cartões de crédito/débito, nos períodos de agosto a novembro de 2019, e as declarações da empresa contidas no PGDAS-D referentes ao mesmo período.

Cita os valores das diferenças apuradas no período relacionado, para demonstrar que o valor mais expressivo se deu em agosto 2019. Os demais valores exigidos foram, a seu ver, pouco expressivos, especialmente se comparados ao faturamento mensal da empresa.

Adverte que, após o período supramencionado, não foi constatada por parte da Receita Estadual qualquer irregularidade da Impugnante.

Esclarece que, dada a condição inicial das atividades, teriam ocorrido alguns percalços decorrentes da falta de comunicação entre as responsáveis e funcionários, que ocasionaram a diferença de declaração e a efetiva movimentação.

Cita que a impugnante foi comprometida pela pandemia, não se tratando de atividade essencial, e que teve seu funcionamento prejudicado.

Afirma que cientes de que teriam de adimplir/negociar os referidos valores, os sócios optaram por aguardar alguma possibilidade de quitação, ou negociação da dívida, dada a precária condição financeira da empresa.

Acrescenta que a inércia da Impugnante ao não realizar a denúncia espontânea, se deu por um erro da profissional contábil responsável, que não tomou conhecimento da notificação sobre as divergências e possibilidade de regularização e, portanto, não deu a devida ciência à Impugnante.

Afirma que, no que tange à comunicação de outubro de 2020, referente à possibilidade de regularização, a empresa foi comunicada apenas no domicílio tributário eletrônico.

Aduz que os funcionários, por falta dos certificados digitais, acabaram não dando ciência à Impugnante sobre a intimação e dever de regularização.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Informa que a empresa sempre teve a intenção de regularizar sua situação, porém só tomou ciência das efetivas cobranças, quando já instalado o Auto de Infração, bem como o ato de exclusão de ofício.

Alega que a boa-fé da Impugnante se comprova através do pronto parcelamento da dívida em pauta e da cooperação da mesma ao disponibilizar todas as informações solicitadas pelo Fisco.

Reconheça-se que as dificuldades enfrentadas pela Impugnante foram muitas. Porém, estas não têm o condão de eximi-la de responsabilidade pelas irregularidades cometidas e confessadas de forma irretratável.

A Impugnante relata que a autoridade fiscal enquadrou a conduta da Impugnante de acordo com a inteligência dos incisos V e XI e § 9º do art. 29 da LC nº 123/06, orientando-se, a seu ver, pela letra fria da lei.

Adverte que tal interpretação não deve prosperar, na medida em que o caso concreto denota situação única e isolada.

Assinala que, em que pese o fato do fiscal responsável se abster de uma análise formal e objetiva, tais elementos não podem se sobrepor ao espírito da norma, assim como causar danos flagrantemente desproporcionais à infração cometida.

Relata que as medidas legais visam impedir/coibir práticas de sonegação entre outras. Contudo, não se pode compreender que houve por parte da Impugnante qualquer *animus* nesse sentido.

Cita que o STJ reconhece a natureza declaratória da exclusão de ofício, possibilitando a retroatividade de seus efeitos.

Contudo, propõe uma reflexão sobre o momento de aplicação da penalidade em pauta, pois considerando-se o faturamento da Autuada, depreende-se que eventual cobrança retroativa decorrente do ato de exclusão, ultrapassará as forças de adimplemento da Impugnante, levando ao seu fechamento precoce.

Ressalta, em que pese se tratar de um ato declaratório relativamente vinculado, que a proporcionalidade/razoabilidade de tal ato já foi objeto de discussão no Supremo Tribunal de Justiça.

Neste sentido, cita o Agravo em Recurso Especial nº1804917 – SP (2020/0329467-3) do Ministro Relator Herman Benjamin, que decidiu que a exclusão do regime do Simples Nacional é desproporcional ante a falta de emissão de nota fiscal eletrônica por apenas dois meses.

Quanto à produção de efeitos da exclusão, o art. 29 da LC nº 123/06, em seu § 1º, dispõe que nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas. Veja-se:

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

(...)

§ 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.

A hipótese de exclusão de ofício contida no inciso V trata de prática reiterada de infração, *in verbis*:

Art. 29.

(...)

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

Cabe reconhecer que a prática de uma infração não se torna “reiterada” senão se cometida mais de uma vez.

Tal entendimento é também o da LC nº 123/06, no § 9º do art. 29, que assim dispõe sobre o tema:

Art. 29.

(...)

§ 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.

Como se verifica no Demonstrativo do Crédito Tributário, às fls. 19, a exigência fiscal relativa ao ICMS ocorreu, inicialmente, no mês de agosto de 2019, projetando-se sobre o mês de setembro de 2019. Como se vê, houve prática da infração de saída desacobertada de documentação fiscal no mês de agosto de 2019, que foi reiterada no mês de setembro de 2019, conforme entendimento do inciso I, do § 9º, do art. 29 da LC nº 123/06.

Por estas razões, consta no Termo de Exclusão do Simples Nacional a disposição de que “a data de apuração inicial considerada para fins de exclusão será a partir de 01 de setembro de 2019 (fls. 06).

A Impugnante cita, então, o art. 31, § 2º da LC nº 123/06 para justificar sua permanência como optante pelo Simples Nacional mediante a comprovação da regularização do débito no prazo de até 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da comunicação da exclusão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Relata que os débitos da Impugnante perante a Receita Estadual, encontram-se devidamente adimplidos através de parcelamento nº 62.002646600-81.

E entende que uma vez regularizados os débitos no período permitido pela lei após a comunicação de exclusão, tem-se como medida de direito e justiça a anulação do ato de exclusão do Simples Nacional.

Cita análise do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no Agravo de Instrumento-CV nº 1.0000.18.091451-7/001, para expor que a legislação admite a permanência no programa desde que a regularização do débito ocorra no prazo de até 30 dias, contado da ciência da comunicação da exclusão.

Aponta que a Receita Federal possibilitou a autorregularização para essas situações com o objetivo de evitar ônus excessivo às empresas optantes pelo Simples Nacional e que a regularização de eventuais inconsistências fiscais seria medida razoável e de justiça.

Cabe aqui analisar a alegação de que o art. 31 da LC nº 123/06, em seu § 2º, permite a permanência do contribuinte, desde que este tenha quitado o débito tributário no prazo de até trinta dias contados da ciência da comunicação da exclusão.

Sendo assim, a Impugnante alega que tendo realizado o parcelamento no prazo de até trinta dias, teria o direito a não ser excluído do Simples Nacional.

Veja-se a redação do o § 2º do art. 31 da Lei Complementar nº 123/06:

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

(...)

§ 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.

O art. 17 da LC nº 123/06, em seu inciso V assim dispõe:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou 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;

(...)

XVI - com ausência de inscrição ou com irregularidade em cadastro fiscal federal, municipal ou estadual, quando exigível.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Foi transcrito acima o inciso XVI do mesmo art. 17, apenas para não se deixar dúvida quanto ao fato de que ele não se refere ao caso em análise.

O art. 17 trata, portanto, das hipóteses de vedação ao ingresso no Simples Nacional e por isto encontra-se na Seção II denominada “Das Vedações ao Ingresso no Simples Nacional” do Capítulo IV cujo título é “Dos Tributos e Contribuições”.

Já o art. 31 encontra-se na Seção VIII denominada “Da Exclusão do Simples Nacional” do mesmo Capítulo IV.

Este art. 31 prevê, em seu inciso IV, que:

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 subsequente ao da ciência da comunicação da exclusão;

Nota-se, assim, que a hipótese de débito em aberto junto à Fazenda Estadual, prevista no inciso V do art. 17 nem mesmo ocasiona uma exclusão imediata ou retroativa à data em que resta caracterizada a prática reiterada. A exclusão somente ocorrerá a partir do ano-calendário subsequente.

Ora, o presente caso não trata apenas de existência de débito junto à Fazenda Estadual. Houve também a prática reiterada da infração descrito como “dar saída a mercadorias desacobertas de documentação fiscal”.

E no caso de prática reiterada de conduta delituosa, o art. 29 da LC nº 123/06, que também está na Seção VIII da exclusão, assim prevê:

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;

(...)

§ 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.

Para que se mantenha inteligível a LC nº 123/06, afastando aparente antinomia, será preciso que se avalie o âmbito de validade material destas normas, por meio da verificação da extensão do conteúdo do inciso V de seu art. 17, quanto ao que seja possuir “débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal”, sendo, no presente caso, o débito com a Fazenda Pública Estadual.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ora, somente é possível entender que a exclusão decorrente deste débito, referido no inciso V do art. 17 da LC nº 123/06, não possui o mesmo âmbito de validade material que a exclusão de ofício prevista no art. 29, inciso V da mesma lei complementar, provocada pela prática reiterada de ilícito tributário, como é o caso da saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

Esta distinção feita acima decorre do § 1º do art. 29 da LC nº 123/06, que assim dispõe:

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

(...)

§ 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. (Destacou-se)

Ou seja, fica evidente que não seria possível entender que a mesma Lei Complementar nº 123/06 permita a reinclusão do contribuinte por quitação de débito segundo o § 2º de seu art. 31 e, por outro lado, impeça no § 1º do art. 29 que o contribuinte opte por retornar ao Simples Nacional antes de decorridos os próximos três anos-calendários seguintes à exclusão.

A interpretação possível do inciso V do art. 17 da LC 123/06 é que seu conteúdo deve estar restrito a situações que **não envolvam as hipóteses de exclusão dos incisos II a XII do caput do art. 29 da mesma lei complementar**, onde se encontra o inciso V das práticas reiteradas de infração.

Ou seja, o âmbito de validade material do inciso V do citado art. 17 limita-se à hipótese de inadimplemento do recolhimento de tributo; enquanto o âmbito de validade material do § 1º do art. 29 da LC nº 123/06 abrange as hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, onde se encontra a “prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar” do inciso V do mesmo artigo.

É plausível atribuir ao inciso V do art. 17 condutas mais leves, como por exemplo o mero inadimplemento no recolhimento mensal da parcela referente ao ICMS ao Erário mineiro, na medida em que sua penalização é mais leve.

Porém, como se observa no presente caso, a Autuada praticou delito mais grave, dando saída de mercadorias de seu estabelecimento desacobertas de documentação fiscal.

A obrigação de emissão de documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor encontra-se prevista no inciso I do art. 26 da mesma lei complementar.

Este não é, portanto, um mero caso de inadimplemento mensal de obrigação principal.

Esta é uma hipótese de conduta delituosa tão grave que a própria Lei Complementar 123/06, em seu art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f”, não exclui a incidência do ICMS devido na hipótese de operação ou prestação desacobertada de documento fiscal, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas.

Ou seja, se o contribuinte optante do Simples Nacional dá saída a mercadorias desacobertadas de documento fiscal, ele terá que suportar a apuração do valor devido a título de ICMS e multas **como se fosse um contribuinte de débito e crédito**, além de sofrer a exclusão a partir da constatação da reiteração de sua conduta.

O tratamento dado a esta prática reiterada, face à gravidade da situação, não pode se confundir com o tratamento dado pelo § 2º do art. 31 no caso de mero inadimplemento do art. 17, inciso V, que admite a reinclusão a partir da quitação tempestiva do débito e que a própria exclusão deve ocorrer a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência da comunicação da exclusão, conforme inciso IV do art. 31 da LC 123/06 já mencionado.

Sendo assim, a argumentação da Defesa quanto a este tema não tem como prosperar no presente caso.

Nota-se que as circunstâncias do caso descrito no Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.18.091451-7/001, mencionado na Impugnação, indicam que ali também se tratava de saída de mercadorias desacobertadas, a partir do seguinte trecho do relatório do acórdão:

Ademais, argumenta que a fundamentação para a exclusão do contribuinte do Simples Nacional coincide com aquela na qual se baseou a lavratura do Auto de Infração, isto é, a ocorrência reiterada de infração à legislação tributária em razão de saída de mercadorias desacobertadas.

Mesmo assim, a parte dispositiva do acórdão do TJMG aborda apenas a questão da realização do pagamento dentro do prazo de trinta dias da ciência da exclusão para conceder a reinclusão do contribuinte, nos seguintes termos:

“TENDO EM VISTA A DATA EM QUE A EXCLUSÃO FOI DETERMINADA, E QUE O AGRAVADO PROTOCOLOU O PLANO DE REGULARIZAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS NO DIA 15/12/2017, RESTA PREENCHIDA A EXIGÊNCIA LEGAL PARA A REINSERÇÃO DO CONTRIBUINTE NO SIMPLES NACIONAL.

LOGO, NÃO HÁ ÓBICE À READMISSÃO DO RECORRIDO NO SISTEMA, DE MODO QUE DEVE SER MANTIDA A DECISÃO AGRAVADA.”

Ou seja, apesar de que a causa da exclusão tenha sido a prática reiterada de delito grave, a 2ª Câmara Cível do TJMG entendeu pela reinclusão do contribuinte, dado o protocolo do Plano de Regularização de Créditos Tributários.

Adotou o que parece ser uma interpretação parcial da LC nº 123/06, desconsiderando os efeitos jurídicos da prática delituosa reiterada sobre o direito do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

contribuinte permanecer ou não beneficiando-se do regime especial do Simples Nacional.

Portanto, pelas razões expostas, os argumentos apresentados na Impugnação ao Termo de Exclusão do Simples Nacional não devam prosperar.

As questões de cunho constitucional levantadas pela Impugnante (*princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade, da vedação ao confisco, etc.*) não serão aqui analisadas, uma vez que não compete a este órgão julgador, nos termos do art. 110, inciso I do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, “*a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda*”.

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 desacobertadas de documentos fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Jesunias Leão Ribeiro (Revisor) e Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich.

Sala das Sessões, 18 de agosto de 2022.

**Alexandre Périssé de Abreu
Relator**

**Geraldo da Silva Datas
Presidente**

P