

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.093/11/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000165277-45
Impugnação: 40.010128179-02 (Aut.), 40.010128566-81 (Coob.)
Impugnante: Car Comércio de Calçados e Acessórios Ltda-ME
IE: 001016703.00-00
Carlos Alberto Barbosa Rolim (Coob.)
CPF: 042.712.036-53
Coobrigado: Carla Rocha Rolim – CPF: 692.567.646-87
Proc. S. Passivo: Leonardo Varella Giannetti/Outro (s) (Aut. e Coob.)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - NULIDADE - PROCEDIMENTO FISCAL IRREGULAR - FALTA DE INTIMAÇÃO - EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL. Constatado vício formal do lançamento, tendo em vista não cumprimento do art. 4, § 3º 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 a dita exclusão. Desta forma, só depois de concluído todo o processo de exclusão, inclusive com o registro no Portal do Simples Nacional, pode ser lavrado Auto de Infração exigindo o ICMS pelo sistema normal do imposto. Não tendo a Impugnante sido excluída formalmente do Simples Nacional, não poderia o Fisco formalizar as exigências constantes do presente Auto de Infração, o que determina sua nulidade. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre a constatação fiscal de ter o Contribuinte promovido saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal sem o recolhimento do ICMS, no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2009, apuradas através do confronto entre a receita real de venda declarada ao Fisco por meio do “Detalhamento Mensal de Vendas” e a declaração de movimento apresentada pelas administradoras de cartões de crédito e a receita de venda informada na DAPI-Simples e na DASN.

Apurou-se, ainda, a falta de recolhimento do ICMS devido, tendo em vista a exclusão do regime diferenciado do Simples Nacional a partir de julho de 2007, conforme consta no “Termo de Exclusão do SIMPLES Nacional” de fl. 37, por promover saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da lei nº 6763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformados, a Autuada e o Coobrigado apresentam, tempestivamente, por procurador regularmente constituído, Impugnação em conjunto às fls. 41/50, alegando, em síntese, o seguinte:

- o trabalho fiscal, traz como base de cálculo do imposto cobrado dados extrafiscais, que por si só não são suficientes a amparar a lavratura do AI;
- que dentre as vendas a ela imputadas, poderiam haver produtos submetidos à substituição tributária, tributados com alíquotas inferiores a 18% (dezoito por cento), amparados por benefício fiscal, vendas canceladas, ou mercadorias objeto de troca;
- a autuação resultou na exclusão do regime Simples Nacional, não sendo razoável sua punição com suporte em meros indícios de prova;
- a aplicação retroativa do regime normal de apuração do ICMS, aduzindo que a multa isolada por si só se presta a punir a omissão de receita imputada;
- seriam necessárias diligências para validação do trabalho fiscal, uma vez que alguns valores demonstrados foram pagos de forma parcelada e, portanto, comprometem a composição do faturamento mensal e a base de cálculo do tributo;
- alguns valores estariam sendo considerados em duplicidade, como aqueles pagos através de cartão de débito;

Ao final, requer pela produção de prova pericial, formulando quesitos, no mérito, requer a procedência de sua impugnação.

O Fisco se manifesta às fls. 68/76, contrariamente ao alegado pela defesa, resumidamente, aos argumentos seguintes:

- que as declarações trazidas pelas administradoras de cartões de crédito são documentos fiscais e não extrafiscais, nos termos do inciso III, do art. 132 do RICMS/02;
- que os pagamentos realizados de forma parcelada não comprometem o trabalho fiscal, uma vez que o fato gerador do tributo ocorre no momento da saída da mercadoria do estabelecimento, e desta forma as vendas parceladas foram consideradas no momento em que ocorreram;
- que as vendas pagas com cartão de débito não provocam confusão ao trabalho realizado, pois os valores declarados pelo contribuinte apresentam campo específico para esta forma de pagamento;
- os documentos e planilhas acostados aos autos constituem provas idôneas;
- que a empresa encontra-se cadastrada na Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais sob o CNAE-F 4782-2/01 – comércio varejista de calçados – e em regra geral não há previsão de sujeição ao regime de substituição tributária para calçados, nem tampouco de aplicação de alíquotas diferenciadas;
- afirma ainda que a autuada não anexou aos autos nenhum documento que justificasse suas alegações;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a exclusão do Simples Nacional é correta e deverá surtir seus efeitos a partir da primeira saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal, nos termos do art. 29, §§1º e 2º da LC nº 123/06;

- a cobrança do crédito tributário elaborada fora do regime Simples Nacional, encontra amparo no art. 13 § 1º, inciso XIII, alínea “f” da LC nº 123/06;

Ao final, pede o indeferimento do pedido de prova pericial uma vez que os esclarecimentos pretendidos prescindem de sua realização, requerendo, ainda, pela total procedência do feito fiscal.

DECISÃO

Antes mesmo de se adentrar na questão, faz-se necessário verificar o exato conteúdo do Auto de Infração, em análise, que tem em seu relatório os seguintes dizeres:

“Constatou-se, mediante verificação fiscal das operações de entradas e saídas, que o Contribuinte não recolheu o ICMS devido, tendo em vista a exclusão do regime diferenciado do SIMPLES Nacional a partir de julho de 2007, conforme consta no “Termo de Exclusão do SIMPLES Nacional”, em anexo.”

Veja-se, assim, que o Fisco está a exigir da Autuada o recolhimento do ICMS considerado por ela 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 nº 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 da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26 desta Lei Complementar;

Para que fique clara a situação, veja-se o que estabelece o inciso I do art. 26 da Lei Complementar n.º 123/09:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 constam da Resolução CGSN n.º 15/07 que determina:

Resolução CGSN n.º 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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.

(...)

§ 8ª 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.

§ 9ª Para efeito do disposto no § 8ª, na hipótese do inciso III do art. 6ª, bem como na do § 3ª desse mesmo artigo, a ME ou a EPP desenquadrada 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. (grifou-se)

A análise das normas do Comitê Gestor do Simples Nacional acima transcritas 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, a Resolução acima transcrita também dita 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 ditadas 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 (fls. 37). Contudo, para que este termo cumprisse os efeitos ditados pela Resolução e o Estado pudesse dar sequência aos passos anteriormente apontados, deveria o contribuinte ser regularmente intimado. Neste sentido, veja-se que não há qualquer prova nos presentes autos de que a ora Impugnante tenha recebido este termo, dele tido ciência e, conseqüentemente, oportunidade para se defender da exclusão do regime do Simples Nacional.

O termo de fls. 37, apesar de ter campo próprio para ciência da empresa, não está assinado ou mesmo datado.

Os Avisos de Recebimento constante dos autos (fls. 38,39 e 40) apenas dizem respeito ao Auto de Infração conforme pode ser verificado no campo assunto.

Neste diapasão, não foi cumprido requisito de validade do ato administrativo de exclusão, qual seja, ciência do termo de exclusão à micro ou pequena empresa pelo ente federativo que iniciou o processo de exclusão.

Não tendo sido a Impugnante intimada de sua exclusão, também não teve a oportunidade de impugnar o termo, este apenas se tornaria efetivo quando a decisão definitiva desfavorável ao contribuinte.

Além disto, a exclusão de ofício não foi registrada no Portal do Simples Nacional na *internet*, pelo Fisco Mineiro e, como determina o § 4º do art. 2º da Resolução CGSN n.º 15/07, os efeitos da exclusão são condicionados a esse registro.

Portanto, 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 justamente os valores relativos aos efeitos da exclusão, quais sejam, os valores do ICMS nos termos da legislação geral de regência do imposto.

Veja-se que 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 formalmente feita a exclusão, o que não foi verificado nos autos.

Desta forma, encontra-se o presente Auto de Infração inquinado de vício insanável, não sendo apenas o caso de se reabrir prazo para que a Impugnante pudesse apresentar defesa contra sua exclusão do Simples Nacional, pois o presente lançamento

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

nunca poderia ter sido formalizado antes de cumpridos todos os requisitos para a exclusão do Simples Nacional.

Não cumpridos os requisitos a Impugnante não pode ser considerada como excluída do regime do Simples Nacional e, conseqüentemente, não pode o Fisco lavrar um auto de infração para se exigir o imposto devido na forma aplicável às demais pessoas jurídicas.

Assim, não tendo sido observado o procedimento estabelecido na legislação, não há como o AI ser mantido, tratando-se de lançamento nulo.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, pelo voto de qualidade, em rejeitar a proposta de diligência feita pelo Conselheiro René de Oliveira e Sousa Júnior para conceder prazo de 30 (trinta) dias ao Contribuinte a fim de se manifestar sobre o Termo de Exclusão do Simples Nacional. Vencidos os Conselheiros Marco Túlio da Silva (Revisor) e o proponente, que consideravam necessária a diligência. Também em preliminar, pelo voto de qualidade, em declarar nulo o lançamento. Vencidos os Conselheiros Marco Túlio da Silva (Revisor) e René de Oliveira e Sousa Júnior, que não o consideravam nulo. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 22 de fevereiro de 2011.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente**

**Carlos Alberto Moreira Alves
Relator**

CAMA/EJ

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	19.093/11/2ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000165277-45	
Impugnação:	40.010128179-02 (Aut.), 40.010128566-81 (Coob.)	
Impugnante:	Car Comércio de Calçados e Acessórios Ltda-ME IE: 001016703.00-00 Carlos Alberto Barbosa Rolim (Coob.) CPF: 042.712.036-53	
Coobrigado:	Carla Rocha Rolim – CPF: 692.567.646-87	
Proc. S. Passivo:	Leonardo Varella Giannetti/Outro (s) (Aut. e Coob.)	
Origem:	DFT/Belo Horizonte	

Voto proferido pelo Conselheiro Marco Túlio da Silva, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

Como se verifica da decisão proferida, o lançamento foi julgado parcialmente procedente, nos seguintes termos:

ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, pelo voto de qualidade, em rejeitar a proposta de diligência feita pelo Conselheiro René de Oliveira e Sousa Júnior para conceder prazo de 30 (trinta) dias ao Contribuinte a fim de se manifestar sobre o Termo de Exclusão do Simples Nacional. Vencidos os Conselheiros Marco Túlio da Silva (Revisor) e o proponente, que consideravam necessária a diligência. Também em preliminar, pelo voto de qualidade, em declarar nulo o lançamento. Vencidos os Conselheiros Marco Túlio da Silva (Revisor) e René de Oliveira e Sousa Júnior, que não o consideravam nulo.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A Lei Complementar nº 123/06 dispõe sobre tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, atribui a gestão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) ao Comitê Gestor, trata das obrigações dos optantes pelo Simples Nacional e da exclusão de ofício do referido regime. A seguir os dispositivos da norma aplicáveis ao caso concreto:

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

(...)

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; (grifou-se)

(...)

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 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)

(...)

§ 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 6º Nas hipóteses de exclusão previstas no caput deste artigo, a pessoa jurídica será notificada pelo ente federativo que promoveu a exclusão.

§ 7º Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, a notificação de que trata o § 6º deste artigo poderá ser feita por meio eletrônico, com prova de recebimento, sem prejuízo de adoção de outros meios de notificação, desde que previstos na legislação específica do respectivo ente federado que proceder à exclusão, cabendo ao Comitê Gestor discipliná-la com observância dos requisitos de autenticidade, integridade e validade jurídica.

(...)

Art. 33. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal 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.

(...)

§ 3º O valor não pago, apurado em procedimento de fiscalização, será exigido em lançamento de ofício pela autoridade competente que realizou a fiscalização. (grifou-se)

(...)

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 ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente. (grifou-se)

(...)

§ 4º Considera-se feita a intimação após 15 (quinze) dias contados da data do registro da notificação eletrônica de que tratam os §§ 7º e 8º do art. 29 desta Lei Complementar.

O Comitê Gestor do Simples Nacional disciplinou a exclusão do Simples Nacional na Resolução CGSN nº 15/07:

Art. 1ª Esta Resolução regulamenta a exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

Art. 2ª A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação da microempresa

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(ME) ou da empresa de pequeno porte (EPP) optante.(grifou-se)

(...)

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. (grifou-se)

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Alterado pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008) (grifou-se)

(...)

§ 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.** (Alterado pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008) (grifou-se)

§ 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.

(...)

§ 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. (grifou-se)

§ 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.(grifou-se)

(...)

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; (Incluído pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007) (grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

Art. 6^a 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. 5^o, 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 n^o 20, de 15 de agosto de 2007)

Depreende-se da Lei Complementar n^o 123/06 e da Resolução CGSN n^o 15/07 que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar, do que se deve dar ciência ao excluído, nos termos da legislação local.

A Lei Complementar n^o 123/06, inclusive, dispõe que a notificação de exclusão poderá ser feita por meio eletrônico, com prova de recebimento, sem prejuízo de adoção de outros meios de notificação, desde que previstos na legislação específica do respectivo ente federado que proceder à exclusão.

Cabe observar que não existe na legislação mineira disposição específica sobre exclusão de ofício do regime do Simples Nacional, mas o Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos de Minas Gerais – RPTA/MG, aprovado pelo Dec. n^o 44.747/08, disciplina o contencioso administrativo e trata dos procedimentos de notificação:

Art. 10. As intimações do interessado dos atos do PTA devem informar a sua finalidade e serão realizadas, a critério da Fazenda Pública Estadual, pessoalmente, por via postal com aviso de recebimento ou por meio de publicação no órgão oficial.

Conforme a Lei Complementar n^o 123/06 e Resolução CGSN n^o 15/07, na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de exclusão, este só se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte. 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.

No art. 39 da Lei Complementar n^o 123/06 c/c § 5^o do art. 4^o Resolução CGSN n^o 15/07 resta claro que 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.

O RPTA/MG não trata especificamente da exclusão de ofício do regime do Simples Nacional, mas o CC/MG, conforme Acórdãos n^{os} 18.300/07/1^a, 18.301/07/1^a, 18.307/07/1^a e votos proferidos nos Acórdãos 19.012/10/2^a, 19.013/10/2^a, 19.014/10/2^a, 19.015/10/2^a e 19.016/10/2^a, dentre outros, já aplicou à matéria (exclusão do Simples Nacional) o procedimento previsto nos artigos 83, 84 e 154, inc. IV do RPTA, que exige o dever de se julgar preliminarmente o ato preparatório, *in casu* a motivação da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

exclusão e a própria exclusão para depois, caso sejam procedentes as acusações anteriores, apreciar o mérito principal.

Referida questão procedimental, envolve matéria de natureza tipicamente preparatória, e não impede que o lançamento das exigências fiscais decorrentes da questão principal de mérito seja julgado de maneira sincrética, em um mesmo procedimento, até por questão de razoabilidade, celeridade e economia processual.

A exclusão do Simples Nacional foi motivada por constatação de que o Contribuinte promoveu saídas desacobertadas de documento fiscal, constatadas por meio de confronto entre a receita apurada em declaração de administradoras de cartão de crédito/débito e a receita declarada em DAPI e DASN.

Pertinente no caso que primeiro se julgue as exigências relativas às saídas desacobertadas (irregularidade 1 do Auto de Infração), motivação da exclusão, em seguida a exclusão em si e, por fim, a falta de recolhimento de ICMS consequência do confronto entre débitos e créditos (irregularidade 2 do Auto de Infração). Contudo, é necessário que o Contribuinte seja cientificado do Termo de Exclusão do Simples Nacional.

A diligência proposta pelo Conselheiro René de Oliveira e Sousa Junior decorreu de que consta dos autos (fl. 37) o Termo de Exclusão, mas não consta que o Contribuinte dele tenha tomado ciência.

O registro da exclusão no Portal do Simples Nacional na internet, como preconiza o § 4º do art. 4º da Resolução CGSN nº 15/07, é ato administrativo que visa à publicidade e que tem efeito similar à própria publicação da decisão do órgão administrativo julgador do ente da federação que procedeu a exclusão.

Ressalte-se, ainda, que face às vendas sem emissão de documento fiscal, os efeitos da exclusão, são os previstos no item VI do § 6º da citada Resolução, ou seja, a exclusão se dará a partir do próprio mês em que incorridas as causas que ensejaram a exclusão, impedindo nova opção pelo regime diferenciado e favorecido do Simples Nacional pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

Assim, para que se pudesse dar efetividade ao sincretismo e julgar em um mesmo procedimento, desde a acusação de saídas desacobertadas até a de falta de recolhimento de ICMS, passando pela análise da exclusão *stricto sensu*, imprescindível conferir ao atuado prazo para se manifestar sobre o Termo de Exclusão do Simples Nacional, como proposto em preliminar, mas vencido, até mesmo em respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Com tais considerações, rejeito a preliminar de nulidade.

Sala das Sessões, 22 de fevereiro de 2011.

Marco Túlio da Silva
Conselheiro