

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.463/12/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000170296-76
Impugnação: 40.010131454-28
Impugnante: Geraldo Luziano Gonçalves
IE: 001034178.00-30
Proc. S. Passivo: Wilson dos Santos Filho/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – NULIDADE – PROCEDIMENTO FISCAL IRREGULAR – EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL – FALTA DE INTIMAÇÃO. Constatado vício formal do lançamento, tendo em vista não ter sido seguida a regra constante 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 seu registro no Portal do Simples Nacional, pode ser lavrado Auto de Infração exigindo o ICMS pelo sistema normal do imposto devido pela exclusão. Não tendo o Impugnante sido excluído formalmente do Simples Nacional, não poderia o Fisco formalizar as exigências constantes do item 2 do presente Auto de Infração o que determina sua nulidade. Declarado nulo o lançamento. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Versa o presente Auto de Infração acerca das seguintes imputações fiscais:

1 – cancelamento irregular de notas fiscais, contrariando o que disciplina o art. 147 do RICMS/02, encontrando-se caracterizado que as mercadorias a que se referem foram entregues e/ou recebidas desacobertas de documentação fiscal, no período de 6 de dezembro de 2007 a 05 de maio de 2010;

2 – falta de recolhimento do ICMS, no período de dezembro de 2007 a junho de 2010, em razão de ter sido a empresa excluída do regime especial unificado de arrecadação de tributos e contribuições - Simples Nacional, nos termos do art. 29, inciso V da Lei Complementar nº 123/06, por ter cometido reiteradamente a prática de “cancelamento irregular de notas fiscais” no período.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6763/75.

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 116/126, acompanhada dos documentos de fls. 127/145, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 148/158.

DECISÃO

Versa o presente Auto de Infração acerca das seguintes imputações fiscais:

1 - cancelamento irregular de notas fiscais, contrariando o que disciplina o art. 147 do RICMS/02, encontrando-se caracterizado que as mercadorias a que se referem foram entregues e/ou recebidas desacompanhadas de documentação fiscal, no período de 6 de dezembro de 2007 a 05 de maio de 2010;

2 - falta de recolhimento do ICMS, no período de dezembro de 2007 a junho de 2010, em razão de ter sido a empresa excluída do regime especial unificado de arrecadação de tributos e contribuições - Simples Nacional, nos termos do art. 29, inciso V da Lei Complementar nº 123/06, por ter cometido reiteradamente a prática de "cancelamento irregular de notas fiscais" no período, conforme Termo de Exclusão do Simples Nacional (fl. 42).

Verifica-se, que o Fisco exige o recolhimento do ICMS considerado por ele devido em face da exclusão do ora Impugnante do regime diferenciado do Simples Nacional.

Portanto, só há validade o presente lançamento se o Autuado encontrar-se devidamente excluído do Simples Nacional.

Os arts. 28 e 29, incisos V e 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:

(...)

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;

Para que fique clara a situação, veja-se o que estabelece o inciso I do art. 26 da 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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Contudo, observando-se as determinações contidas no parágrafo único do art. 28 da Lei Complementar nº 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, à época da lavratura do Auto de Infração, constavam da Resolução CGSN nº 15/07 que assim determinava:

Resolução CGSN nº 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 dada 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 federativo que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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 alguma das hipóteses de vedação previstas no art. 12 da Resolução CGSN nº 4, de 2007.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

(...)

§ 6º- O prazo de que trata o inciso VI do caput será elevado para 10 (dez) anos caso seja

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

(...)

§ 8º- 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.

§ 9º- Para efeito do disposto no § 8º, na hipótese do inciso III do art. 6º, bem como na do § 3º 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)

Só para que a questão fique clara, hoje as normas relativas à exclusão estão na Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, que disciplina a matéria, basicamente da mesma forma da norma anterior, a saber:

Subseção II

Da Exclusão de Ofício

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. (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. (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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

exclusão, o disposto no art. 76. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 6º)

§ 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. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

§ 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. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º). (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 nº 15/07.

No entanto, as resoluções acima transcritas também ditam 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 nº 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 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).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste ponto destaca-se que existe no presente processo um termo de exclusão (fl. 42). 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 o que ocorreu no dia 09/01/12 de acordo com o documento de fl. 113, e ser lhe dado prazo para apresentar defesa. Neste ponto, ocorreu o vício do procedimento, pois o Auto de Infração exigindo o imposto de acordo com os efeitos da exclusão foi recebido pelo Impugnante também no dia 09/01/12 (fl. 114).

Sendo assim, resta demonstrado que o Impugnante não teve tempo hábil, que, de acordo com a legislação processual estadual é de 30 (trinta) dias, para defender-se da exclusão do Simples Nacional, antes de lhe serem exigidos todos os efeitos da exclusão.

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.

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

Veja-se que a falta de registro demonstra que, efetivamente, o Impugnante ainda não foi devidamente excluído do Simples Nacional e, sendo assim, não podem ser formalizadas as exigências relativas ao item 2 do Auto de Infração ora analisado, maculando toda a peça de vício insanável.

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 cumpridos todos os requisitos para a devida exclusão, o que não ocorreu nos presentes autos.

Não cumpridos os requisitos, o Impugnante não pode ser considerado como excluído do regime do Simples Nacional e, conseqüentemente, não pode o Fisco lavrar um Auto de Infração para exigir dele o imposto devido na forma aplicável às demais pessoas jurídicas.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em declarar nulo o lançamento. Vencidos os Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Relatora) e Marco Túlio da Silva, que não o consideravam nulo. Designado relator o Conselheiro Antônio César Ribeiro (Revisor). Conforme art. 163, § 2º do RPTA/MG, esta decisão estará sujeita a Recurso de Revisão, interposto de ofício

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pela Câmara, ressalvado o disposto no § 4º do mesmo artigo. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 03 de maio de 2012.

**Sauro Henrique de Almeida
Presidente**

**Antônio César Ribeiro
Relator/Designado**

EJ

CC/MIG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	20.463/12/3ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000170296-76	
Impugnação:	40.010131454-28	
Impugnante:	Geraldo Luziano Gonçalves	
	IE: 001034178.00-30	
Proc. S. Passivo:	Wilson dos Santos Filho/Outro(s)	
Origem:	DFT/Belo Horizonte	

Voto proferido pela Conselheira Ivana Maria de Almeida, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

Como se verifica da decisão proferida, o lançamento foi declarado nulo, nos seguintes termos:

ACORDA A 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CC/MG, PELO VOTO DE QUALIDADE, EM DECLARAR NULO O LANÇAMENTO. VENCIDOS OS CONSELHEIROS IVANA MARIA DE ALMEIDA (RELATORA) E MARCO TÚLIO DA SILVA, 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, sendo eles em grande parte os mesmos esposados no voto vencido do Acórdão 19.536/12/2ª da lavra do Conselheiro Marco Túlio da Silva, também vencido neste julgamento.

A Lei Complementar nº 123/06 dispõe sobre tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP), 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:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 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: (grifou-se)

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: (grifou-se)

(...)

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; (grifou-se)

(...)

§ 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. (grifou-se)

(...)

§ 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. (grifou-se)

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

§ 7º Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, a notificação de que trata o § 6º deste

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. (grifou-se)

(...)

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 4^a 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)

§ 1^o Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Alterado pela Resolução CGSN n^o 46, de 18 de novembro de 2008) (grifou-se)

(...)

§ 3^o Será dada ciência do termo a que se refere o § 1^o à ME ou à EPP pelo ente federativo que tenha iniciado o processo de exclusão, **segundo a sua respectiva legislação.** (Alterado pela Resolução CGSN n^o 46, de 18 de novembro de 2008) (grifou-se)

§ 3^o-A Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de que trata o § 1^o, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 6^o. (grifou-se)

(...)

§ 4^a 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)

§ 5^a 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. 5^a A exclusão de ofício da ME ou da EPP optante pelo Simples Nacional dar-se-á quando: (grifou-se)

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar n^a 123, de 2006;

(...)

XIII - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, observado o disposto no caput do art. 2^o da Resolução CGSN n^o 10, de 28 de junho de 2007; (Incluído pela Resolução CGSN n^o 20, de 15 de agosto de 2007) (grifou-se)

(...)

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. 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; (Redação dada pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007)

Depreende-se da Lei Complementar nº 123/06 e da Resolução CGSN nº 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 nº 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. nº 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 nº 123/06 e Resolução CGSN nº 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 nº 123/06 c/c § 5º do art. 4º Resolução CGSN nº 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 Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais (CC/MG), conforme Acórdãos nºs 18.300/07/1ª, 18.301/07/1ª, 18.307/07/1ª e votos proferidos nos Acórdãos 19.012/10/2ª, 19.013/10/2ª, 19.014/10/2ª, 19.015/10/2ª, 19.016/10/2ª e 19.093/11/2ª, dentre outros, já aplicou à matéria (exclusão do Simples Nacional) o procedimento previsto nos arts. 83, 84 e 154, inc. IV do RPTA, que exige o dever de se julgar preliminarmente o ato preparatório, *in casu* a motivação da exclusão e a própria exclusão para depois, caso sejam procedentes as acusações anteriores, apreciar o mérito principal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A exclusão do Simples Nacional foi motivada por constatação de que o Contribuinte promoveu saídas desacobertas de documento fiscal, ao promover o cancelamento dos documentos fiscais anteriormente emitidos.

Como nos julgamentos citados, pertinente no caso que primeiro se julgue as exigências relativas às saídas desacobertas, motivação da exclusão, em seguida a exclusão em si e, por fim, a falta de recolhimento de ICMS como consequência do confronto entre débitos e créditos.

Contudo, é imprescindível que o contribuinte seja cientificado do Termo de Exclusão do Simples Nacional e isso restou comprovado às fls. 42 onde, inclusive, na intimação, consta o prazo legal de trinta dias para a Autuada impugnar a exclusão, direito esse que não foi exercido.

Quanto ao registro da exclusão no Portal do Simples Nacional na *internet*, como preconiza o § 4º do art. 4º da Resolução CGSN nº 15/07, o mesmo 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, podendo assim ser ele feito a *posteriori*.

Entende-se como correta a premissa defendida pelos votos majoritários no sentido de que a situação ideal seria primeiramente julgar as exigências relativas às saídas desacobertas e em um segundo momento analisar os efeitos da exclusão.

Entretanto, em existindo eles no mesmo lançamento, há de se privilegiar o interesse público, julgando-os em conjunto. A adoção da tese de nulidade, *permissa vênia*, acaba por constituir, na prática, a pior solução para o caso concreto, ainda mais quando é inconteste que os efeitos da exclusão só serão admitidos após a regular decisão administrativa.

Assim, há que se dar efetividade ao sincretismo e julgar em um mesmo procedimento, desde a acusação de saídas desacobertas até a de falta de recolhimento de ICMS, passando pela análise da exclusão *stricto sensu*.

Com tais considerações, rejeita-se a declaração de nulidade do lançamento.

Sala das Sessões, 03 de maio de 2012.

**Ivana Maria de Almeida
Conselheira**