



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10740.720030/2017-82
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-003.431 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de março de 2019
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL
Recorrente CONSTRUSUL CONSTRUTORA LTDA EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/07/2014

SIMPLES NACIONAL. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO.

É cabível a exclusão do regime simplificado quando ficar evidenciada a prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar 123/2006, que consistiu em compensação de débitos com créditos inexistentes e apresentação de declaração com informações inverídicas para impedir ou retardar o conhecimento pela autoridade fiscal do fato gerador.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 01/07/2014

DELEGACIAS DE JULGAMENTO. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

As Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento têm jurisdição nacional, independente da jurisdição do domicílio fiscal do contribuinte, o que afasta a nulidade da decisão de primeira instância.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto da relatora.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Maria Lúcia Miceli - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Tadeu Matosinho Machado, Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Ricardo Marozzi Gregorio, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Rogério Aparecido Gil, Maria Lúcia Miceli, Flávio Machado Vilhena Dias e Gustavo Guimarães da Fonseca.

Relatório

Trata o processo de exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir de primeiro de julho de 2014, e por um período de 10 (dez) anos, conforme Ato Declaratório de Exclusão DRF/VIT nº 42, de 01/06/2017, de fls. 39.

A exclusão do Simples Nacional tem como motivo a prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123/2006, com utilização de artifício, por força do artigo 29, inciso V c/c §2º do mesmo diploma legal. Em procedimento de fiscalização, foi constatada a compensação de débitos com suposto crédito oriundo de títulos da dívida pública junto à Secretaria do Tesouro Nacional (STN), com amparo na Lei nº 10.179/2001. Este procedimento foi considerado fraudulento, além de não encontrar amparo na LC nº 123/2006, conforme exposto a seguir.

Como a compensação dos débitos foi indevida, e o contribuinte informou, no PGDAS, que as receitas seriam imunes, foi lavrado auto de infração para constituição dos créditos tributários relativos aos meses de maio e junho de 2014, com multa de ofício qualificada, formalizado no processo administrativo nº 10783.720209/2017-33.

O início da ação fiscal se deu em 18/03/2016, quando o contribuinte teve ciência do Termo de Início de Fiscalização. No TVF constam os seguintes fatos:

=> a autuada, optante pelo Simples Nacional, apresentou PGDAS retificadoras, relativas ao período de 05 a 11/2014, indicando imunidade tributária das receitas auferidas como motivação para o não recolhimento dos valores devidos.

=> no ano-calendário de 2015, apresentou DCTF com apuração pelo Lucro Presumido, não declarando/recolhendo IRPJ e CSSL.

=> em 23/04/2015, a RFB enviou ao contribuinte, por meio da Caixa Postal de seu Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), mensagem sob o título de Indício de Fraude: Quitação de Tributos com créditos fictos provenientes de operações no SIAFI, pela qual informou que:

1) A STN encaminhou à RFB informação acerca de seu requerimento de quitação de tributos federais com a utilização de créditos decorrentes de títulos públicos;

2) Que os aludidos títulos não se prestam à quitação de tributos e que essa tentativa constitui fraude;

3) Informa ainda que a empresa negociadora dos referidos títulos orienta não declarar os débitos no PGDASN-D, por conseguinte, orienta o contribuinte a não seguir tais orientações emanadas pela empresa negociadora, o que poderá sujeitar o contribuinte às penalidades da lei tributária e penal.

=> informa que a referida mensagem eletrônica foi lida pelo contribuinte em 27/04/2015.

=> intimada por meio de Carta Circular de 23/11/2015, a autuada esclareceu que compensou a quitação destes tributos se deu por créditos financeiros relativos a Título da Dívida Pública Externa, adquiridos da APPEX CONSULTORIA TRIBUTÁRIA LTDA, em procedimento administrativo junto à Secretaria do Tesouro Nacional. Anexou cópia de documentos de lavra da APPEX, por meio dos quais autoriza a STN a resgatar os aludidos créditos financeiros e a quitação dos débitos tributários da autuada. Anexou, ainda, Termo de Solicitação de Juntada dos referidos documentos ao PAF nº 13811.726457/2012-97.

=> A Secretaria do Tesouro Nacional (STN), por meio de Ofício nº 150/2016/CODIV/SUDIP/STN/MF-DF, de 28/06/2016, informou que a APPEX e a ALPHA ONE se diziam detentoras de títulos públicos emitidos no início do século passado, em libras esterlinas, apresentando laudos periciais não reconhecidos pelo órgão, e cujos pleitos têm sido indeferidos por falta de amparo legal.

=> na resposta da STN consta ainda que:

Uma avaliação conjunta da STN e da Receita Federal do Brasil concluiu que a APPEX e a ALPHA ONE, através de seus requerimentos, vem tentando praticar fraude tributária, ao vende ilusão a inúmeras empresas, fazendo-as crer ser possível o pagamento de tributos federais mediante a utilização dos referidos títulos. Tanto a STN quanto as Delegacias Regionais da RFB tem sido procuradas pelas inúmeras empresas que acreditam nas facilidades oferecidas pela APPEX - e pagaram pelo serviço - oportunidade em que são informadas da impossibilidade de quitação dos tributos com uso do título detido pela APPEX e ALPHA ONE. A Receita Federal do Brasil está avaliando a forma de mover ação contra as referidas empresas, por tentativa de fraude tributária.

=> a inserção de informações falsas no PGDAS-D, indicando imunidade e impedindo o conhecimento pela autoridade fiscal da ocorrência do fato gerador, constitui-se em artifício fraudulento com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo e que a alegação de ausência de campo próprio para indicar determinada operação de quitação de tributos não pode referendar a inclusão de informação falsa no PGDAS-D, documento hábil e idôneo para a apuração e constituição do crédito tributário, conforme estabelecido no inciso I, do § 9º, do art. 2º, da Lei Complementar nº 123, de 2006, com alterações posteriores.

= > além disso, a Lei Complementar nº 123/2006, em seu artigo 21, § 9º, estabelece de forma definitiva que é vedado o aproveitamento de créditos não apurados pelo Simples Nacional, inclusive de natureza não tributária, para extinção de débitos do Simples Nacional.

=> o artigo 29, inciso V da LC nº 123/2006 estabelece que a exclusão de ofício do Simples Nacional se dará quando constatada a reiterada prática de infração ao disposto nesta lei complementar.

=> já o § 9º do citado artigo 29 esclarece o conceito de prática reiterada, como a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou ainda 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.

=> com relação aos efeitos da exclusão, o § 1º e 2º do mesmo artigo determina que serão produzidos a partir do mês em que incorridos, impedindo o contribuinte de opção pelo prazo de 3 (três) anos-calendário seguintes, elevado para 10 (dez) no caso de constatação de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento.

=> não restam dúvidas que a autuada transgrediu a LC nº 123/2006 quando (1) deixou de efetuar o recolhimento mensal dos tributos devidos pelo Simples Nacional; (2) utilização de artifício para impedir o conhecimento da autoridade administrativa do fato gerador, ao retificar a PGDAS-D e informar receitas acobertadas pela imunidade e (3) infringir o artigo 21 § 9º, pela impossibilidade de extinção de débitos do Simples Nacional com créditos apurados fora desta sistemática.

=> deste modo, para fins de cumprimento ao disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29, que tratam da produção de efeitos da exclusão e do prazo de impedimento para a nova opção pelo SIMPLES NACIONAL pela pessoa jurídica excluída, serão objeto de lançamento de ofício, em encerramento parcial desse procedimento fiscal, os fatos geradores ocorridos nos períodos de apuração de 05 e 06/2014, necessários e suficientes para caracterizar a prática reiterada de infração à Lei Complementar nº 123, de 2006.

=> a reiteração se deu no período de apuração de 06/2014, dando início aos efeitos da exclusão do mês 07/2014.

=> foi proposta a EXCLUSÃO DE OFÍCIO do contribuinte CONSTRUSUL CONSTRUTORA LTDA - EPP, CNPJ nº 31.281.652/0001-75, do SIMPLES NACIONAL, pelo período de 10 anos, a contar do período de apuração 07/2014, inclusive, na forma do § 2º c/c o inciso V, ambos do art. 29, da LC nº 123, de 14 de dezembro de 2016.

Em sessão do dia 23 de fevereiro de 2018, a 2ª Turma da DRJ/BSB julgou improcedente a manifestação de inconformidade, lavrando o Acórdão nº 03-78.892, com a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2014

SIMPLES NACIONAL. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO.

É cabível a exclusão do regime simplificado quando ficar evidenciada a prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

No presente caso, ficou demonstrada a prática reiterada de infração, pela segunda ocorrência de idêntica infração, caracterizada pela utilização de artifício que induziu a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INDEPENDÊNCIA.

Independência da constituição definitiva do crédito tributário constituído pelo lançamento para que se proceda de ofício a exclusão da empresa do SIMPLES Nacional.

A ciência da decisão de primeira instância ocorreu em 23/04/2018, conforme AR de fls. 565.

Em 22/05/2018, o recurso voluntário foi apresentado com as seguintes alegações:

Da incompetência territorial e material da DRJ de Brasília para o julgamento

- é arbitrário o julgamento em jurisdição diversa a que pertence o domicílio fiscal da recorrente, sendo o correto o julgamento pela DRJ/Rio de Janeiro, motivo pelo qual requer a nulidade do julgamento da DRJ/Brasília.

Do mérito

- somente após a decisão definitiva do ato de Exclusão do Simples Nacional, que terá a sua eficácia vigente.

- se foi impugnado o Ato de Exclusão do Simples Nacional, o mesmo ainda situa-se no “campo hipotético”, até decisão final, sem possibilidades de reversão.

- é devido o sobrestamento ou até mesmo o reconhecimento da nulidade do Ato de Exclusão do Simples que fora “precipitado”, pois ainda existem decisões administrativas a percorrer quanto a matéria (Auto de Infração) que ensejou/originou este Ato de Exclusão que ora se recorre.

- requer que seja acatada a preliminar de incompetência da DRJ/Brasília, e, caso ultrapassada, que a decisão *a quo* seja reformada para decretar a nulidade do ADE, até a decisão definitiva do Auto de Infração que legitimou a confecção do ADE.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria Lúcia Miceli - Relatora

O recurso voluntário é tempestivo, e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Assim, dele eu conheço.

Em preliminar, requer a nulidade da decisão recorrida, alegando que a DRJ/Brasília não tem competência para julgar a impugnação, e que o correto seria a DBJ/Rio

de Janeiro, conforme disciplina a Portaria RFB nº 1.006, de 24 de julho de 2013, que foi alterada pela Portaria RFB nº 403, de 12 de março de 2015.

A alegação de incompetência da DRJ/Brasília não merece prosperar, pois o artigo 277 da Portaria RFB nº 430, de 09 de outubro de 2017, que aprova o Regimento Interno da Receita Federal do Brasil, estabelece que todas as Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento têm jurisdição nacional, ou seja, independe da jurisdição do domicílio fiscal do contribuinte.

A título de esclarecimento, as portarias citadas na defesa já estavam revogadas à época da apresentação do recurso voluntário, e tratam somente da competência por matéria das DRJ.

Pelo exposto, afasto a preliminar de nulidade da decisão ora atacada.

A recorrente alega nulidade do Ato Declaratório, pois existe decisão pendente no processo administrativo do auto de infração que legitimou a exclusão.

Não assiste razão à recorrente, pois, uma vez constatado um dos motivos para exclusão da sistemática do Simples Nacional, é poder-dever do agente fiscal providenciar o seu ato declaratório. E, ainda que tenha sido apresentada a impugnação, esta somente tem o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário, mas não tornar o lançamento improcedente de imediato.

Consoante com este entendimento, a Portaria RFB nº 1.668, de 29 de novembro de 2016, que trata sobre a formalização de processos administrativos, determina que serão juntados por apensação os autos de exclusão do Simples Nacional e o do lançamento que constatou os motivos para o ADE, conforme artigo 3ª transcrito a seguir:

Art. 3º Serão juntados por apensação os autos:

(...)

II – de exclusão Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), de exigência de crédito tributário relativo às infrações apuradas no Simples Nacional que tiverem dado origem à exclusão do sujeito passivo da forma de pagamento simplificada; e de possíveis lançamentos de ofício de crédito tributário decorrente dessa exclusão do sujeito passivo em anos-calendário subsequentes que sejam constituídos contemporaneamente e pela mesma unidade administrativa;

(...)

Portanto, afasto a preliminar de nulidade do ADE nº 42/2017.

Entretanto, importante consignar neste voto, por ter relação de causa e efeito, que este colegiado negou provimento ao recurso voluntário apresentado nos autos do processo administrativo do auto de infração, nº 10783.720209/2017-33, da relatoria desta conselheira, nesta mesma sessão de julgamento, com a lavra do Acórdão nº XXXXX.

Quanto ao mérito, a recorrente alega que somente após a decisão definitiva do Ato Declaratório de Exclusão que a sua eficácia será vigente.

De fato, nos termos do artigo 75, § 3º da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, se impugnada, a exclusão se tornará efetiva quando a decisão for desfavorável ao contribuinte. Atualmente está vigente a Resolução CGSN nº 140, de 22 de maio de 2018, cujo artigo 83, § 3º, possui a mesma redação.

Portanto, enquanto não definitiva a decisão administrativa, por certo que a exclusão ainda não produz seus efeitos.

No mais, considerando que o lançamento para constituição dos créditos tributários referente aos meses de maio e junho de 2014, no processo administrativo nº 10783.720209/2017-33, foi mantido, e com multa de ofício qualificada, restou demonstrado a ocorrência dos motivos que ensejaram a exclusão do recorrente do Simples Nacional, ou seja, a reiterada prática de infração ao disposto na LC nº 123/2006 pelos seguintes motivos:

(1) deixou de efetuar o recolhimento mensal dos tributos devidos pelo Simples Nacional;

(2) utilização de artifício para impedir o conhecimento da autoridade administrativa do fato gerador, ao retificar a PGDAS-D e informar receitas acobertadas pela imunidade; e

(3) inobservância do artigo 21 § 9º, da LC nº 123/2006, pela impossibilidade de extinção de débitos do Simples Nacional com créditos apurados fora desta sistemática.

Logo, correta a exclusão de ofício do Simples Nacional, pelo período de 10 anos, a contar do período de 01/07/2014, inclusive, na forma do §2º c/c o inciso V, ambos do art. 29, da LC nº 123, de 14 de dezembro de 2016.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, voto por afastar as preliminares de nulidade, e negar provimento ao recurso voluntário.

Maria Lúcia Miceli - Relatora