



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

Processo nº 10783.720079/2017-39
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-003.896 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de maio de 2019
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Recorrente MARMOARIA SANTO ANTÔNIO LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2012

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO FRAUDULENTE DE TRIBUTOS.

Correta a exclusão do Simples Nacional, fundada na prática reiterada de infração à legislação, caracterizada pela supressão ou redução fraudulenta de tributos, mediante reiterada omissão de escrituração de notas fiscais, nos termos do inciso XI do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006.

Comprovada a utilização de qualquer meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de reduzir o pagamento de tributo relativo ao Simples Nacional, eleva-se o prazo de impedimento à nova opção pelo regime diferenciado de tributação Simples Nacional para dez anos, nos termos do art. 29, § 2º, da Lei Complementar nº 123/2006.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Amélia Wakako Morishita Yamamoto - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Roberto Silva Junior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Carlos Augusto Daniel Neto, Giovana Pereira de Paiva Leite, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, José Roberto Adelino da Silva (suplente convocado) e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente). Ausente a Conselheira Bianca Felícia Rothschild, substituída pelo Conselheiro José Roberto Adelino da Silva.

Relatório

MARMORARIA SANTO ANTÔNIO LTDA - ME, já qualificado nos autos, recorre da decisão proferida pela 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto (SP) - DRJ/RPO (fls. 336 e ss), que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade do contribuinte e manteve a sua exclusão do regime de SIMPLES NACIONAL, nos termos do ADE DRF/VIT 22, de 27/03/2017.

Do Lançamento

Segundo o ADE e Relatório do acórdão recorrido, as razões da exclusão ocorreu em razão da prática reiterada de infração à disposição da Lei Complementar nº 123/2006, conforme previsto no inciso XI do caput c/c incisos I e II do § 9º, todos do art. 29 do mesmo diploma legal. Os efeitos da exclusão de ofício foram a partir de 01/12/2012, ficando impedida a empresa de efetuar nova opção ao Simples Nacional pelos próximos dez anos-calendário, conforme disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006.

A fiscalização emitiu o Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 06 – 668/16, que, em resumo, conforme se segue, trouxe os seguintes elementos fáticos e de direito que levaram à DRF Vitória a proceder a referida exclusão.

Dispõe inicialmente o Termo de Encerramento Parcial nº 05 – 668/16, de fls. 19 a 57, sobre o quadro societário e atividade da empresa conforme CNAE 2391-5-03, qual seja, aparelhamento de placas e execução de trabalhos em mármore, granito, ardósia e outras pedras. Aduz que os dois sócios da empresa MARMORARIA SANTO ANTÔNIO LTDA ME, doravante denominada neste Acórdão de MARMORARIA, também compõem o quadro societário da empresa SEMIL SERRARIA DE MINÉRIOS VARGEM ALTA LTDA ME – CNPJ: 39.311.113/0001-43, doravante denominada neste Acórdão de SEMIL, localizada igualmente em Vargem Alta – ES e que tem o mesmo CNAE acima descrito. A manifestante é optante do Simples Nacional desde 01/07/2007.

Iniciado o procedimento fiscal através do Termo de Início da Fiscalização nº 01-668/2016, com confirmação do recebimento pela empresa em 19/08/2016,

foi o contribuinte cientificado de distorções entre os valores de receita declarada por ele informados em PGDAS-D nos anos de 2013 e 2014 relativamente à sua movimentação bancária, conforme informações prestadas pelas instituições financeiras relacionadas, apresentando os respectivos valores confrontados. Foi, assim, o contribuinte intimado a apresentar os arquivos eletrônicos dos Livros Diários 2012 a 2014 e extratos bancários concernentes às contas bancárias que deram origem às citadas movimentações financeiras.

Em resposta, encaminhou à fiscalização *“planilhas que demonstram a real movimentação financeira, bem como seus extratos bancários”*. O contribuinte almejou com isso comprovar que parcela dos recursos financeiros transitados nas contas correntes da MARMORARIA pertencia às atividades comerciais de outras duas empresas do grupo familiar: SEMIL e ALMIROANA MÁRMORES E GRANITOS EIRELI – EPP, CNPJ: 07.736.745/0001-62, doravante chama de ALMIROANA. Emitiu então a fiscalização novo Termo de Intimação Fiscal – TIF nº 02- 668/2016, requerendo da manifestante informações e detalhamento das operações relacionadas às suas contas correntes relativamente à SEMIL e ALMIROANA, inclusive com tabela com as respectivas notas fiscais, além dos Livros Diário/Razão 2012 a 2014, registrando que na hipótese de não elaboração desses livros, apresentar o Livro Caixa.

Foram apresentados os Livros Diário e Caixa, nos 2012 e 2014, registrados na Junta Comercial somente em 2017.

Na seqüência, a fiscalização apresenta detalhada descrição da Operação Âmbra, deflagrada em 10/11/2015, pelo Ministério Público Estadual do Espírito Santo em parceria com a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Vitória e Receita Estadual, cujo objetivo era desarticular uma organização criminosa que atuava no setor de rochas ornamentais no município de Cachoeiro do Itapemirim. O esquema consistia na constituição e utilização de empresas de fachada (NOTEIRAS) que vendiam notas fiscais frias para empresas e empresários do setor, buscando dissimular o verdadeiro fornecedor de blocos e chapas de mármore e granito, e, conseqüentemente, sonegar tributo. Entre as noteiras identificadas era explícita a divergência entre o montante elevado de notas fiscais emitidas e a inexistente ou insignificante movimentação bancária/financeira, acrescida da falta de recolhimento dos tributos devidos.

Passa, então, a fiscalização a detalhar todos os procedimentos, depoimentos prestados e informações pertinentes trazidas pelos envolvidos nas empresas de fachada, identificando diversas dessas empresas, entre elas a ACB METAS (ACB MÁRMORES) e ÁGATA GRANITOS.

Em continuidade, dispõe a fiscalização acerca das operações fraudulentas envolvendo a empresa noteira ÁGATA GRANITOS LTDA, doravante chamada de ÁGATA. Informa que a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Vitória recebeu denúncia da existência de esquema organizado de venda de notas fiscais por empresas de fachada (“laranjas”), que eram utilizadas em operações ilícitas de compra e venda de mármore e granito, com o intuito de encobrir o verdadeiro fornecedor e, por conseguinte, a sonegação de tributos. Nesse esquema, estaria envolvida a empresa ÁGATA, cujos sócios de fato

são identificados na referida denúncia anônima, José Alexandre Leal Santanna, CPF: 882.874.597-53, e Silvana Mara Louzada de Souza, CPF: 997.879.547-20. Aduz a fiscalização que a ÁGATA foi inscrita da RFB em 1997 e manteve-se inativa de 1999 a 2007, apresentando para os anos de 2008, 2009, 2010 e 2012 declaração lucro presumido com valores zerados, mantendo-se omissa nos demais anos. Não obstante, no período de 2011 a 2014 emitiu notas fiscais no valor de pouco mais de R\$ 20 milhões sem qualquer recolhimento de tributo federal. Foi baixada pela RFB, por inexistência de fato, em 21/07/2016, após decurso das investigações.

Os dados das notas fiscais emitidas foram extraídos do Sped e foram selecionados para diligência os destinatários que apresentaram valores mais expressivos. Estes foram intimados a apresentar comprovantes de pagamentos efetuados pelas respectivas compras, informar a pessoa que havia negociado tais operações, juntando documentação pertinente. Do exame da documentação apresentada foi possível identificar a existência de operações fraudulentas. Neste contexto, envolvendo empresas que lançaram mão de notas fiscais da empresa laranja ÁGATA, consta a MARMORARIA, conforme na seqüência demonstra a fiscalização, relatando diligências efetuadas em diversas empresas destinatárias das notas fiscais.

- METALLAR MÓVEIS TUBOLARES LTDA EPP – CNPJ: 73.543.639/0001-97.

Instada a apresentar comprovantes de pagamentos e outros documentos relativos às compras realizadas e que foram objeto das notas fiscais emitidas pela ÁGATA, a Metallar encaminhou farta documentação comprobatória das operações de venda de mercadorias pela MARMORARIA e que foram fraudulentamente documentadas com notas fiscais da ÁGATA, além de cópia dos comprovantes de pagamentos efetuados a crédito das contas correntes da MARMORARIA mantidas no Bradesco e no Baco do Brasil referentes a estas operações. Todos os comprovantes de depósito foram identificados nos extratos bancários fornecidos pela MARMORARIA, apresenta respectiva tabela demonstrativa, com informações de pagamentos efetuados de forma parcelada relativos aos meses de 02/2014 a 09/2014. Ainda para confirmar o verdadeiro fornecedor, a Metallar apresentou os romaneios emitidos pela MARMORARIA relativos às notas fiscais emitidas pela ÁGATA relacionadas na tabela citada.

Junta cópia por amostragem. Também apresenta cópia de formulários de controle das mercadorias adquiridas, relacionando todas as informações supra sintetizadas, destacando-se que nestes formulários, além das mercadorias adquiridas, identifica-se a forma de pagamento parcelado, valores e contas correntes da MARMORARIA.

Informa ainda que as compras foram realizadas pelo vendedor José Carlos Oliveira de Jesus, vulgo Serginho. Prestando esclarecimentos à fiscalização, o vendedor dispôs que intermediava negociações entre a compradora Metallar e as empresas vendedoras de granito e mármore, cabendo a fornecedora a entrega da mercadoria ao adquirente, que os pagamentos eram feitos ora por depósito na conta corrente do fornecedor ora por cheques, que não conhece a empresa ÁGATA e que as operações em questão foram vendas da empresa MARMORARIA.

- V E F DE BRITO E CIA LTDA – CNPJ: 08.629.915/0001-72.

A referida empresa, cujo nome de fantasia é FABONE Móveis Tubulares, questionada pela fiscalização sobre operações documentadas com notas fiscais da ÁGATA, devidamente identificadas, apresentou cópia de cheques que foram emitidos em contrapartida pelas mercadorias adquiridas, os quais evidenciam claramente tratar-se de vendas da empresa MARMORARIA, uma vez que no verso dos mesmos sempre consta uma referência à MARMORARIA, inclusive número de sua conta junto ao SICOOB. Informa ainda a Fabone, que as negociações sempre ocorreram através do representante Serginho, que retirava as mercadorias na MARMORARIA e que, a pedido do representante, os respectivos cheques nominais à ÁGATA fossem enviados para a MARMORARIA. Apresentou cópia dos romaneios expedidos pela MARMORARIA e apresenta tabela com respectivos comprovantes de pagamentos.

- CIPLAFE COM. E IND. DE MÓVEIS LTDA – CNPJ: 47.841.911/0001-05.

De igual modo, a CIPLAFE encaminhou a fiscalização documentação comprobatória de mercadorias adquiridas da MARMORARIA com utilização de notas fiscais da empresa ÁGATA. Apresenta depósito bancário feito em conta da MARMORARIA no Banco do Brasil referente à operação de venda documentada pela nota fiscal nº 1.257 da ÁGATA.

Desta forma, conclui a fiscalização que não há dúvida sobre a utilização de empresas laranjas pela MARMORARIA visando ocultar vendas de mercadorias de sua titularidade, e que esta prática não se resume à empresa laranja ÁGATA e ao ano-calendário de 2014. Em continuidade, aduz a fiscalização que demonstrará que a MARMORARIA já utilizava deste expediente desde 2012, com notas fiscais da noteira ACB METAS, conforme discorre a seguir.

A empresa NK INDÚSTRIA DE MÓVEIS EPP – CNPJ: 15.673.559/0001-50 foi diligenciada objetivando fornecimento de cópia de comprovantes de pagamentos decorrentes de compras realizadas e que foram documentadas por meio de notas fiscais da ACB METAS, bem como para informar a identificação das pessoas com as quais as negociações foram realizadas, no período de 09/2012 a 11/2012, apresenta planilha detalhada demonstrativa das vendas.

resposta a NK apresentou planilha com todos os dados de seus pagamentos via cheque de sua titularidade junto ao Banco Itaú, cheques estes quase na sua totalidade nominais à MARMORARIA e com anotação no verso da sua conta corrente na SICOOB ou identificação do sócio da MARMORARIA, Dedé (sr. Antônio José Ofranti).

Informa ainda que todos os pedidos foram feitos ao representante Serginho ou diretamente com as funcionárias da MARMORARIA de nome Sônia ou Ângela via telefone ou email.

Outra empresa diligenciada foi a IND. E COM. DE MÓVEIS MOURA – METALÚRGICA MOURA – CNPJ: 01.488.894/0001-73. Informa que as operações respaldadas pelas notas fiscais da empresa ACB METAS se deram por intermédio de email e telefone da MARMORARIA, período das notas fiscais 09/2012 a 11/2012.

Traz ainda a fiscalização a declaração do representante de vendas Serginho, que conclui que a MARMORARIA é o verdadeiro fornecedor que acobertou suas vendas com notas fiscais da ACB METAS.

O item seguinte do Termo de Encerramento Parcial nº 05 – 668/16 traz a tentativa por parte da MARMORARIA em provar a origem da movimentação financeira verificada em suas contas correntes como sendo relativa ao grupo de empresas da família, ALMIROANA e SEMIL. Apresenta para tanto planilhas onde buscar vincular a origem dos recursos bancários.

Neste contexto, faz o cotejamento dos pagamentos trazidos pela Metallar com os registros contidos nas planilhas elaboradas pela MARMORARIA e constata que inexistente sintonia entre as informações da diligenciada com as supostas vendas indicadas pela MARMORARIA. Os pagamentos trazidos pela Metallar constam na planilha da impugnante como supostas vendas envolvendo outras várias pessoas jurídicas, tudo demonstrado pela fiscalização em planilha elucidativa. Mais uma vez conclui que a MARMORARIA realizou vendas sem emissão de notas fiscais e as dissimulou com notas fiscais de empresas laranjas (ACB METAS e ÁGATA).

- Da infração a dispositivo da Lei Complementar nº 123/2006.

Aduz a auditoria fiscal que ao arrimo do inciso XI, art. 29, da Lei Complementar nº 123/2006, restou comprovado que a MARMORARIA descumpriu de forma reiterada a obrigação contida no inciso I do caput do art. 26 do mesmo diploma legal, qual seja, a obrigatoriedade de emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviços. Constatou-se que a MARMORARIA não emitiu documentário fiscal obrigatório para efetivar as operações de venda de mercadorias às empresas NK e Metalúrgica Moura ocorridas nos meses de setembro a novembro de 2012.

Também no ano de 2014 tal prática se repetiu.

Em sequência a fiscalização traz legislação que embasa os recolhimentos de tributos devidos pela impugnante à RFB e declarações à RFB de empresas optantes do Simples Nacional, que trata da competência da RFB em fiscalizar todos os tributos instituídos pela Simples Nacional e as formas de exclusão de empresas do Simples Nacional, se de ofício ou mediante comunicação da própria pessoa jurídica.

Continua trazendo o art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006 que trata de hipóteses que implicam em exclusão de ofício, especificamente trazendo do inciso XI e o § 9º, incisos I e II, além dos §§ 1º e 2º do mesmo art. 29 que trata da produção de efeitos da exclusão e do prazo de impedimento para nova opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica excluída. Já o art. 32 do mesmo diploma legal prescreve o tratamento tributário ao qual se sujeitará a excluída.

Já o art. 13 da Lei Complementar nº 123/2006 estabelece a obrigação do recolhimento mensal dos tributos que especifica pelas pessoas jurídicas optantes pelo Simples Nacional, concluindo a fiscalização que estes são os dispositivos legais necessários para a análise dos fatos contidos no Termo de Exclusão do Simples Nacional.

- Da apuração do crédito tributário e da exclusão do Simples Nacional.

O art. 18 da Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, estabelece a base de cálculo e as alíquotas dos tributos devidos pelas pessoas jurídicas optantes do Simples Nacional. Por sua vez o art. 3º, § 1º, da referida Lei, conceitua receita bruta.

A partir das Declarações do Simples Nacional apresentadas pela MARMORARIA, sob regime de competência, elaborou a fiscalização uma planilha com os valores da receita bruta declarada da empresa em 2012, competência a competência. Dispõe ainda:

Ocorre que o descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26 da Lei Complementar nº 123, de 2006, importa em exclusão de ofício da pessoa jurídica do SIMPLES NACIONAL (inciso XI, do art. 29).

Não resta dúvida, por todo o relatado, de que a MARMORARIA SANTO ANTÔNIO transgrediu o conteúdo da referida lei pelos seguintes fatos:

a) deixou de emitir documento fiscal de venda por 02 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou não, de idênticas infrações, o que se subsume ao disposto no inciso I do §9º do art. 29;

b) lançou mão do artifício de notas fiscais de empresa laranja visando dissimular venda de mercadorias de fabricação própria, e assim impedir o conhecimento pela autoridade administrativa da ocorrência do fato gerador, suprimindo ou reduzindo o pagamento dos tributos, nos exatos termos do inciso II do §9º do art., ambos da LC nº 123/2006

MARMORARIA SANTO ANTÔNIO infringiu dispositivos da Lei Complementar nº 123, de 2006, nos períodos de apuração 09/2012 a 11/2012, ao não emitir documento fiscal das vendas de mercadorias e, ato contínuo, dissimulá-las com nota fiscal da empresa laranja ACB METAS.

Desde modo, para fins de dar 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 do procedimento fiscal objeto do TDPF – F nº 2016-00668-2, os fatos geradores ocorridos nos períodos de apuração de 09 a 11/2012, 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 11/2012, dando início aos efeitos da exclusão do mês 12/2012.

Em continuidade, através da planilha demonstrativa abaixo, informa os fatos geradores que constaram no lançamento de ofício dos períodos de apuração 09 a 11/2012, com tributação na forma do Simples Nacional, em decorrência do encerramento parcial do procedimento fiscal, consolidando na referida planilha os valores omitidos pela empresa para os meses acima. Informa ainda que relativamente aos períodos de apuração de 12/2012 a 12/2014 serão lançados de ofício oportunamente.

Discorre a seguir das razões que levaram a fiscalização a qualificar a multa aplicada no lançamento de ofício e a legislação que rege sua aplicação.

Neste contexto, dispõe que em virtude dos fatos descritos anteriormente, e considerando, sobretudo a intenção fraudulenta do contribuinte em suprimir

tributos/contribuição social devidos, omitindo mediante fraude receitas que deveriam constar em sua escrituração contábil, aplicou-se multa de 150% sobre o Simples Nacional (IRPJ, Cofins, ICMS, PIS, IPI e CPP) cuja exigência decorre da omissão de receitas, caracterizada pela falta de emissão de documentos fiscais, lançando mão de notas fiscais de empresas de fachada (noteiras).

Transcreve art. 44 da Lei nº 9.430/96, que por sua vez remete aos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, que definem sonegação e fraude fiscal. Dispõe ainda que:

Em razão da convicção firmada pela fiscalização quanto à intenção da MARMORARIA SANTO ANTÔNIO em se eximir dos tributos devidos por meios defesos em lei caracterizada, de forma inequívoca, pela falta de emissão de documentos fiscais de venda, cumulado com a utilização de notas fiscais de empresa laranja. Tais ações inserem-se no contexto de fraude à fiscalização tributária, configurando o dolo necessário para a qualificação da multa de ofício.

Fato é que a MARMORARIA SANTO ANTÔNIO procedeu à redução dos valores dos tributos devidos declarados nas Declarações do SIMPLES NACIONAL, pela falta da emissão das notas fiscais de vendas de mercadorias e utilização de notas fiscais de empresa laranja, com único objetivo de suprimir ou reduzir o pagamento do tributo devido.

Os fatos descritos se subsumem à prescrição do art. 71, I da Lei nº 4.502, de 1964, na figura da Sonegação, tendo em vista a tentativa, por meio de ação dolosa, de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais.

Por fim, trata da seara penal e conclui aduzindo que a ação fiscal encerrada parcialmente examinou fatos geradores ocorridos nos meses de setembro a novembro/2012, tudo documentado no referido Termo de Encerramento Parcial nº 05, nos demonstrativos de descrição dos fatos e enquadramento legal e demais documentos que serviram de prova.

Da Manifestação de Inconformidade

Nos termos da decisão da DRJ, segue o relato da Manifestação de Inconformidade, de fls. 319/325, que aduziu os seguintes argumentos:

- Faz breve relato de sua opção pelo Simples Nacional, sobre seus recolhimentos nesse sistema, confirma a ciência do ADE de exclusão e o prazo de seus efeitos, dispondo que a razão da exclusão é equivocada, estando eivada de nulidade e representa uma afronta aos princípios básicos do direito.
- A fiscalização utilizou fatos posteriores para fundamentar a exclusão e a autuação. Pela leitura do Termo de Encerramento Parcial de Fiscalização e do Termo de Exclusão (que fundamenta o ADE), verifica-se que a fiscalização baseia sua decisão em fatos geradores ocorridos nos meses de setembro a novembro de 2012. Ocorre que o que se observa é que a fiscalização elabora planilhas e se atém, quase que totalmente, a supostos fatos ocorridos nos anos de 2013 e 2014, ou seja, em período posterior ao excluído, que ainda se encontram sob verificação e não são conclusivos, isso sem falar que poderão ser contestados no momento oportuno. Os relatórios deveriam se ater

estritamente a fatos e documentos referentes ao período autuado e excluído, o que gerou uma falsa convicção negativa sobre a empresa. Tal fato, além de ilegal e indevido, fere o contraditório da impugnante, visto que a presente defesa somente deverá se manifestar sobre o período autuado (09 a 11/12) que gerou a exclusão, até porque a impugnação não pode se manifestar acerca de fatos não conclusivos e que ainda estão sob análise da fiscalização. Por uma questão de legalidade o Termo de Exclusão e o conseqüente ADE devem ser anulados e refeitos para descrever unicamente supostos fatos imputados relacionados ao período anterior ao da exclusão.

- Da inexistência de infração a dispositivo da Lei Complementar nº 123/2006 e do não cometimento de prática reiterada de infração.

A fiscalização para fundamentar a indevida exclusão, relata que a impugnante teria, de forma comprovada, descumprido reiteradamente a obrigação contida no inciso I do caput do art. 26 da Lei Complementar nº 123/2006, a obrigatoriedade de emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviços. Para tanto, a impugnante teria se utilizado de notas fiscais da ACB METAS para dissimular suas operações de vendas para as empresas NK e Metalúrgica Moura, nos meses de setembro a novembro de 2012. Além de não restarem cabalmente comprovados os fatos, a impugnante não cometeu qualquer infração, devido a:

i) a fiscalização utiliza depoimento de operadores e dos sócios das empresas noteiras, que, sem passar pelo crivo do contraditório, em nenhum momento tais operadores e laranjas fazem menção a impugnante como participante deste suposto esquema;

ii) a impugnante desconhece as operações mencionadas pela fiscalização junto as empresas NK e Metalúrgica Moura, em que supostamente foram utilizadas notas fiscais da empresa noteira ACB METAS, isso porque essas empresas tinham diversos fornecedores na região e eram atendidas por um representante autônomo que fazia todas as transações.

iii) o citado representante comercial conhecido pela alcunha de Serginho declarou que era vendedor autônomo e que vendia tampos de mesas para diversos fornecedores e para diversas empresas, não podendo dessa forma presumir a origem e o destino das operações, além de receber valores e fazer pagamentos entre seus fornecedores, utilizando valor de uma empresa para pagar a outra.

Assim, não existem provas cabais que a impugnante não tenha emitido notas fiscais nas operações de venda para as empresas NK e Metalúrgica Moura ocorridas nos meses de 09 a 11/2012, lançando mão para tanto da empresa noteira ACB METAS, evidenciando que a fiscalização não comprovou suas alegações e que inexistiu qualquer infração à Lei Complementar nº 123/2006, devendo o ADE ser considerado nulo e insubsistente.

- O ADE é nulo visto que se baseou em uma presunção, representada pelo contido no processo 10783.720078/2017-94 onde a fiscalização lavrou o respectivo Auto de Infração, presunção que ainda não é capaz de gerar qualquer efeito já que, devidamente impugnado, está pendente de julgamento administrativo.

- Da ilegalidade da manutenção da exclusão pelo prazo de dez anos. Até pela inexistência de provas e não ocorrência de infração reiterada, acredita-se que

o ADE será anulado, porém, caso contrário, pelo menos o impedimento a nova opção deverá ser expurgado, pena severa que poderá inviabilizar o funcionamento da empresa, sem falar que é medida ilegal e desproporcional.

- Requer a insubsistência do Ato Declaratório Executivo - ADE nº 22/2017, não devendo gerar qualquer efeito, mantendo-se a empresa como optante do Simples Nacional, ou, no mínimo, seja expurgado o impedimento de nova opção pelo prazo de dez anos.

Em julgamento realizado em 28 de setembro de 2017, a 7ª Turma da DRJ/RPO, considerou improcedente a Manifestação de Inconformidade da contribuinte e prolatou o acórdão 14-70.457 assim ementado:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO FRAUDULENTE DE TRIBUTOS.

Correta a exclusão do Simples Nacional, fundada na prática reiterada de infração à legislação, caracterizada pela supressão ou redução fraudulenta de tributos, mediante reiterada omissão de escrituração de notas fiscais, nos termos do inciso XI do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006.

Comprovada a utilização de qualquer meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de reduzir o pagamento de tributo relativo ao Simples Nacional, eleva-se o prazo de impedimento à nova opção pelo regime diferenciado de tributação Simples Nacional para dez anos, nos termos do art. 29, § 2º, da Lei Complementar nº 123/2006.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Do Recurso Voluntário

O recorrente apresentou recurso voluntário às fls. 356 e ss, onde reforça os argumentos apresentados em sede de Manifestação de Inconformidade e requer a insubsistência do ADE 22/2017.

Recebi os autos, desta feita, por sorteio, em 22/01/2019.

É o relatório.

Voto

Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Relatora

A contribuinte foi excluída do regime do SIMPLES NACIONAL, conforme o ADE 22/2017, fls. 60, a partir de 01/12/2012, em virtude de prática reiterada de infração à disposição da Lei Complementar 123/2006, conforme previsto no inciso XI do caput c/c incisos I e II, do § 9º, todos do art. 29 do mesmo diploma legal.

Ela foi cientificada do teor do acórdão da DRJ/RPO em 24/04/2018 (AR de fl. 352), e apresentou em 11/05/2018, recurso voluntário, juntado às fls. 356 e ss.

Já que atendidos os requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72, e tempestivo, dele conheço.

Bom se ressaltar que nestes autos discutem-se somente a questão relativa à exclusão do regime do SIMPLES NACIONAL, que se deu conforme o ADE 22/2017.

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL - a pessoa jurídica **MARMORARIA SANTO ANTÔNIO LTDA ME**, CNPJ nº **39.394.085/0001-75**, em virtude da prática reiterada de infração à disposição da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, conforme previsto no inciso XI do caput c/c incisos I e II, do § 9º, todos do art. 29 do mesmo diploma legal.

Parágrafo único. A descrição dos fatos e dos motivos de direito que deram origem à exclusão de ofício objeto deste ADE, se encontra nos Autos de Infração de constituição dos tributos abrangidos pelo SIMPLES NACIONAL (PA 09 a 11/2012), no Termo de Encerramento Parcial nº 05-668/2016 e no Termo de Exclusão do SIMPLES NACIONAL nº 06-668/2016, dos quais o contribuinte ora excluído tem ciência neste ato.

Art. 2º Os efeitos da exclusão de ofício dar-se-ão a partir do dia 01/12/2012, e impedirão nova opção pelo SIMPLES NACIONAL pelos próximos 10 (dez) anos-calendário seguintes, conforme disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 da Lei Complementar no 123, de 2006.

Conforme se verifica do TVF, a fiscalização identificou através de programa de fiscalização que a recorrente efetuou vendas sem a devida emissão de notas fiscais, bem como lançou mão de forma reiterada de notas fiscais inidôneas de empresas de fachada (noteiras) para acobertar tais operações, dissimulando suas próprias vendas.

Diante desses fatos, foram lavrados auto de infração referente aos meses de setembro a novembro de 2012, de omissão de receitas, com imputação de multa qualificada.

Segundo o ADE, o fundamento para a exclusão foi a prática reiterada de infração à disposição da LC 123/06, essa infração está prevista no art. 26, I.

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;

Bem como inciso XI do caput e I e II do §9º, ambos do art. 29 também da referida LC.

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

(...)

XI - houver descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26;

Ou seja, a prática reiterada de ação que deveria ser obrigatória - emissão de notas fiscais - levou à exclusão de ofício da contribuinte.

Vejamos agora o que diz os incisos I e II do §9º do art. 29 da mesma norma:

*§ 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.

Este Colegiado já se posicionou em caso semelhante, no Acórdão 1301-003.364, do ilustre Conselheiro Roberto Silva Junior, seguem partes do V. Acórdão:

O § 9º contempla duas situações distintas. A primeira fala em infrações idênticas, verificadas em mais de um período de apuração, nos últimos cinco anos, formalizadas em auto de infração ou notificação de lançamento.

As infrações referidas no inciso I são as praticadas sem dolo, sem intenção de fraudar. A existência de auto de infração anterior (nos últimos cinco anos) é indispensável para caracterizar a reiteração. Destarte, se a autoridade fiscal fiscalizar dois anos e encontrar uma determinada infração cometida em todos os meses pelo fiscalizado, não se poderá iniciar qualquer procedimento de exclusão do Simples com base na reiteração do ilícito, já que não existe auto de infração anterior colhendo infração idêntica.

Ao contrário, se a auditoria fiscal abrangesse apenas um ano e apurasse a prática de certa infração, efetuando a respectiva autuação, e, depois, em nova auditoria abrangendo períodos subsequentes, fosse encontrada a prática do mesmo ilícito, aí sim caberia a exclusão do Simples Nacional.

A razão para esse tratamento é a seguinte: ao ser autuado, o contribuinte, que agia de boa fé, passa a ter formalmente ciência do entendimento do Fisco acerca da matéria.

Assim, tem ele a possibilidade de espontaneamente corrigir o procedimento adotado (em períodos não abrangidos pela fiscalização antes realizada), e passar a observar,

para o futuro, o entendimento que ao Fisco parece correto. Não o fazendo, ficará sujeito à nova autuação e à exclusão do Simples por infração reiterada.

É por isso que, sem auto de infração ou notificação de lançamento, nos últimos cinco anos, não se tem como caracterizada a reiteração.

Já no item II, tem-se a infração dolosa, praticada com intuito de fraude. Nesse caso, em que o fiscalizado age com inequívoca má-fé, não se exige a existência de lançamento anterior (nos últimos cinco anos) colhendo idêntica infração. Basta que o ilícito se reproduza em dois ou mais períodos, ainda que constatados na mesma auditoria fiscal, para que se materialize a reiteração que autoriza excluir do Simples Nacional o infrator.

No presente caso, o que se tem é a existência de duas infrações distintas, sendo uma delas a omissão de receitas, que foi apenada com multa qualificada, em auto de infração objeto do processo nº 13855.720480/201423 (apensado a este processo). O lançamento, incluindo a multa qualificada, foi mantido no Acórdão nº 0131.360, da 1ª Turma da DRJ Belém, que entendeu caracterizado o dolo da recorrente.

Neste processo, não cabe rediscutir se existiu a infração e tampouco se foi praticada com dolo. Deve ser considerado o quanto decidido no processo em que se discutia a infração. Nele a multa qualificada foi mantida.

Portanto, a prática reiterada de infração está caracterizada, na forma do § 9º, inciso II, do art. 29 da LC nº 123/2006.

A DRJ, por sua vez, também manteve a exclusão, de igual forma, no que tange à prática reiterada:

Neste ponto, cabível trazer toda a disposição da fiscalização quando demonstra a prática de infração reiterada pela impugnante:

Não resta dúvida, por todo o relatado, de que a MARMORARIA SANTO ANTÔNIO transgrediu o conteúdo da referida lei pelos seguintes fatos: a) deixou de emitir documento fiscal de venda por 02 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou não, de idênticas infrações, o que se subsume ao disposto no inciso I do §9º do art. 29; b) lançou mão do artifício de notas fiscais de empresa laranja visando dissimular venda de mercadorias de fabricação própria, e assim impedir o conhecimento pela autoridade administrativa da ocorrência do fato gerador, suprimindo ou reduzindo o pagamento dos tributos, nos exatos termos do inciso II do §9º do art., ambos da LC nº 123/2006.

Ou seja, nenhuma dúvida existe quanto subsunção dos atos constatados e comprovados pela fiscalização à legislação acima, no que tange à reiteração da infração, nos termos da Lei Complementar nº 123/2006.

Conforme posicionamento acima exarado, também no presente caso, temos a existência de duas infrações distintas, uma delas é a omissão de receitas, com multa qualificada, em auto de infração objeto do processo nº 10783.720078/2017-94 (apensado a este processo). Nesse processo, a multa qualificada também foi mantida, conforme Acórdão 14-70.458 da 7ª Turma da DRJ de Ribeiro Preto (SP).

Assim, de se manter a exclusão do SIMPLES NACIONAL.

Quanto a outros pontos trazidos pela recorrente, aqueles que tratam da omissão de receitas em si, e da multa respectiva, são analisados no processo respectivo.

Quanto ao prazo de impedimento, repito o que disse a DRJ:

Já relativamente ao prazo de impedimento de nova opção pelo Simples Nacional, tem-se que se a fiscalizada deixou de emitir notas fiscais de suas vendas e mais, lançou mão do artifício da utilização de notas fiscais da empresa noteira ACB METAS para dissimular suas operações de vendas com a clara intenção de reduzir seus tributos devidos, é evidente que ela valeu-se da “utilização de artifício, artil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro”. E o fim específico de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo é facilmente deduzido, já que é consequência natural de todo o comportamento da empresa amplamente já tratado acima.

Bem como é o que determina a norma em seus parágrafos 1º, 2º e 3º do art.

29:

§ 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.

§ 2º O prazo de que trata o § 1º deste artigo será elevado para 10 (dez) anos caso seja constatada a utilização de artifício, artil 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 segundo o regime especial previsto nesta Lei Complementar.

§ 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.

CONCLUSÃO

Diante de todo o acima exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário e no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO.

(assinado digitalmente)
Amélia Wakako Morishita Yamamoto