



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

Processo nº 10783.720918/2016-38
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1001-000.507 – Turma Extraordinária / 1ª Turma
Sessão de 9 de maio de 2018
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL
Recorrente BASE NUCLEAR LTDA - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

ANOs-CALENDÁRIO 2014

Constatada prática reiterada de infração ao disposto legislação que rege o Simples Nacional, deve ser procedida a exclusão de ofício da empresa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade suscitada no recurso para, no mérito, negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa- Presidente.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edgar Bragança Bazhuni, Eduardo Morgado Rodrigues, Lizandro Rodrigues de Sousa e José Roberto Adelino da Silva

Relatório

Trata-se Recurso Voluntário contra o acórdão, número 09-64.148, da 2ª Turma da DRJ/JFA, o qual indeferiu a Manifestação de Inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo DRF/VIT nº 66, de 29/07/2016, que a excluiu do Simples Nacional,

DRJ: Em síntese, apresento, resumidamente, o relatório, constante da decisão da

Relatório

A contribuinte anteriormente qualificada apresentou manifestação de inconformidade contra sua exclusão de ofício do Simples Nacional, a partir de 01/11/2014, motivada pela prática reiterada de infração (PA 09 e 10/2014), como consta do ADE de fls. 31 e com detalhamento no Termo de Exclusão do Simples Nacional (fls. 02/30) e no Termo de Verificação Fiscal (fls. 48/82).

Extraí do Termo de exclusão do Simples Nacional os trechos a seguir:

1. DO OBJETO:

(...)

2. DO PROCEDIMENTO:

Em 31/05/2016, foi enviado por via postal o Termo de Início de Fiscalização nº 01-2016-287-3 ao contribuinte supra qualificado, no endereço constante do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ.

(...)

A despeito da referência do contribuinte a um anexo, não há nenhum anexo a sua resposta e os mencionados Termo de Início de Fiscalização 01-2016-85- 4 e MPF nº 07.2.01.00-2016-00085-4, são documentos exarados em outro procedimento de fiscalização conduzido por Auditores-Fiscais da DRF Vitória(ES).

4. que o contribuinte não apresentou qualquer documento que demonstre a origem e legitimidade do crédito financeiro apontado, bem como, qualquer documento de quitação dos tributos devidos (DARF, DAS, DARF-SIAFI, ou qualquer outro), anexando tão somente, conforme acima citado, documentos por produzidos e protocolizados junto à STN e RFB.

5. que no curso deste procedimento a RFB não identificou qualquer comprovação de quitação dos débitos originários das receitas declaradas no PGDASN-D, como IMUNES.

(...)

Os únicos documentos juntados à resposta são cópias de requerimentos formulados pela ALPHA ONE e protocolizados na Secretaria do Tesouro Nacional, sem qualquer outro elemento probatório da origem do suposto crédito financeiro.

Em 23/06/2016 o contribuinte tomou ciência do Termo de Intimação Fiscal nº 02- 2016-287-3 (conforme faz prova o respectivo AR), por meio do qual foi alertado “que a correspondência entregue a esta fiscalização em resposta ao termo de início de fiscalização não respondeu a qualquer dos quesitos nele formulados, bem como não apresentou qualquer dos documentossolicitados”, tendo sido intimado a comparecer à sede da Delegacia da Receita Federal em Vitória (ES), em dia e horário a serem previamente marcados, para prestar esclarecimentos sobre a forma de quitação dos débitos relativos ao SIMPLES NACIONAL.

Além disso, o contribuinte foi re-intimado dos mesmos quesitos constantes do Termo de Início de Fiscalização, os quais pendiam de respostas.

Em 06/07/2016 o contribuinte apresentou resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 02-2016-287-3, pela qual repetiu os mesmos argumentos trazidos na resposta anteriormente apresentada à fiscalização.

De mesmo modo, a despeito de informação em contrário constante no corpo de sua resposta, o contribuinte não juntou qualquer documento a sua resposta, tendo sido consignado pelo Auditor-Fiscal que a recebeu: “ressalto que não foi entregue qualquer documento anexo a esta resposta composta por 4 páginas”.

3. DOS FATOS QUE DERAM ORIGEM À AÇÃO FISCAL:

Conforme visto, originalmente o contribuinte optante pelo SIMPLES NACIONAL apresentou PGDAS-D, relativos aos períodos de apuração de 09/2014 a 12/2015 em que se encontravam indicados os valores devidos do SIMPLES NACIONAL.

Em momento posterior, foram apresentadas PGDAS-D - retificadores para os períodos supra citados, nas quais foram suprimidos valores devidos de SIMPLES NACIONAL, com a indicação de que tais receitas estavam acobertadas por IMUNIDADE TRIBUTÁRIA, como forma de suprimir ou reduzir significativamente o pagamento de tributos apurados segundo o regime especial do SIMPLES NACIONAL, conforme previsto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Saliente-se que, conforme contrato padrão denominado de INSTRUMENTO PARTICULAR DE CESSÃO ONEROSA DE CRÉDITO FINANCEIROS, INTEGRALIZADO JUNTO À LEI Nº 12.798/2013, em que consta como Cedente/Contratada a pessoa jurídica de ALPHA ONE CONSULTORIA TRIBUTÁRIA, CNPJ nº 15.511.847/0001-08, no Parágrafo Único da Cláusula 6ª e na Cláusula 7ª, a obrigatoriedade da Cessionária/Contratante de fornecer todos os documentos necessários, “principalmente o fornecimento de procurações, contratos sociais”.

A retificação do PGDAS-D da competência 09/2014, apresentada à Receita Federal em 30/10/2014, incluiu a informação de IMUNIDADE TRIBUTÁRIA como motivação para supressão ou redução do recolhimento dos tributos.

Note-se que, no dia anterior, a ora fiscalizada outorgou procuração eletrônica para a ALPHA ONE (CNPJ 57.787.087/0001-06), cuja validade era 29/10/2015. Posteriormente, foi outorgada uma segunda procuração cuja validade era 23/11/2016.

4. DA FALTA DE RESPOSTA OU DAS RESPOSTAS INCOMPLETAS ÀS INTIMAÇÕES FISCAIS:

(...)

5. DA POSIÇÃO PEREMPTÓRIA DA SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL NO TOCANTE À INEXISTÊNCIA DO SUPOSTO CRÉDITO FINANCEIRO:

(...)

6. DA FALTA DE COMPROVAÇÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA INFORMADA NAS DECLARAÇÕES DO SIMPLES NACIONAL (PGDAS-D):

(...)

7. DA IMPOSSIBILIDADE DA COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS, POR FALTA DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO CRÉDITO:

(...)

8. DA FRAUDE FISCAL E A HISTÓRIA-COBERTURA:

(...)

9. DA INFRAÇÃO A DISPOSITIVO DA LEI COMPLEMENTAR nº 123, DE 2006:

(...)

10. DA CAPITULAÇÃO LEGAL

(...)

14. DA PROPOSTA DE EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL

Por todo o descrito e comprovado na presente representação fiscal, propomos a EXCLUSÃO DE OFÍCIO do contribuinte BASE NUCLEAR LTDA – EPP, CNPJ nº 04.955.762/0001-00, do SIMPLES NACIONAL, pelo período de 10 anos, a contar do período de apuração 01/11/2014, na forma do §2º c/c o inciso V, ambos do art. 29, da LC nº 123, de 14 de dezembro de 2016.

Em sua defesa, a contribuinte alega, em síntese, que

DO EFEITO SUSPENSIVO

(...)

DOS PROCEDIMENTOS EM PGDAS.

Inicialmente, **importante destacar que não foram realizadas compensações indevida na PGDAS**, mas sim, apenas havendo informações no campo de imunidade nesta Declaração, conforme será demonstrado abaixo; além do que foi com base nas Declarações do Simples Nacional que o auditor-fiscal apurou a base de cálculo a serem tributadas, ou seja, na PGDAS original, não sendo necessário fiscalização para realizar lançamentos de ofício, apenas não homologou a PGDAS retificadora.

(...)

Todavia, importante esclarecer que os valores devidos do Simples Nacional, devidamente lançados na PGDAS, foram quitados através de processo de resgate de Título da Dívida Pública Externa, junto a Secretaria do Tesouro Nacional, através de processos administrativos identificados pelos COMPROTs anexos, todos vinculados ao COMPROT 011.1684.002385.2014.000.000 ; no qual é requerido o resgate dos créditos alocados na conta denominada Operações Especiais, Unidade Orçamentária 71.101, Número Obrigação SLAFI 001418, Operação Especial 0409, IDOC 2754, Lei Orçamentária 2012, com quitação conforme tabela mencionada nos COMPROTs, anexos aos autos.

Portanto, o procedimento da extinção da obrigação tributária dos débitos mencionados acima estão vinculados em processo administrativo junto a Secretaria do Tesouro Nacional/COMPROT sob o n.º 011.1684.002385.2014.000.000. cuja origem é a Dívida Pública Externa Brasileira vencida e não paga, razão pela qual o artigo 1º e parágrafo único da Portaria da Secretaria da Receita Federal do Brasil n.º 913, de 25 de julho de 2002, prevê a extinção da obrigação tributária nos seguintes termos:(...)

Em suma, por ser detentora de crédito financeiro, foi perseguido o pagamento de seus débitos tributários com os supracitados créditos, através de pleitos protocolados junto a Secretaria Tesouro Nacional, objetos dos COMPROTs anexos, na qual a Impugnante aguarda a tramitação final para que ocorra a extinção da obrigação tributária.

*Noutro giro, após os informes / informação de pagamentos dos tributos na Secretaria do Tesouro Nacional, com a abertura do Processo Administrativo / COMPROT n.º 011.1684.002385.2014.000.000 a Impugnante protocolou referidos documentos na Receita Federal do Brasil, no **Processo Administrativo n.º 13811.726457/2012-97, confessando seus débitos e informando o imediato pagamento, na qual a Receita Federal do Brasil tem ato vinculado pela decisão da Secretaria do Tesouro Nacional frente aos tributos indicados.***

Frente a tudo isso, a Impugnante requer a nulidade absoluta do Lançamento Fiscal através do Auto de Infração, haja vista que a Receita Federal do Brasil não detém de Competência acerca da liberação dos Recursos / crédito com poder liberatório de pagamentos de tributos, nos moldes da sistematização pela Portaria 913/2002, visto que a Secretaria do Tesouro Nacional é quem detém da Competência para decidir acerca da liberação dos recursos e por consequência da extinção da obrigação tributária.

(...)

DO DIREITO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO EMBASADO NA LEI COMPLEMENTAR N.º 123/2016 E NO DECRETO N.º 70.235, DE 06 DE MARÇO DE 1972.

(...)

Isto porque, os débitos foram declarados em PGDAS, com inclusão de informações no campo Imunidade Tributária [por não haver campo específico], sendo que, em caso dela ser retida para análise, seria intimado o contribuinte para prestar esclarecimentos ou apresentar documentação comprobatória sobre as possíveis inconsistências ou indícios de irregularidade detectados, e não com Auto de Infração, visto que os débitos já estavam lançados, não sendo necessário auditoria nos livros contábeis para verificar os reais valores devidos, pois apenas não concordou com a informação no campo da Imunidade.

(...)

DO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO E O MECANISMO DE INFORMAÇÃO EM PGDAS – CONFISSÃO DO DÉBITO SEM CARACTERIZAÇÃO DE FRAUDE E DOLO

(...)

Com isso, verificar-se que o procedimento adotado pela Empresa Contribuinte difere dos padrões comumente observados na relação contribuinte/Receita Federal:

A uma, porque utilizou-se de um crédito financeiro para efetuar a extinção do débito tributário; a duas, porque, ainda que esteja obrigado a declarar a extinção ocorrida, a ferramenta digital disponibilizada pela RFB não contempla nenhuma forma possível de que esta informação seja prestada de forma correta, razão pela qual o contribuinte é obrigado a utilizar outros meios para formalizar referidas informações, sob o cuidado de não sofrer a cobrança indevida do débito, uma vez que a RFB não detém elementos para confirmar a efetivada extinção da obrigação tributária.

(...)

DA ILEGALIDADE DA MULTA ARBITRADA – NÃO CARACTERIZAÇÃO DO DOLO E FRAUDE.

(...)

DA REDUÇÃO DA MULTA ISOLADA.

(...)

DA NÃO OCORRÊNCIA DE CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTARIA

(...)

DA CONCLUSÃO.

Por toda fundamentação acima expendida, não há que se falar na manutenção da Exclusão de Ofício do Simples Nacional, formalizada de maneira arbitrária, ilegal e nula, A) a uma, porque os débitos não precisavam ser lançados novamente, isto porque já havia o lançamento na PGDAS original, podendo, caso não concordasse com as informações prestadas em PGDAS retificadora, não homologá-la, retornando a condição de exigíveis dos débitos lançados e apurados na PGDAS original, além dos livros contábeis e fiscais, com informação de valores originais da realidade contábil, bem como de informes realizados nos COMPROTs anexos, todos vinculados ao COMPROT 011.79446.000257.2013.000.000, com posterior protocolo das informações prestadas a RFB pela juntada efetivada no Processo Administrativo n.º 13811.726457/2012-97, forma legal e suficiente para constituição do crédito tributário, já que a Empresa Contribuinte realizou todas as obrigações descritas no artigo 142 do CTN, de acordo com sua realidade fiscal; B) a duas, porque, caso a RFB discordasse da modalidade de lançamento e pagamento, deveria iniciar um processo administrativo fiscal, com envio de Notificação//Ato Declaratório para Empresa Impugnante realizar o pagamento dos débitos da PGDAS original, sob pena de exclusão de ofício, o que não ocorreu na tramitação deste procedimento, determinando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até ulterior julgamento.

DO PEDIDO Diante do exposto, requer a concessão do EFEITO SUSPENSIVO, determinando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos termos do artigo 151, inciso III do CTN, com a imediata suspensão da Exclusão de Ofício do Simples Nacional, vez que formalizada de maneira arbitrária, ilegal e nula, e ao final seja julgado procedente a presente Impugnação com o consequente cancelamento da Exclusão de Ofício do Simples Nacional, levando-se em consideração os princípios constitucionais que a Lei Complementar 123/2006.

Caso V. Senhoria não entenda desta forma requer, caso não seja extinto o presente Auto de Infração, com o cancelamento da Exclusão de Ofício do Simples Nacional, que seja determinada a redução da multa para percentual previsto no 38-A da Lei Complementar 123/2006.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva - Relator

Inconformada, a recorrente apresentou o Recurso Voluntário, tempestivo que apresenta os demais pressupostos de admissibilidade, previstos no Decreto 70.235/72, e, portanto, dele eu conheço.

Assim como o fizera, por ocasião da manifestação de inconformidade, a recorrente questiona (agora no recurso) alega:

- preliminar de nulidade porque *"referida exclusão de ofício do Simples Nacional pelas alegações dos auditores não deve permanecer, isto porque, o deixar de recolher o tributo mensal devido deve ser precedido de notificação, antes de formalizar a exclusão, o que não ocorreu no presente caso, tornando ilegal, arbitrária e nula a exclusão; bem como a informação em PGDAS-D retificadora não foi homologada pela RFB, devendo ser notificada a Empresa Impugnante para recolhimento dos valores informados na PGDAS original, sem a formalização de Auto de Infração e, conseqüentemente, da presente exclusão de ofício do Simples Nacional."*
- **DOS PROCEDIMENTOS EM PGDAS.**
- Todavia, importante esclarecer que os valores devidos do Simples Nacional, devidamente lançados na PGDAS, foram quitados através de processo de resgate de Título da Dívida Pública Externa, junto a Secretaria do Tesouro Nacional, através de processos administrativos identificados pelos COMPROTs anexos, todos vinculados ao COMPROT 011.1684.002385.2014.000.000 ; no qual é requerido o resgate dos créditos alocados na conta denominada Operações Especiais, Unidade Orçamentária 71.101, Número Obrigação SIAFI 001418, Operação Especial 0409, IDOC 2754, Lei Orçamentária 2012, com quitação conforme tabela mencionada nos COMPROTs, anexos aos autos.
- Portanto, o procedimento da extinção da obrigação tributária dos débitos mencionados acima estão vinculados em processo administrativo junto a Secretaria do Tesouro Nacional / COMPROT sob o n.º 011.1684.002385.2014.000.000, cuja origem é a Dívida Pública Externa Brasileira vencida e não paga, razão pela qual o artigo 1º e parágrafo único da Portaria da Secretaria da Receita Federal do Brasil n.º 913, de 25 de julho de 2002,
- Por outro lado, por não existir campo específico na PGDAS – **obrigação acessória**, para efetivar a descrição e ocorrência da modalidade de pagamento pela sistematização da Portaria 913/2002 / dos tributos que se busca a extinção junto a Secretaria do Tesouro Nacional, todo o procedimento foi informado através dos Informes protocolados na Secretaria do Tesouro Nacional e na RFB, cujos valores e tributos inclusive

foram declarados nos Livros obrigatórios, de acordo com os registros e controles das operações e prestações por ela realizadas, em que consta a real escrituração pela Impugnante, tudo conforme determina a Legislação em vigor.

Culmina, a recorrente, com o seguinte requerimento:

- *Frente a tudo isso, a Impugnante requer a nulidade absoluta do Lançamento Fiscal através do Auto de Infração, haja vista que a Receita Federal do Brasil não detém de Competência acerca da liberação dos Recursos / crédito com poder liberatório de pagamentos de tributos, nos moldes da sistematização pela Portaria 913/2002, visto que a Secretaria do Tesouro Nacional é quem detém da Competência para decidir acerca da liberação dos recursos e por consequência da extinção da obrigação tributária.*
- *Ademais, a formalização do Auto de Infração junto a Impugnante é forma de LANÇAMENTO tributário nos moldes do artigo 142 do CTN., motivo pelo qual a Impugnante apresenta sua Impugnação nos moldes do artigo 151, III do CTN, haja vista que foi alterado o quadro fiscal do Autolancamento das referidas PGDAS, pela qual não houve aceitação da modalidade de pagamento na forma perseguida pela Impugnante, tudo isso se fazendo presentes os princípios dos direitos constitucionais, dentre eles do devido processo administrativo e da ampla defesa e contraditório.*

A seguir, continua:

- **DO DIREITO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO EMBASADO NA LEI COMPLEMENTAR N.º 123/2016 E NO DECRETO N.º 70.235, DE 06 DE MARÇO DE 1972.**
- Inicialmente, importante esclarecer que a Empresa Contribuinte teve seus débitos informados em PGDAS desconsiderados e formalizado o presente Auto de Infração de maneira arbitrária e ilegal, porque deve-se atentar para o devido processo legal.
- Isto porque, os débitos foram declarados em PGDAS, com inclusão de informações no campo Imunidade Tributária [por não haver campo específico], sendo que, em caso dela ser retida para análise, seria intimado o contribuinte Página 8 de 26 para prestar esclarecimentos ou apresentar documentação comprobatória sobre as possíveis inconsistências ou indícios de irregularidade detectados, e não com Auto de Infração, visto que os débitos já estavam lançados, não sendo necessário auditoria nos livros contábeis para verificar os reais valores devidos, pois apenas não concordou com a informação no campo da Imunidade.
- Desta forma, requerer o imediato envio da presente Impugnação (sic) para julgamento pela Delegacia de Julgamento de sua jurisdição, com a devida suspensão da exigibilidade do crédito tributário, enquanto pendente de julgamento em todas as instâncias administrativas, nos termos da legislação em vigor.

Faz, com o fizera na impugnação, comentários quanto à constitucionalidade normas e avança:

-
- **DO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO E O MECANISMO DE INFORMAÇÃO EM PGDAS – CONFISSÃO DO DÉBITO SEM CARACTERIZAÇÃO DE FRAUDE E DOLO.**
 - os débitos foram declarados em PGDAS e nos livros contábeis e fiscais;
 - Com isso, verificar-se que o procedimento adotado pela Empresa Contribuinte difere dos padrões comumente observados na relação contribuinte/Receita Federal: A uma, porque utilizou-se de um crédito financeiro para efetuar a extinção do débito tributário; a duas, porque, ainda que esteja obrigado a declarar a extinção ocorrida, a ferramenta digital disponibilizada pela RFB não contempla nenhuma forma possível de que esta informação seja prestada de forma correta, razão pela qual o contribuinte é obrigado a utilizar outros meios para formalizar referidas informações, sob o cuidado de não sofrer a cobrança indevida do débito, uma vez que a RFB não detém elementos para confirmar a efetivada extinção da obrigação tributária.
 - Alega ilegalidade de multa arbitrada.
 - **DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL.**
 - Na exclusão do Simples Nacional o que o legislador infraconstitucional fez foi violar os princípios inseridos em nossa Constituição Federal de 1988 destinados às micros e pequenas empresas, e segundo a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra Elementos de Direito Administrativo, que conceitua e destaca a importância dos princípios para o direito, a violação poderá trazer graves consequências,
 - **DA REDUÇÃO DA MULTA ISOLADA.**
 - Apenas para argumentar, em caso de não deferimento da exclusão da multa isolada, certo é a sua redução, em virtude do princípio constitucional da proporcionalidade, além de constatar-se que as penalidades dos parágrafos 15 e 17 do art. 74 da Lei 9.430, de 1996, conflitam com o disposto no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea ‘a’ da Constituição Federal, uma vez que tendem a inibir a iniciativa dos contribuintes de buscarem junto ao Fisco a cobrança de valores indevidamente recolhidos.
 - **DA NÃO CORRENCIA DE CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTARIA**
 - Outrossim, não há elementos que possam justificar a alegação de que o Impugnante tenha cometido crime contra a ordem tributário, vez que da narrativa dos fatos pelo Sr. Auditor Fiscal, não ficou demonstrado que o Impugnante tenha praticado o crime, haja vista que a Impugnante, por ser detentora de crédito financeiro, objeto de resgate com poder liberatório de pagamento busca a

extinção/pagamento de seus débitos tributários com os créditos com base na sistematização da Portaria 913/2002, com arimo nos pleitos junto a Secretaria Tesouro Nacional, bem como todas as informações foram devidamente lançadas nas declarações que estava obrigada a apresentar nos termos da legislação vigente.

Por último, requer:

- **DO PEDIDO**
- Diante do exposto, requer a **o provimento do presente recurso**, determinando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos termos do artigo 151, inciso III do CTN, com a **imediata suspensão da Exclusão** de Ofício do Simples Nacional, vez que formalizada de maneira arbitrária, ilegal e nula, e ao final seja **julgado procedente** a presente Impugnação com o consequente **cancelamento da Exclusão** de Ofício do Simples Nacional, levando-se em consideração os princípios constitucionais que a Lei Complementar 123/2006.
- Caso V. Senhoria não entenda desta forma requer, caso não seja extinto o presente Auto de Infração, com o **cancelamento da Exclusão** de Ofício do Simples Nacional, que seja determinada a redução da multa para percentual previsto no 38-A da Lei Complementar 123/2006.

Assim, como medida de economia processual e por concordar com a decisão de primeira instância, peço vênica para transcrever o voto da DRJ:

O presente processo não alberga a exigência de crédito tributário, portanto não há que se falar em suspensão daquilo que não existe.

Antes de adentrar a matéria em litígio, esclareço que, de acordo com o artigo 7º da Portaria MF n.º 341/2011, os acórdãos exarados pelas Delegacias de Julgamento dar-se-ão **com observação de normas legais e regulamentares** (artigo 116, III, da Lei n.º 8.112/90), e com o **entendimento adotado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB)**, expresso em atos normativos.

O defendente afirma que a exclusão de ofício do Simples Nacional foi formalizada de maneira arbitrária, ilegal e nula.

A Lei Complementar 123/2006 traz que:

Art.39.O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

No âmbito da União, para tributos administrados pela RFB, preceitua o artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972 (Processo Administrativo Fiscal - PAF) que:

"Art. 59 - São nulos:

I- os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. "

Não se vislumbra, no presente caso, qualquer óbice que determine a precariedade do procedimento fiscal bem como da exclusão efetuada pelo Fisco, uma vez que foi realizado nos moldes estabelecidos pela LC 123/2006, não se configurando qualquer violação ao que o mencionado diploma legal dispõe e, tampouco, ao artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972.

O ADE de exclusão foi lavrado por autoridade administrativa plenamente vinculada, respeitando os devidos procedimentos fiscais, previstos na legislação, portanto, norteado dentro do Princípio da Legalidade.

Constata-se que a descrição dos fatos, com detalhamento no Termo de Exclusão do Simples Nacional, e os demais elementos juntados ao processo permitem esclarecer a causa da exclusão de ofício realizada.

Para declarar a nulidade de um ato, além do previsto no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, há que se pesquisar dois aspectos: primeiro, se o ato atingiu sua finalidade e, segundo, se houve prejuízo para a parte. Na hipótese, os atos administrativos bem como o Termo de exclusão do SN e ainda o Termo de Verificação Fiscal explicitam os fatos ocorridos e sua subsunção aos fatos típicos previstos na legislação tributária.

Ressalte-se, por oportuno, que o procedimento fiscal é inquisitório e que o processo fiscal propriamente dito apenas se inicia com a manifestação de inconformidade contra o ato formal que excluiu a empresa do SN, quando então é instaurada a lide.

Sendo os atos e termos lavrados por pessoa competente, dentro da estrita legalidade, e garantido o mais absoluto direito de defesa, não há que se cogitar de nulidade do ADE emitido com estrita observância às disposições contidas no PAF.

Prescreve o citado Decreto nº 70.235/1972 que:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Numa leitura atenta dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que a manifestação de inconformidade instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo. Antes disso, não há que se falar em litígio ou cerceamento de direito de defesa.

Após a ciência do ADE de exclusão, a contribuinte tem o prazo de trinta dias para, se necessário, ter vista do inteiro teor do processo no Órgão Preparador e apresentar manifestação escrita, instruída com os documentos

em que se fundamentar, exercitando seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Note-se que nenhum procedimento administrativo dificultou ou impediu o interessado de apresentar sua manifestação de inconformidade.

Importa destacar o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República:

“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Na disposição contida na Carta Magna fica estampado que só cabe arguir cerceamento do direito de defesa após instaurado o litígio, que inaugura o processo administrativo fiscal.

O fato da empresa alegar que a autoridade fiscal equivocou-se quanto às obrigações tributárias a ela impostas, como optante pelo SN, é questão de mérito, assim como as demais supostas questões de nulidade levantadas pela defesa. Se corretas suas ponderações, a exclusão deve ser considerada improcedente, se incorretas deve ser mantida.

Nesse sentido, no tocante à improcedência da exclusão de ofício, cumpre à autoridade julgadora, com base no atos que a formalizaram e nos argumentos trazidos pela defesa, emitir sua decisão.

INCONSTITUCIONALIDADE

Em diversos pontos das impugnações são apresentadas questões relativas à inconstitucionalidade/ilegalidade da exclusão de ofício procedida.

Tal questão não encontra supedâneo no âmbito do Decreto nº 70.235, de 1972 e alterações, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, sendo defeso a este colegiado dizê-la por falta de competência material em face do Regimento Interno da RFB.

Nesse sentido, ainda, o seu art. 26-A, que assim dispôs:

Art.26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 6º. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I- que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II- que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei no 10.522, de 19 de junho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar no 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar no 73, de 1993.

As questões apontadas pela defesa não se encaixam em nenhuma das exceções mencionadas no §6º acima transcrito, restando vedado a este colegiado o afastamento da legislação questionada.

Por oportuno, essa preliminar foi enfrentada pelo CARF e objeto de sua Súmula nº 2, que assim dispôs:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Quanto aos julgados do poder judiciário, em cujos processos a empresa não participa como impetrante ou litisconsorte, cabe esclarecer que eles não têm efeito vinculante nas decisões dos Órgãos do Poder Executivo. Para estes vale tão-somente o que está prescrito no § 6º do art. 26-A do Decreto 70.235/72 (PAF).

A manifestante repete pontos já largamente elucidados pela autoridade fiscal que procedeu sua exclusão do Simples Nacional, como a utilização de títulos da dívida pública externa adquiridos de terceiros.

Repita-se, então, os fundamentos contidos no Termo de Exclusão do Simples Nacional, com os quais concordo plenamente:

3. DOS FATOS QUE DERAM ORIGEM À AÇÃO FISCAL:

Conforme visto, originalmente o contribuinte optante pelo SIMPLES NACIONAL apresentou PGDAS-D, relativos aos períodos de apuração de 09/2014 a 12/2015 em que se encontravam indicados os valores devidos do SIMPLES NACIONAL.

Em momento posterior, foram apresentadas PGDAS-D - retificadores para os períodos supra citados, nas quais foram suprimidos valores devidos de SIMPLES NACIONAL, com a indicação de que tais receitas estavam acobertadas por IMUNIDADE TRIBUTÁRIA, como forma de suprimir ou reduzir significativamente o pagamento de tributos apurados segundo o regime especial do SIMPLES NACIONAL, conforme previsto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Saliente-se que, conforme contrato padrão denominado de INSTRUMENTO PARTICULAR DE CESSÃO ONEROSA DE CRÉDITO FINANCEIROS, INTEGRALIZADO JUNTO À LEI Nº 12.798/2013, em que consta como Cedente/Contratada a pessoa jurídica de ALPHA ONE CONSULTORIA TRIBUTÁRIA, CNPJ nº 15.511.847/0001-08, no Parágrafo Único da Cláusula 6ª e na Cláusula 7ª, a obrigatoriedade da Cessionária/Contratante de fornecer todos os documentos necessários, “principalmente o fornecimento de procurações, contratos sociais”.

A retificação do PGDAS-D da competência 09/2014, apresentada à Receita Federal em 30/10/2014, incluiu a informação de IMUNIDADE

TRIBUTÁRIA como motivação para supressão ou redução do recolhimento dos tributos.

Note-se que, no dia anterior, a ora fiscalizada outorgou procuração eletrônica para a ALPHA ONE (CNPJ 57.787.087/0001-06), cuja validade era 29/10/2015. Posteriormente, foi outorgada uma segunda procuração cuja validade era 23/11/2016.

4. DA FALTA DE RESPOSTA OU DAS RESPOSTAS INCOMPLETAS ÀS INTIMAÇÕES FISCAIS: (...)

5. DA POSIÇÃO PEREMPTÓRIA DA SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL NO TOCANTE À INEXISTÊNCIA DO SUPOSTO CRÉDITO FINANCEIRO:

Desta forma fica definitivamente estabelecido no âmbito administrativo que o esquema de cessão de crédito financeiro pelas pessoas jurídicas APPEX

CONSULTORIA TRIBUTÁRIA LTDA e ALPHA ONE ADMINISTRADORA E GESTÃO DE ATIVOS é um subterfúgio fraudulento com vistas a suprimir ou reduzir tributos federais em conluio com as pessoas jurídicas adquirentes dos supostos créditos financeiros.

6. DA FALTA DE COMPROVAÇÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA INFORMADA NAS DECLARAÇÕES DO SIMPLES NACIONAL (PGDAS-D):

(...)

Não se pode olvidar que a IMUNIDADE TRIBUTÁRIA retira do campo de incidência tributária fatos constitucionalmente eleitos, impedindo a ocorrência dos fatos geradores dos tributos.

A inserção de informações falsas no PGDAS-D constitui em artifício fraudulento com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

A alegação de ausência de campo próprio para indicar determinada operação de quitação de tributos não pode referendar a inclusão de informação falsa na Declaração do SIMPLES NACIONAL, 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.

7. DA IMPOSSIBILIDADE DA COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS, POR FALTA DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO CRÉDITO:

(...)

Informe-se inicialmente que o contribuinte não efetuou a entrega de qualquer documento comprobatório do recolhimento dos valores devidos do SIMPLES NACIONAL no período sob fiscalização, afastando-se assim a modalidade prevista no inciso I do artigo 156, supra.

(...)

A Portaria SRF nº 913/2002 trata de Documentos de Arrecadação de Receitas Federais (Darf), que em momento algum foram apresentados pelo contribuinte.

As alegações apresentadas são meras ilações. Não tem qualquer suporte nas normas citadas. Também não foram apresentados quaisquer documentos comprobatórios para dar suporte às alegações.

Em tese, a utilização de crédito mantido junto à União para a extinção de débito relativo a tributos federais enquadrar-se-ia na modalidade de compensação, conforme previsão do inciso II do art. 156, supra citado.

(...)

Conforme visto a STN, por meio do Ofício nº 150/2016/CODIV/SUDIP/STN/MFDF, DE 28/06/2016, afastou de forma peremptória a existência de qualquer crédito financeiro pertencente à pessoa jurídica ALPHA ONE, o que enterra de vez a pretensão de compensação de tributos federais da ora fiscalizada com créditos inexistentes.

O próprio contribuinte, em sua resposta datada de 16/06/2016, indica que a ALPHA ONE teria interposto recurso junto à STN contra o referido indeferimento ao pleito de liberação de recursos para quitação de tributos de terceiros, concluindo por requerer a “suspensão de qualquer ato administrativo fiscal, até ulterior julgamento final pela Secretaria do Tesouro Nacional, no tocante dos pleitos administrativos que estão eivados de nulidades, haja vista que ainda pende efeitos de decisão final administrativa (...), até que seja decidido de forma definitiva o pleito do Contribuinte junto à STN”.

(...)

No presente caso, não restou provada a existência, nem liquidez e certeza do suposto crédito financeiro, nem a possibilidade de sua utilização para quitação de tributos, o que decorre da própria afirmativa constante da resposta do contribuinte acerca do recurso pendente de decisão administrativa da STN, o que impede sua utilização para a compensação de tributos, na forma do citado art. 170, do CTN.

8. DA FRAUDE FISCAL E A HISTÓRIA-COBERTURA:

A tentativa de utilização de créditos decorrentes de Títulos da Dívida Pública, dos mais diversos tipos possíveis, para quitação de tributos federais, tem sido recorrente no âmbito da Secretaria da Receita Federal.

A história sempre se repete. A empresa “detentora” de tais títulos comercializa com outras pessoas jurídicas, devedoras de tributos junto à União, um suposto “direito de crédito”, com deságio em relação ao valor “reajustado” do título.

Ocorre que esta história de crédito decorrente de títulos não é suficiente, por si só, para extinguir a obrigação tributária da pessoa jurídica adquirente do crédito.

Sempre, a segunda parte da operação depende da outorga por parte da adquirente do crédito, de procuração eletrônica (ou a entrega de certificado eletrônico) à cessionária do crédito, para que esta possa “representá-la junto à Receita Federal”.

De posse de tal mandado, normalmente o que a pessoa jurídica “vendedora do crédito” faz é providenciar a retificação de declarações originalmente apresentadas à Receita Federal, para alterar-lhes informações, visando reduzir ou excluir os tributos devidos de forma fraudulenta.

Foi exatamente o que ocorreu no caso presente: a história-cobertura de “créditos financeiros” passíveis de compensação dos tributos devidos no SIMPLES NACIONAL, na prática se converteu em retificação dos PGDAS-D para, sob o falso manto da IMUNIDADE TRIBUTÁRIA e/ou LANÇAMENTO DE OFÍCIO, suprimir/reduzir os tributos devidos.

Pelos fatos narrados e documentos analisados restou provado o artifício fraudulento perpetrado pelo contribuinte, em conluio com a pessoa jurídica indicada como cedente dos hipotéticos créditos, com o fito de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

9. DA INFRAÇÃO A DISPOSITIVO DA LEI COMPLEMENTAR nº 123, DE 2006:

(...)

Além disso, a indicação nos PGDAS - retificadores de que a receita bruta da pessoa jurídica estaria fora campo de incidência tributária, por estarem sujeitas à IMUNIDADE TRIBUTÁRIA, não restaram comprovados pelo contribuinte.

Certo é que o contribuinte não logrou comprovar o recolhimento dos valores devidos do SIMPLES NACIONAL nos períodos de apuração supra citados, conforme disposto no art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 2006, utilizando-se 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, em conluio com a pessoa jurídica indicada como cedente dos hipotéticos créditos.

10. DA CAPITULAÇÃO LEGAL

O pagamento de tributos no SIMPLES NACIONAL dar-se-á por meio de documento único de arrecadação, na forma prevista no art. 21, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, verbis:

(...)

A prestação de informações à Secretaria da Receita Federal, por parte das pessoas jurídicas optante pelo SIMPLES NACIONAL, está prevista no inciso I, do §9º do art. 2º da referida Lei Complementar, verbis:

(...)

O caráter declaratório da Declaração do SIMPLES NACIONAL está consignado no §13 do referido art. 9º (incluído pela Lei Complementar nº 47, de 2014), verbis:

(...)

A Lei Complementar nº 123, de 2006, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 147, de 2014, estabelece que a Declaração do SIMPLES NACIONAL tem caráter declaratório constituindo documento hábil e suficiente para a exigência de tributos, contribuições e débitos fundiários que não tenham sido recolhidos, por meio do documento de arrecadação único de arrecadação.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil é competente para a fiscalização de todos os tributos incluídos no SIMPLES NACIONAL, ex-vi do art. 33 da Lei Complementar nº 123, de 2006:

(...)

O art. 28 da Lei nº 123, de 2006, estabelece que a exclusão do SIMPLES NACIONAL poderá se dar de duas formas: de ofício ou mediante comunicação da pessoa jurídica optante: “Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.”

Por sua vez o art. 29 estabelece os casos que implicam em exclusão de ofício e, especificamente, o inciso V estabelece como um dos motivos a prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar:

(...)

O §9º do citado art. 29 esclarece o conceito de prática reiterada, para fins do estabelecido nos incisos V, XI e XII do seu caput:

(...)

Os parágrafos 1º e 2º do art. 29 tratam da produção de efeitos da exclusão e do prazo de impedimento para a nova opção pelo SIMPLES NACIONAL pela pessoa jurídica excluída:

(...)

O art. 13 da LC 123, de 2006, estabelece a obrigação do recolhimento mensal dos tributos que especifica, pelas pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES NACIONAL:

(...)

11. APURAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E DA EXCLUSÃO DO SIMPLES:

A base de cálculo e as alíquotas dos tributos devidos pelas pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES NACIONAL estão estabelecidas nos art. 18

da Lei Complementar nº 123, de 2006, alterada pela Lei Complementar nº 147, de 2014, verbis:

(...)

O §1º do art. 3º da referida lei conceitua receita bruta como sendo, para fins da legislação do SIMPLES NACIONAL, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

(...)

O contribuinte, ora fiscalizada, tem como atividade informada no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) o Código Nacional de Atividade Econômica (CNAE) 4781-4-00 – Comércio varejista de artigos de vestuário e acessórios.

A partir das Declarações do SIMPLES NACIONAL, apresentadas pela ora fiscalizada, foram apuradas as bases de cálculo a serem tributadas, nos respectivos períodos de apuração, conforme segue:

(...)

Ocorre que a reiteração na prática de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006, importa em exclusão de ofício da pessoa jurídica do SIMPLES NACIONAL (inciso V, do art. 29).

Não resta dúvida, por todo o relatado, de que a ora autuada transgrediu o conteúdo da referida lei complementar: a uma, ao deixar de efetuar o recolhimento mensal dos tributos devidos no SIMPLES NACIONAL, na forma prevista no inciso I do art. 1º c/c o art. 13, o que se subsume ao disposto no inciso I do §9º do art. 29, todos da LC nº 123, de 2006; a duas, pela utilização de artifício para impedir o conhecimento pela autoridade administrativa da ocorrência do fato gerador dos tributos, ao incluir informação ardilosa, falsa e fraudulenta nos PGDAS-D – retificadores, dando conta de que suas receitas estariam acobertadas por IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. A inclusão no PGDAS-D de informação falsa se subsume ao conteúdo do inciso II do art. §9º do art. 29, da referida LC.

*Conforme descrito acima o contribuinte, ora fiscalizado, infringiu dispositivos da Lei Complementar nº 123, de 2006, nos períodos de apuração **09/2014 a 12/2015**, inclusive com a inclusão de informação falsa nas respectivas Declarações do SIMPLES NACIONAL.*

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 desse procedimento fiscal, os fatos geradores ocorridos nos períodos de apuração de 09 e 10/2014, 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 10/2014, dando início aos efeitos da exclusão do mês 11/2014.

Assim, constarão deste lançamento de ofício os fatos geradores dos períodos de apuração 09 e 10/2014, com tributação na forma do SIMPLES NACIONAL, em ENCERRAMENTO PARCIAL DESSE PROCEDIMENTO FISCAL.

(...)

14. DA PROPOSTA DE EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL

Por todo o descrito e comprovado na presente representação fiscal, propomos a EXCLUSÃO DE OFÍCIO do contribuinte BASE NUCLEAR LTDA – EPP, CNPJ nº 04.955.762/0001-00, do SIMPLES NACIONAL, pelo período de 10 anos, a contar do período de apuração 01/11/2014, na forma do §2º c/c o inciso V, ambos do art. 29, da LC nº 123, de 14 de dezembro de 2016.

Importa registrar ainda excerto do TVF:

8. DA DECISÃO JUDICIAL QUE REAFIRMA A NEGATIVA DE POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS SUPOSTOS CRÉDITOS:

No curso do julgamento do processo de Execução por Título Extrajudicial, nos autos do processo nº 36761-30.2012.4.01.3400, o Juiz Federal RICARDO GONÇALVES DA ROCHA CASTRO, da Seção Judiciária do Distrito Federal, exarou a sentença nº 526/2013, tipo A, em que restou afastada a possibilidade da utilização dos supostos créditos cedidos pela ALPHA ONE a diversas pessoas jurídicas, para quitação de tributos federais.

Pela pertinência dos argumentos e pela coincidência dos fatos analisados naquele processo judicial, reproduzimos neste item parte daquela decisão, com o fito de reafirmarmos o entendimento aqui esposado.

A decisão inicia afirmando que se “Impõe-se a rejeição liminar da petição inicial, por falta de certeza e de liquidez do título executivo, pela ausência do interesse de agir, pela impossibilidade jurídica do pedido de compensação e pela prescrição.”

Para a seguir estabelecer 5 itens para fundamentar sua posição de rejeição da utilização dos supostos créditos para quitação de tributos federais:(...)

Repise-se que o pagamento do SN deve ser realizado através de DAS - Documento de Arrecadação do Simples Nacional.

Se a contribuinte não realiza o pagamento via DAS, indicando o valor e período de apuração a ele vinculado, e é detentora de créditos que possam ser utilizados para quitação dos valores devidos do SN, inclusive da própria sistemática simplificada correspondente a outros períodos, deve, em consonância com a legislação pertinente, apresentar PERDCOMP, declarando a compensação a ser realizada, com discriminação do crédito a ser utilizado e do débito a ser quitado.

Por que a contribuinte, que demonstra em sua defesa ser conhecedora da legislação, não apresentou o PERDCOMP?

Porque o artigo 74 da Lei 9.430/1996, assim dispõe:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002) (Vide Decreto nº 7.212, de 2010) (Vide Medida Provisória nº 608, de 2013) (Vide Lei nº 12.838, de 2013)

§ 1º A compensação de que trata o caput será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002)

(...)

§ 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses: (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

(...)

II - em que o crédito: (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

a) seja de terceiros; (Incluída pela Lei nº 11.051, de 2004)

b) refira-se a "crédito-prêmio" instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 491, de 5 de março de 1969; (Incluída pela Lei nº 11.051, de 2004)

c) refira-se a título público; (Incluída pela Lei nº 11.051, de 2004)

d) seja decorrente de decisão judicial não transitada em julgado; ou (Incluída pela Lei nº 11.051, de 2004)

e) não se refira a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal - SRF. (Incluída pela Lei nº 11.051, de 2004)

Por sua vez, a Lei 10.833/2003 dispõe que:

Art. 18. O lançamento de ofício de que trata o art. 90 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, limitar-se-á à imposição de multa isolada em razão de não-homologação da compensação quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

§ 2º A multa isolada a que se refere o caput deste artigo será aplicada no percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicado em dobro, e terá como base de cálculo o valor total do débito indevidamente compensado. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

§ 4o Será também exigida multa isolada sobre o valor total do débito indevidamente compensado quando a compensação for considerada não declarada nas hipóteses do inciso II do § 12 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicando-se o percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicado na forma de seu § 1o, quando for o caso. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Assim, com base na legislação vigente, a situação trazida pela contribuinte se encaixa pelo menos nas alíneas "a", "c", "d" e "e" do inciso II do § 12 do artigo 74 da Lei 9430/1996, acima reproduzido, que não permite a compensação com tributos administrados pela RFB, ou seja: se fosse apresentado PERDCOMP para a situação exposta pela contribuinte a compensação seria considerada não declarada, sujeitando-se a multa isolada de 50% ou 100%, conforme o caso.

Conhecedor da legislação e, mais uma vez, tentando ludibriar o Fisco, porque sabia que não caberia apresentação de PERDCOMP e se o fizesse estaria sujeita à multa isolada, a contribuinte optou por retificar o PGDAS, de forma reiterada, incluindo a informação de que era IMUNE.

É claro que o PGDAS não traz opção para a situação especificada pela contribuinte. Sua situação, como já exposto, não encontra abrigo na legislação que trata de compensação e o PGDAS traz a opção de extinção por pagamento ou por compensação, com base no artigo 156 do CTN. As outras hipóteses de extinção também não abrigam a situação em apreço.

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I - o pagamento;

II - a compensação;

III - a transação;

IV - remissão;

V - a prescrição e a decadência;

VI - a conversão de depósito em renda;

VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º;

VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164;

IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;

X - a decisão judicial passada em julgado.

XI – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

É claro que a contribuinte tinha conhecimento da legislação e optou por tentar um subterfúgio doloso para atender sua aspiração de não pagar os tributos abrangidos pelo Simples que eram devidos, informando no PGDAS que estaria IMUNE, tentando impedir, repita-se: de forma dolosa, o conhecimento da autoridade tributária do fato gerador da obrigação tributária, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável segundo o regime especial do Simples nacional.

Sua verdadeira intenção, ao utilizar da artimanha do PGDAS retificador, era fugir do pagamento da multa isolada prevista para compensação considerada não declarada, via PERDCOMP, e poder alegar, como consta de sua manifestação, que não caberia lançamento de ofício no caso em apreço porque no PGDAS original informou o valor do Simples Nacional devido.

Acontece que o PGDAS retificador assume as características de original ao ser transmitido e é ele que deve ser analisado pela autoridade fiscal. O valor confessado pela contribuinte é aquele constante do PGDAS retificador.

Ao indicar que era IMUNE, a contribuinte colocou sua receita bruta fora da incidência dos tributos abrangidos pelo Simples Nacional, ou seja: sobre ela não incidia IRPJ, CSLL, PIS e Cofins. Não incidência implica na não ocorrência do fato gerador, onde nada é devido, nada é confessado.

Assim, comprovado pela autoridade fiscal competente que a informação era falsa, só restava o lançamento de ofício dos valores apurados.

Como essa informação falsa se consubstanciou em prática reiterada, a exclusão do Simples Nacional, a contar do período de apuração 01/11/2014, na forma do §2º c/c o inciso V, ambos do art. 29, da LC nº 123, de 14 de dezembro de 2016, transcrito a seguir:

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;

(...)

§ 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.

Os outros argumentos despendidos pela defesa se reportam ao lançamento de ofício que será analisado no processo 10783.720873/2016-00, no qual o litígio sobre a referida autuação se instaurou.

Por todo o exposto, voto por considerar **IMPROCEDENTE** a manifestação de inconformidade para **MANTER** a exclusão do **SIMPLES NACIONAL**.

Portanto, entendo não assistir razão a recorrente pelos motivos alegados em seu recurso voluntário, conforme bem relatado no acórdão da DRJ. Em resumo:

- Não há nulidade do ADE, consoante as razões bem expostas pela DRJ;
- Ao CARF não cabe julgar aspectos de constitucionalidade das normas conforme a Súmula 2, já transcrita.
- O documento para efetuar compensação de imposto é a PERD/COMP.
- há suficientes indícios, no processo, como bem o disse a DRJ: *para se concluir que, não restou provada a existência, nem liquidez e certeza do suposto crédito financeiro, nem a possibilidade de sua utilização para quitação de tributos, o que decorre da própria afirmativa constante da resposta do contribuinte acerca do recurso pendente de decisão administrativa da STN, o que impede sua utilização para a compensação de tributos, na forma do citado art. 170, do CTN.*
- Neste processo, não está em discussão a aplicação de multa, já que não há crédito tributário em litígio. Esta deveria ter sido feita em Recurso aos autos de infração lavrados em decorrência do ADE; portanto, não há o que se falar em redução ou nulidade de multa

Assim, é de se rejeitar a preliminar de nulidade para, no mérito, negar provimento ao presente recurso, sem crédito tributário em litígio.

É como voto.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva