



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

Processo n° 11516.722250/2011-71
Recurso n° 99.999 Voluntário
Acórdão n° 1401-001.215 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de junho de 2014
Matéria IRPJ
Recorrente COMERCIO DE EMBUTIDOS SILVA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE.

A falta de apreciação pela autoridade julgadora de primeira instância de razões de defesa apresentadas pelos responsáveis solidários constitui preterição do direito de defesa da parte, ensejando a nulidade da decisão assim proferida, "ex vi" do disposto no art. 59, item II, do Decreto n° 70.235/72.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Acordam os membros da 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF, por unanimidade dar provimento para anular a decisão de primeira instância por não ter sido analisado as defesas dos respectivos responsáveis solidários, nos termos do relatório e voto que acompanham o presente julgado.

Jorge Celso Freire da Silva
Presidente
(assinado digitalmente)

Sergio Luiz Bezerra Presta
Relator
(assinado digitalmente)

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Jorge Celso Freire da Silva, Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Antonio Bezerra Neto, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Mauricio Pereira Faro e Sérgio Luiz Bezerra Presta.

Relatório

Por bem descrever os fatos relativos ao contencioso, adoto parte do relato do órgão julgador de primeira instância administrativa constante do acórdão nº 16-50.196 proferido pela 13ª Turma da DRJ/São Paulo-SP, constante das fls. 1.458 e segs, até aquela fase:

“1. Consta do presente processo, conforme Termo de Verificação Fiscal e Termo de Sujeição Passiva Solidária, fls. 399/412, datado de 17/11/2011, que durante o procedimento fiscal instaurado com a finalidade de verificar o cumprimento das obrigações tributárias, foram observados fatos que ensejaram a Representação Fiscal para Fins Penais (fls. 270/284) e originaram a exclusão do Contribuinte do Simples Federal e do Simples Nacional.

1.1. Ainda, o lançamento decorrente do procedimento fiscal registra a apuração do montante do crédito tributário de R\$ 1.058.490,35 (Um milhão, cinquenta e oito mil, quatrocentos e noventa reais e trinta e cinco centavos), consoante Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário do Processo.

1.2. Os Autos de Infração lavrados – IRPJ, CSLL, PIS e COFINS do período de 01/2007 a 12/2009, acompanhados de demonstrativos de apuração dos valores devidos e demonstrativos de acréscimos legais – multa e juros estão às fls. 296/396.

2. Do conteúdo do Termo de Verificação e Constatação Fiscal e Termo de Sujeição Passiva Solidária (fls. 399/412), bem como dos demais elementos que compõe o processo – intimações, documentos e informações – destaca-se:

2.1. Relatado e juntado ao processo as várias intimações visando a apresentação de documentos e esclarecimentos (Termos de Intimação Fiscal às fls. 02/03; 24; 28/29; 31/32; 36/38; 87/88; 285) e, ainda, às fls. 116; 129 e 131 três Termos dirigidos à empresa Comércio de Carnes Silva.

2.2. Quanto aos documentos juntados, anota-se: Registro na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina, contrato social e alterações, fls. 05/16; Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta nº 0823/2009, firmado em 28/10/2009 perante o Ministério Público do Trabalho, fls 132/134; livros diários de 2006 e 2007 – termos de abertura, encerramento e lançamentos – às fls. 203/206 e 479/662; livro de registro de empregados, fls. 190/202; contrato de locação, fls. 256/258; relação de funcionários prestadores de serviço, fls. 260; CNIS, fls. 261/264; extratos bancários de 03/2007 a 02/2010 do BRADESCO, fls. 663/705.

2.3. Dos fatos apurados, em síntese, a Autoridade Fiscal informou que membros da família abriram uma nova empresa com a razão social de Comércio de Embutidos Silva Ltda para receber os segurados empregados da empresa Comercial de Carnes Silva Ltda e prestar serviço para a mesma empresa que transferiu os segurados empregados, com diferença na tributação, pois essa nova empresa – por ser optante pelo Simples Federal e Nacional reduziu significativamente os tributos devidos.

2.3.1. Além disso, informado que através TCAC Termo de Compromisso e Ajustamento de Conduta nº. 823/2009 com o MPT Ministério Público do Trabalho, fls. 132/134, as empresas concordaram em anular as rescisões realizadas à época e

se comprometeram a não simular mais esse tipo de desmembramento de pessoas jurídicas.

2.3.2. Acrescentado que a nova empresa foi constituída no mesmo endereço; mesma atividade; com prestação de serviço apenas para empresa Comercial de Carnes Silva; sua contabilidade mencionava em seus históricos contábeis o nome da Comercial de Carnes Silva quando o correto pela norma contábil seria Comércio de Embutidos Silva; contrato de comodato (sem ônus). Todos estes elementos foram especialmente detalhados na Representação Fiscal anteriormente mencionada.

2.3.3. Desta forma, a Autoridade Fiscal entendeu por caracterizado o conluio entre as pessoas jurídicas e físicas COMERCIO DE EMBUTIDOS SILVA LTDA; COMERCIAL DE CARNES SILVA LTDA e os sócios JANICE MARIA DE ESPINDOLA DA SILVA; ADRIANO EDUARDO DA SILVA; MARIA LAURETE DA SILVA; THIAGO DA SILVA; GRAZIELA CRISTINA DA SILVA IAHN; com o intuito de simular/ocultar o fato gerador tributário para através do conluio sonegar tributos. Assim, com fundamento no art. 124 e 135, ambos do CTN, bem como arts. 71, 72, e 73 da Lei nº 4.502/64, as pessoas jurídicas e físicas acima identificadas figuraram como sujeitos passivos solidários.

2.4. Anotado que estes fatos e outras informações constantes da Fiscal, fls. 270/284, originaram as exclusões do SIMPLES FEDERAL e do SIMPLES NACIONAL.

2.5. Importa registrar que, ao ser questionada sobre a escrituração dos extratos bancários, a então fiscalizada informou que (fls. 405):

“Sobre extratos bancários, não possuímos, pois não fizemos lançamentos pelos recebimentos bancários, sendo que nossa empresa está enquadrada no Simples Nacional, pagamos o imposto pelo faturamento e não pelo Lucro Real, que a Empresa possa ter, por este motivo e baseada na própria Lei Federal, quanto a desobrigação da escrituração contábil.”

2.6. O AuditorFiscal, aponta que a empresa está obrigada a escriturar sua movimentação bancária, independentemente de sua forma de tributação, ainda que optante dos sistemas diferenciados do SIMPLES FEDERAL e SIMPLES NACIONAL, e que, portanto, deveria, no mínimo, escriturar o livro Caixa com sua movimentação bancária.

2.7. Além da contabilidade não conter registro da movimentação bancária, também estão em desacordo com a legislação os históricos contábeis da Comércio de Embutidos Silva, pois a empresa escritura suas despesas com pessoal registrando o nome da empresa Comercial de Carnes Silva, do que foi concluído que a contabilidade do Contribuinte tem defeitos e vícios que a tornaram imprestável inclusive para a apuração do lucro real/presumido.

2.8. Estão demonstradas no Termo de Verificação as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, que são os faturamentos declarados através do PJSI/DASN pela empresa, fls. 40/74. Referente à infração Falta/Insuficiência de recolhimento do PIS, também constante em Auto de Infração específico no presente processo, fls. 294/295 e 376/385, as bases de cálculo constituem-se dos mesmos valores relacionados no Termo, fls. 408/409. Quanto à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, com a exclusão do SIMPLES, os valores devidos de COFINS

estão lançados na infração Falta/Insuficiência de Recolhimento da COFINS,

constante de auto de infração específico constante no presente processo, fls. 294/295 e 386/396, tendo como bases de cálculo desta infração os valores da tabela às fls. 408/409.

2.9. Os cálculos do principal, multa, juros, alíquotas, fundamentação legal e demais informações para o Contribuinte estão nas folhas que compõe o Demonstrativo De Cálculo, fls. 294/375.

2.10. O Arrolamento de Bens, em razão da ausência destes em nome da Autuada, foi constituído sobre os bens dos sujeitos passivos solidários.

2.11. Às fls. 412 consta a relação dos créditos tributários apurados na ação fiscal.

2.12. A Representação Fiscal para Fins Penais detalha os fatos e condutas das empresas Comércio de Embutidos Silva, Comercial de Carnes Silva e sócios que, além de consubstanciarem crime contra a ordem tributária, também acarretaram a exclusão da Fiscalizada dos sistemas diferenciados.

2.12.1. Neste sentido, foram identificadas os seguintes fatos, a saber: constituição de empresa pelos sócios de outra, vínculo familiar dos sócios, mesma atividade, só que com opção pelo regime diferenciado de tributação; mesmo endereço; transferência de empregados entre empresas; Termo de Ajustamento de Conduta em decorrência das irregularidades verificadas pelo Ministério Público do Trabalho (simulação de rescisões; transferência de empregados; criação de empresa com finalidade de prejudicar direitos dos trabalhadores); prestação de serviço exclusivo, apenas para a empresa Comercial de Carnes Silva Ltda.; contabilidade com irregularidades, em especial quanto ao histórico contábil que descreve as operações da empresa Comercial de Carnes Silva Ltda (vide fls. 207/255).

2.12.2. A empresa optante pelo SIMPLES infringiu, além dos já mencionados, também o artigo 149, inciso VII, do CTN Código Tributário Nacional, bem como o art. 50 e art. 1.194 do Código civil de 2002, e artigo 7º da lei 9.317/96. Desta forma, restou caracterizada a situação de exclusão do SIMPLES como determina o artigo 14, inciso V, da Lei 9.317/96.

2.12.3. Assim, a empresa Comercio de Embutidos Silva Ltda ficou sujeita à exclusão dos SIMPLES FEDERAL e SIMPLES NACIONAL, pelo cometimento das ações acima descritas, enquadrando-se nas seguintes hipóteses de Exclusão de Ofício:

a) infração ao disposto no art. 14, incisos II e V da Lei 9.317/1996, sujeitando a empresa a exclusão a partir de 01/10/2006 até 30/06/2007.

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrerem quaisquer das seguintes

II - embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiver obrigada, bem assim pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172. de 25 de outubro de 1966 (Sistema Tributário Nacional); (grifo nosso)

V – prática reiterada de infração à legislação tributária;

b) Infração ao disposto no art. 29, incisos II, V, VIII e XII da Lei Complementar 123/2006, sujeitando a empresa a exclusão a partir de 01/07/2007:

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

II – for oferecido embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiverem obrigadas, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade que estiverem intimadas a apresentar, e nas demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública;

V – tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

VIII – houver falta de escrituração do livro caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;

XII – omitir da folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária, trabalhista ou tributária, segurado empregado, trabalhador avulso ou contribuinte individual que lhe preste serviço. (Incluído pela Lei Complementar nº 127, de 2007) (produção de efeitos: 1º de julho de 2007)

§ 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. (Redação dada pela Lei Complementar nº 127, de 2007) (produção de efeitos: 1º de julho de 2007)

2.12.4. Devido aos fatos narrados nos itens acima, ficou o sujeito passivo impedido de optar pelo regime diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123/2006 pelo período de 03 anos a partir de 02/2010, conforme previsto no retro transcrito art. 29, §1º do referido Diploma Legal.

2.12.5. Em consequência, encaminhada REPRESENTAÇÃO com proposta de exclusão da pessoa jurídica Comércio de Embutidos Silva Ltda do SIMPLES, nos termos da Lei nº 9.317/1996, e do SIMPLES NACIONAL, nos termos da Lei Complementar 123/06.

3.O Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 214 de 09/11/2011, com fundamento nos incisos II e V do art. 14 da Lei 9.317/96 excluiu, de ofício, o Contribuinte do Simples Federal a partir de 01/10/2006 (fls. 289) e o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 215 de 09/11/2011, com fundamento no artigo 29, incisos II, V, VIII e XII da Lei Complementar nº 123/2006 excluiu, de ofício, o contribuinte do Simples Nacional a partir de 1º/07/2007, com impedimento de optar pelo regime diferenciado e favorecido pelo período de 03 anos a partir de 02/2010 (fls. 290). O interessado teve ciência dos dois Atos em 10/11/2011.

3.1. O Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 214 de 09/11/2011 fundamenta a exclusão pelo Contribuinte incorrido em prática reiterada de infração à legislação tributária e por agir com embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que a empresa estiver obrigada ou que não permita a identificação da movimentação financeira.

3.2. Lado outro, no Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 215 de 09/11/2011, consta que por ter oferecido embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa

não justificada de exibição de livros e documentos a que estiver obrigada, pela falta de escrituração do livro caixa ou por não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária; por ter sido constatada prática reiterada à Lei Complementar 123/2006 e, ainda, por ter omitido da folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária, trabalhista ou tributária, segurado empregado, estes fatos importam na sua exclusão de ofício do Simples Nacional.

4. Em 08/12/2011, tempestivamente, o Contribuinte apresentou manifestação de inconformidade (razões às fls. 425/446) combatendo sua exclusão do Simples Federal e alegando, em síntese:

4.1. Relata que aderiu ao Simples desde a sua constituição e que efetuou os recolhimentos devidos nos termos da Lei nº. 9.317/96; alega que durante o procedimento fiscal apresentou todos os documentos solicitados e que, não obstante, foi excluída do regime Simples Federal.

4.2. Resume os fundamentos fáticos (embaraço à fiscalização e na prática reiterada de infração à legislação tributária) e legais da exclusão (incisos II e V do art. 14 da Lei 9.317/96) e, desde logo, aduz que vários vícios maculam a sua legalidade e caracterizam a nulidade da sua emissão.

4.3. Demonstra a tempestividade de sua defesa.

4.4. Discorre sobre o Simples Federal e pontua que após mais de cinco anos dentro da sistemática simplificada, a Secretaria da Receita Federal emitiu Ato Declaratório excluindo a impugnante retroativamente da opção realizada e aceita.

4.5. Quanto ao suposto embaraço a fiscalização negativa não justificada de exibição de livros e documentos, alega que “por ser optante pelo Simples Federal, mantinha a escrituração comercial, mas não realizava efetivamente o lançamento da movimentação bancária, haja vista que, enquadrada na forma de tributação diferenciada, a empresa recolhia o imposto tendo por base o faturamento e não o Lucro Real”. Acrescenta que explicou isto à Autoridade Fiscal durante a fiscalização.

4.6. Pondera que, para a condição de optante importa o lançamento do faturamento da empresa, por ser a base de cálculo do imposto.

4.7. Afirma que a movimentação financeira e bancária da impugnante sempre foi de conhecimento da fiscalização, tanto que não feito qualquer lançamento neste sentido e que sua não apresentação não importou em prejuízo para os trabalhos fiscais, sendo exagerado, por este motivo, a sua exclusão.

4.8. Alega que “embaraço à fiscalização” é algo subjetivo, não se pode mensurar, ressaltando que no presente caso, tendo sido apresentado todos os documentos necessários à análise do cumprimento das obrigações principais e acessórias, não importou em dificuldade ou impedimento à fiscalização e não há que se falar em tipificação genérica de embaraço. Colaciona julgados sobre caracterização de embaraço.

4.9. Como não foi destacado qualquer outra causa que resultasse em embaraço à fiscalização, entende que o ato de exclusão deve ser cancelado. Reproduz julgados administrativos sobre embaraço à fiscalização.

4.10. Conforme trecho destacado no Relatório Fiscal, a Impugnante apresentou explicação sobre a não escrituração da movimentação bancária, inexistindo, pois, negligência da fiscalizada. Colaciona jurisprudência.

4.11. Assim, conclui que não restou comprovado embaraço à fiscalização e o ADE DRF/FNS nº 214/2011 deve ser cancelado.

4.12. No que se refere à suposta caracterização de prática reiterada de infração à legislação tributária, desde logo alega estranheza o fato de ter sido considerada reiterada a prática infracional, pois trata-se da primeira vez em que foi supostamente constatada a realização de ato em desacordo com a legislação. Discorre sobre a definição de reincidência prevista no art. 63 do Código Penal e estabelece um paralelo com a esfera tributária, afirmando que a prática só se torna reiterada quando efetivamente a empresa já foi penalizada pela mesma infração fiscal, o que não se observa no presente caso. Aduz julgados.

4.13. Alega que o conceito inovador de “prática reiterada” é contrário aos arts. 109 e 110 do CTN que proíbem alteração de conceitos preestabelecidos para imposição de efeitos tributários.

4.14. Tendo em vista o conceito advindo da esfera penal, conclui que a situação da Impugnante não se enquadra no inciso V do art. 14 da Lei 9.317/96, vez que inexistente outro lançamento anterior a este que configure a mesma infração.

4.15. Quanto ao lançamento com base na exclusão do Simples Federal, alega que a Portaria SRF nº 6.129/2005 com o intuito de legalizar a emissão do Ato Declaratório Executivo juntamente com o Auto de Infração, não possui qualquer força de lei e, portanto, não pode ditar regras que vão de encontro com a Lei nº 9.317/1996.

4.16. Com base no art. 151, III do CTN defende que a apresentação da defesa administrativa contra o Ato Declaratório Executivo nº 214 suspende seus efeitos, qual seja, a exclusão do Simples Federal e, assim, qualquer ato que emane dessa exclusão, conseqüentemente, encontra-se na mesma situação. Portanto, acredita ser totalmente incoerente fazer diversas exigências fiscais com base em ato suspenso até decisão final administrativa.

Reproduz julgados sobre o efeito suspensivo do Ato Declaratório.

4.17. Assim, entende que é de direito da Impugnante a suspensão do Ato Declaratório Executivo DRF/FNS n. 214/2011, enquanto se discute administrativamente os lançamentos formalizados tendo por referência a exclusão do Simples Federal, onde exige tributos de 2006 e 2007.

4.18. Ainda, articula sobre a impossibilidade dos efeitos da exclusão retroativos à 01.10.2006.

4.19. Reproduz o texto do art. 15 da Lei nº 9.317/96; relembra que inexistiu embaraço e que se ocorrido, os efeitos da exclusão nesse caso, seriam a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII, ou seja, durante a fiscalização e, assim, não retroativo à opção.

4.20. Quanto ao inciso V do art. 14 da Lei 9.317/96, tampouco restou comprovada a prática reiterada e sem qualquer validade a retroatividade da exclusão.

4.21. Acrescenta que deve ser aplicado ao caso o princípio geral da ciência dos atos, no qual os efeitos só se iniciam a partir da notificação do Contribuinte, como

forma de garantir a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, destacando e transcrevendo o inciso V, artigo 15, da Lei nº 9.317/96 que entende ser contrário ao art. 5º, XXXVI da Constituição Federal. Sobre o tema, colaciona doutrina.

4.22. Afirma que o efeito retroativo de uma exclusão desestabiliza a estrutura fiscal e contábil da empresa, fere a garantia constitucional da vedação ao confisco, disposto no artigo 150, IV da Constituição Federal.

4.23. Em seu pedido requer seja julgado insubsistente e cancelado o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 214/2006, tendo em vista os fundamentos anteriormente expostos.

4.24. Ainda, na remota hipótese de manutenção das supostas infrações, pleiteia que seus efeitos retroajam somente a partir da data da fiscalização.

5. No mesmo sentido e em data tempestiva, 08/12/2011, o Contribuinte apresentou manifestação de inconformidade (razões às fls. 706/732) à sua exclusão do Simples Nacional. Em suma:

5.1. Relata que aderiu ao Simples Nacional desde seu início, 01/07/2007, por migração automática do Simples Federal e que efetuou os recolhimentos devidos nos termos da Lei 9.317/96; alega que durante o procedimento fiscal apresentou todos os documentos solicitados e que, não obstante, foi excluída do regime Simples Federal.

5.2. Destaca que a exclusão do Simples Nacional e os Autos de Infração lavrados tiveram com base tão somente um “Termo de Ajustamento de Conduta realizado pela Impugnante perante o Ministério Público do Trabalho, sendo que o termo nada mais é do que uma atividade preventiva realizada pela Delegacia do Trabalho, não tendo qualquer validade como forma de confissão de infração ou ilícito.”

5.3. Resume os fundamentos legais da exclusão (incisos II, V VIII e XII, todos do art. 29 da Lei Complementar 123/2006) e seu marco inicial (o § 1º do mês do retro mencionado dispositivo legal), menciona os fatos segundo o Fisco e, também nesta manifestação, alega que vários vícios maculam a sua legalidade e caracterizam a nulidade da sua emissão.

5.4. Demonstra a tempestividade de sua defesa e discorre sobre o Simples Nacional; aponta que somente após quatro anos dentro da sistemática aceita pelo Órgão foi excluída retroativamente por suposto embaraço à fiscalização e prática reiterada de infração à legislação tributária, ausência de escrituração e movimentação bancária, bem como na omissão na folha de pagamento de segurados.

5.5. Quanto ao suposto embaraço a fiscalização negativa não justificada de exibição de livros e documentos e ausência de escrituração bancária, da mesma forma que na manifestação de inconformidade à sua exclusão do Simples Federal, alega que “por ser optante pelo Simples Nacional, mantinha a escrituração comercial, mas não realizava efetivamente o lançamento da movimentação bancária, haja vista que, enquadrada na forma de tributação diferenciada, a empresa recolhia o imposto tendo por base o faturamento e não o Lucro Real”, conforme explicado à Autoridade Fiscal durante a fiscalização.

5.5.1. Os demais argumentos deste tópico são no mesmo sentido e teor daqueles articulados em sua manifestação de inconformidade à exclusão do Simples Federal,

acima relatados.

5.6. No tocante à suposta caracterização de prática reiterada de infração à legislação tributária, com fundamento no inciso V do artigo 29 da Lei Complementar 123/2006, também utiliza as mesmas ilações e conclusões da manifestação anterior.

5.7. Acrescenta que no art. 29 da Lei Complementar 123/2006 foi incluído pela Lei Complementar 139/2011 o conceito de prática reiterada:

Art. 29. ..

§ 9º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput: (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

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 (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

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. (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

5.8. Assim, defende que sua situação não se enquadra no inciso V do art. 29 da LC 123/2006 e que não existe outro lançamento anterior a esse que configure a mesma infração.

5.9. Ademais, trata da suposta omissão na folha de pagamento de segurado empregado.

5.10. Neste aspecto, menciona o Termo de Ajuste de Conduta; alega que a Autoridade Fiscal assim baseada apontou também o inciso XII do art. 29 da LC nº 123/2006 como fundamento da exclusão.

5.11. Justifica que o funcionário tinha iniciado suas atividades funcionais na empresa no dia da visita da fiscalização do trabalho, juntando documentos comprobatórios e, assim, defende que tal fato não se enquadra no referido dispositivo que prevê o termo “reiterado”, razão pela qual não subsiste a alegação de que a Impugnante mantém funcionário sem registro.

5.12. Da mesma forma que na manifestação anterior, agora quanto ao lançamento com base na exclusão do Simples Nacional, alega que a Portaria SRF nº 6.129/2005 com o intuito de legalizar a emissão do Ato Declaratório Executivo juntamente com o Auto de Infração não possui qualquer força de lei e, portanto, não pode ditar regras que vão de encontro com a LC nº 123/2006. Articula com as mesmas argumentações.

5.13. Ainda, também trata da impossibilidade dos efeitos da exclusão retroativos à 01.10.2006 adaptando suas razões à Lei Complementar 123/2006.

5.14. Retoma seus argumentos no sentido de que inexistiu embaraço à fiscalização e que se ocorrido, os efeitos da exclusão no caso, seria a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II e VIII, ou seja, durante a fiscalização e, assim, não retroativamente à opção.

5.15. Também reafirma que não houve prática reiterada (inciso V) e, assim, entende sem qualquer validade a retroatividade da exclusão, bem como assim contestando quanto à hipótese da omissão na folha de pagamento (inciso VIII).

5.16. Ainda – com os mesmos argumentos e doutrina referenciada alega contrariedade ao texto constitucional (art. 5º XXXVI), agora pelo § 1º do art. 29 da LC nº 123/2006.

5.17. Por fim, contesta o impedimento do retorno ao regime especial a partir de 02/2010 e durante três anos. Para tanto, reproduz o § 1º do art. 29 da LC nº 123/2006; afirma que tal vedação é arbitrária e justifica que a ausência do cumprimento de obrigações acessórias não prejudicaram o trabalho da fiscalização.

5.18. Entretanto, caso seja julgado pertinente, pretende que o prazo tenha início em 01/07/2007, mantendo-se o equilíbrio nas relações entre contribuinte e administração pública e concluindo que, nestas condições, estaria impedida até 2010 e livre para optar em 2011.

5.19. Em seu pedido requer o cancelamento do Ato pelos motivos anteriormente expostos e, na hipótese de manutenção das supostas infrações, que seus efeitos retroajam somente a partir da data da fiscalização.

5.20. Quanto ao retorno ao regime especial, que seja desqualificado ou, se não for assim julgado, que o prazo de três anos de impedimento seja contado a partir de 07/2007.

6. As Manifestações de Inconformidade vieram acompanhadas dos seguintes documentos, fls. 447/705 e 733/1410: contrato social, alterações contratuais, procuração, documentos pessoais; cópias do ADE 214/2011 e do ADE 215/2011; guias de recolhimento (DARF – Simples Federal e DAS); Livros diários 2006 e 2007; 2008 a 2010 (Termos de abertura, encerramento e lançamentos); extratos bancários de 03/2007 a 02/2010; documentos do empregado Egidio de Rosa (declaração, cópia da CTPS e folha 83 contendo o respectivo registro no Livro de Registro de empregados)”.
CÓPIA

O responsável solidário COMERCIAL DE CARNES SILVA LTDA em 08/12/2011 apresentou manifestação de inconformidade, constante das fls. 706 e segs. já os também responsáveis solidários JANICE MARIA DE ESPINDOLA DA SILVA; ADRIANO EDUARDO DA SILVA; MARIA LAURETE DA SILVA; THIAGO DA SILVA; GRAZIELA CRISTINA DA SILVA IAHN apesar de regulamente intimados, AR's constantes das fls. 416 e seguintes dos autos, não constam nos autos a apresentação de manifestação de inconformidade de qualquer um deles.

A 13ª Turma da DRJ/São Paulo-SP, em sessão de 05/09/2013, ao analisar a impugnação apresentada, proferiu o acórdão nº 16-50.196 entendendo “por unanimidade de votos, julgar improcedente a manifestação de inconformidade apresentada contra o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 214/2011, mantendo-se a exclusão da empresa do Simples Federal e efeitos a partir de 10/2006; procedência parcial da impugnação (manifestação de inconformidade) apresentada contra o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS

07/2007 e impedimento de retorno ao regime diferenciado pelos três anos seguintes, contados a partir da exclusão (07/2007); improcedência da impugnação, mantendo-se os créditos tributários”, sob argumentos assim ementados:

“ASSUNTO: *NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO*

Ano calendário: 2006, 2007

INCOMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS PARA JULGAR INCONSTITUCIONALIDADE.

Não cabe, em sede administrativa, o reconhecimento de ilegalidade ou inconstitucionalidade. O julgador da esfera administrativa está obrigado à observância da legislação tributária vigente no País, cabendo, por disposição constitucional, ao Poder Judiciário a competência para apreciar inconformismos relativos à sua validade.

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte Simples.

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

Ano calendário: 2006, 2007

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.

A constituição de empresa de forma simulada por outra sociedade empresária para fim de usufruir indevidamente do Simples Federal, com a obtenção do resultado pretendido por anos seguidos, caracteriza a hipótese de exclusão de ofício prevista no artigo 14, inciso V, da Lei nº 9.317/1996 (prática reiterada de infração à legislação tributária).

EFEITOS DA EXCLUSÃO. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.

A exclusão do Simples Federal efetuada devido a apuração de prática reiterada de infração à legislação tributária surtirá efeito, por força do disposto no artigo 15, inciso V, da Lei nº 9.317/1996, a partir, inclusive, do mês em que iniciou a referida prática reiterada de infração.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano calendário: 2007

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO.

A pessoa jurídica deverá ser excluída do Simples Nacional, por iniciativa da Autoridade Administrativa, quando for oferecido embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiverem obrigadas, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade quando tiverem sido intimadas a apresentar, e nas demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA NO LIVROCAIXA.

A pessoa jurídica deverá ser excluída do Simples Nacional, por iniciativa da Autoridade Administrativa, quando houver falta de escrituração do livro caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO.

A pessoa jurídica deverá ser excluída do Simples Nacional, por iniciativa da Autoridade Administrativa, quando tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123/2006.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. OMISSÃO EM FOLHA DE PAGAMENTO OU GFIP.

A pessoa jurídica deverá ser excluída do Simples Nacional, por iniciativa da Autoridade Administrativa, quando ficar constatada omissão, de forma reiterada na folha de pagamento da empresa ou em documento de informações previsto pela legislação previdenciária, trabalhista ou tributária, de segurado empregado, trabalhador avulso ou contribuinte individual que lhe preste serviço.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. EFEITOS.

A exclusão do Simples Nacional surtirá efeito a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a XII do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006, impedindo a opção por este regime diferenciado e favorecido de tributação pelos próximos três anos calendário seguintes.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido”.

Somente a Recorrente foi cientificada da decisão de primeira instância em 17/09/2013 (AR fls. 1491) e inconformada com a decisão contida no Acórdão nº 16-50.196, apresenta recurso voluntário em 16/10/2013 constante das fls 1456 e segs, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais objetivando a reforma do julgado reiterando os argumentos da peça impugnativa, mas sem acrescentar novos argumentos em decorrência da decisão proferida pela 13ª Turma da DRJ/São Paulo1-SP.

Na referência às folhas dos autos considerei a numeração do processo eletrônico (e-processo).

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro SERGIO LUIZ BEZERRA PRESTA -

Oonbservando o que determina os arts. 5º e 33 ambos do Decreto nº. 70.235/1972 conheço a tempestividade do recurso voluntário apresentado, preenchendo os demais requisitos legais para sua admissibilidade, dele, portanto tomo conhecimento.

Junta a Recorrente ao recurso voluntário comprovantes das manifestações de inconformidade protocoladas pelos responsáveis solidários Janice Maria de Espindola da Silva; Adriano Eduardo da Silva; Maria Laurete da Silva; Thiago da Silva; Graziela Cristina da Silva Iahn, constante das fls. 1.646 e segs dos autos.

Contudo nos autos só encontro a manifestação de inconformidade apresentada pelo responsável solidário COMERCIAL DE CARNES SILVA LTDA em 08/12/2011, constante das fls. 706 e segs.

Diante desse fato e daquilo que aduz a Recorrente em seu recurso voluntário, não há como negar que a decisão “*a quo*” proferida pela 13ª Turma da DRJ/São Paulo1-SP e consubstanciada no Acórdão nº 16-50.196 é nula porque não apreciou, nas suas razões de decidir, os argumentos apresentados nas manifestações de inconformidade apresentadas pelos responsáveis solidários. Contra fatos não há argumentos.

A Constituição Federal assegura no inciso LV do seu art.5º, o contraditório e a amplitude do direito de defesa do acusado, seja em processo judicial ou administrativo. E, a falta de apreciação pela 13ª Turma da DRJ/São Paulo1-SP, autoridade julgadora de primeira instância, das razões apresentados nas manifestações de inconformidade apresentadas pelos responsáveis solidários constitui preterição do direito de defesa da parte, ensejando a nulidade da decisão assim proferida, "ex vi" do disposto no art. 59, item II, do Decreto nº 70.235/72.

Ante todo o exposto, voto no sentido de se anular a decisão constante do Acórdão nº 16-50.196 de lavra da 13ª Turma da DRJ/São Paulo1-SP para que outra seja proferida, apreciando-se todas as razões apresentados nas manifestações de inconformidade apresentadas pelos responsáveis solidários, inclusive com a juntada aos autos das manifestações de inconformidade protocoladas pelos responsáveis solidários Janice Maria de Espindola da Silva; Adriano Eduardo da Silva; Maria Laurete da Silva; Thiago da Silva; Graziela Cristina da Silva Iahn.

Sérgio Luiz Bezerra Presta
Relator
(assinado digitalmente)