



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13005.720611/2016-45
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-002.407 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 13 de maio de 2021
Recorrente STEINHAUS - CASA DE PEDRA LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2017

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. EXCLUSÃO. SIMPLES NACIONAL.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos.

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INOCORRÊNCIA.

De acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, no Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, é constitucional as normas dispostas na Lei Complementar nº 105/01 que autorizam que a Receita Federal obtenha dados bancários diretamente pelas instituições financeiras quando da existência de procedimento fiscal. Não há que se falar em nulidade do ADE.

EXAME DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. INCOMPETÊNCIA. CARF.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, nos termos da Súmula CARF nº 2.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. OMISSÃO DE RECEITAS. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS.

Será excluída do Simples Nacional a empresa cuja escrituração não permitir a identificação dos recursos movimentados em suas contas bancárias. Constitui, da mesma forma, razão para exclusão do regime simplificado a prática reiterada de não emitir documentos fiscais de vendas e prestações de serviços.

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DO LIVRO-CAIXA. EFEITOS. UTILIZAÇÃO DE MEIO FRAUDULENTO.

A exclusão do Simples Nacional dá-se de ofício mediante ato declaratório quando a pessoa jurídica optante que incorrer em falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, circunstância esta evidenciada pelo acervo fático-probatório. A exclusão produz efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pela sistemática pelos próximos 10 (dez) anos-calendário seguintes

quando 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares suscitadas, e no mérito, por voto de qualidade, em negar provimento ao Recurso Voluntário, vencidas as conselheiras Bárbara Santos Guedes e Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça (relatora), que lhe deram provimento parcial para manter a exclusão da Recorrente do Simples Nacional, porém, reduzindo para 3 (três) anos o prazo de impedimento para a opção do regime simplificado de tributação. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Carmen Ferreira Saraiva.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Presidente e Redatora designada

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (Presidente), Bárbara Santos Guedes, Carlos Alberto Benatti Marcon e Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o acórdão 12-095.305, de 04 de janeiro de 2018, proferido pela 15ª Turma da DRJ/RJ1, que considerou improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo-se a exclusão do Simples Nacional nos termos do Ato Declaratório Executivo DRF/SCS nº 05/2016.

Relatando os fatos, tem-se que a Recorrente foi excluída do Simples Nacional por intermédio do Ato Declaratório Executivo DRF/SCS nº 05, de 29/03/2016, por 10 (dez) anos, contados a partir de 01/01/2012 em razão de prática reiterada de infração à Lei Complementar nº 123/2006, por descumprimento do inciso I, assim como da parte final do § 2º, do artigo 26, combinado com o artigo 27, incidindo nas hipóteses previstas nos incisos VIII e XI do artigo 29 da LC 123/2006, consoante informações contidas no processo administrativo nº 13005.720611/2016-45

Para melhor compreensão dos fatos, segue copiada a Representação Fiscal para fins de Exclusão do Simples Nacional, e-fls. 2-10:

“I - INTRODUÇÃO

No curso da fiscalização da empresa STEINHAUS - CASA DE PEDRA LTDA. - ME, CNPJ 07.543.080/0001-70, com endereço na rua Major Bandeira, 740, Bairro Languiru, Teutônia – RS, CEP 95.890-000, de acordo com o TDPF 10.1.11.00-2015-00114-0, o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil Gilson Antonio Frantz, matrícula nº. 1239863 constatou irregularidades que motivam a exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL, que de forma sintética estão referidas abaixo, sendo descritas minuciosamente adiante:

Motivo de Exclusão	Base legal (Lei Compl.nº 123/06)
Alegação de não ter localizado documentos fiscais, cujas receitas também foram omitidas, evidenciando a falta de emissão.	Inciso XI do artigo 29.
Escrituração contábil apresentada não permite a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária.	Inciso VIII do Artigo 29, observando-se que a empresa adotava a escrituração por Livro Diário e Razão, como lhe faculta o artigo 27.

II - BASE LEGAL DO SIMPLES NACIONAL

“Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 “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;

II - manter em boa ordem e guarda os documentos que fundamentaram a apuração dos impostos e contribuições devidos e o cumprimento das obrigações acessórias a que se refere o art. 25 desta Lei Complementar enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes.

§ 2º As demais microempresas e as empresas de pequeno porte, além do disposto nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão, ainda, manter o livro-caixa em que será escriturada sua movimentação financeira e bancária. Art. 27. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional poderão, opcionalmente, adotar contabilidade simplificada para os registros e controles das operações realizadas, conforme regulamentação do Comitê Gestor” (sublinhei).....

Da Exclusão do Simples Nacional Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados pelo Comitê Gestor.

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando: II - for oferecido embarço 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;

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

§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.....”

Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011

Exclusão de ofício Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

a) 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;

d) tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

g) houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;

j) não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, ressalvadas as prerrogativas do MEI, nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97; § 2º O prazo de que trata o inciso IV do caput 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 na forma do Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 2º)

§ 3º A ME ou EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 32, caput)

§ 6º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j" e "k" do inciso IV do caput: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 9º)

I - a ocorrência, em dois ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos cinco anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento, em um ou mais procedimentos fiscais;

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, 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.” (Os grifos e sublinhados acima não existem nos diplomas legais).

III - MOTIVO DA EXCLUSÃO

1. Em 13/05/2015, a empresa fiscalizada, cujo CNPJ foi aberto em 17/08/2005, tomou ciência na pessoa do Sócio-Administrador Jorge Luiz Garcez de Souza, do Termo de Início do Procedimento Fiscal referente o TDPF nº 10.1.11.00-2015-00114-0, com prazo de 20 dias para apresentação, entre outros documentos, do livro Caixa ou Diário e Razão, arquivos digitais da contabilidade, atos constitutivos da empresa, extratos de contas bancárias, notas fiscais, e informações sobre a existência de ações judiciais entre outras solicitações, bem como justificar a discrepância verificada entre sua movimentação financeira bancária e a receita declarada à Receita Federal do Brasil, acompanhada da documentação comprobatória julgada pertinente.

2. Em 19/06/2015 a empresa apresentou os Livros Diário e Razão de 2012, assim como os arquivos digitais da contabilidade onde estão lançadas receitas brutas de vendas de R\$ 178.915,00, Declaração Anual do Simples Nacional, informando este montante de receita bruta, atos constitutivos entre outros documentos, dos quais destacamos os extratos bancários do ano de 2012, referentes as contas mantidas no Banco do Brasil SA, Ag. 3188, nº 18725; Banco do Estado do Rio Grande do Sul SA – Banrisul, Ag. 0946.41, conta nº 06.034436.0-3 e a conta 59430-0 da Coop de Cred Livr Adm Assoc Ouro Branco, que doravante será tratada como “SICREDI”. Todas as contas são mantidas nas agências da cidade de Teutônia.

3. Informou que não escrituração do Livro Caixa em virtude da existência de contabilidade regular. Quanto a discrepância entre a movimentação financeira e a receita declarada, respondeu o seguinte:

2. Analisando os livros e os documentos apresentados, constatamos que a empresa não registrou na contabilidade as movimentações financeiras das contas mantidas no Banrisul e Sicredi. Em relação a conta escriturada do Banco do Brasil, está não era fiel as transações efetivamente ocorridas, pois várias transferências bancárias eram lançadas como se fossem depósitos cujos recursos teriam origem no caixa da empresa. Alguns exemplos:

DATA	VALOR R\$	HISTÓRICOS NO EXTRATO	HISTÓRICOS NA CONTABILIDADE	CONTRAPARTIDAS
13/01/12	50.000,00	TED	REF DEPÓSITO N/DATA 9801930	CAIXA
14/02/12	50.000,00	TED	REF DEPÓSITO N/DATA 4942520	CAIXA
14/03/12	50.000,00	TED	REF DEPÓSITO N/DATA 6361761	CAIXA
13/04/12	53.000,00	TED	REF DEPÓSITO N/DATA 8131150	CAIXA
15/10/12	55.000,00	TED	REF DEPÓSITO N/DATA 3152092	CAIXA

3. Em vista destas verificações, em 03/07/2015 lavramos o Termo de Intimação Fiscal (TIF) nº 2, onde foi instada a comprovar mediante documentação hábil e idônea a origem dos valores creditados/depositados em suas contas-correntes listados nos Anexo I e II, bem como para justificar a falta de contabilização das movimentações financeiras.

4. Em 03/08/2015 respondeu que já havia apresentado a documentação hábil e idônea referente ao seu faturamento, que seria regularmente contabilizado e documentado por nota fiscal e que os demais valores não pertencem a Steinhau - Casa de Pedra Ltda. - ME, que “Os valores são de responsabilidade da GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA., CNPJ 08.342.871/0001-03, que usou as contas correntes da empresa durante o exercício de 2012”. No ano seguinte, a GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA. abriu conta corrente em seu nome e passou a concentrar seu faturamento nessa conta”.

5. Informou ainda que não existem operações comerciais entre a SS Serviços Funerários e a fiscalizada; que os valores transferidos entre as contas pertencem a Garcez de Souza Imóveis Ltda., que utilizou as contas de ambas as empresas, pois não teria conta-corrente própria.

6. Em razão das alegações acima, foi aberta diligência na Garcez de Souza Imóveis Ltda. (TDPF-D 10111.00-2015-00157-4), sendo expedido em 13/08/2015 o Termo de Diligência Fiscal nº 1, onde aquela empresa foi intimada a comprovar as origens dos valores creditados/depositados nas contas-correntes da fiscalizada, assim como da empresa SS Serviços Funerários Ltda., consoante os anexos I a IV, além de apresentar os arquivos digitais da contabilidade, a declaração de rendimentos, extratos bancários, Livro Caixa, Diário e Razão.

7. Em 02/10/2015 a imobiliária respondeu ao termo conforme transcrito abaixo:

Com o intuito de colaborar com a fiscalização, informa e reitera que:

1.1) durante o período fiscalizado, a GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA. utilizou contas correntes da SS SERVIÇOS FUNERÁRIOS LTDA. e da STEINHAUS – CASA DE PEDRA LTDA. para suas atividades (intermediação e administração de locação de imóveis de terceiros), conforme relação de documentos item 1.

1.2) as transferências entre contas das empresas fiscalizadas (SS SERVIÇOS FUNERÁRIOS LTDA. e STEINHAUS – CASA DE PEDRA LTDA) não corresponde a faturamento destas, mas mera transferência de valores de mesma titularidade (GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA.). As transferências eram feitas com o intuito de facilitar o repasse e o depósito dos valores devidos aos proprietários dos imóveis alugados, visto que a conta corrente nº 89.308-0 não possuía talão de cheque, ou eventualmente para cobrir saldo negativo das contas.

1.3) os valores denominados “liberação de crédito”, como o próprio nome já induz, se referem a crédito rotativo/cheque especial concedido pelo banco. Não são depósitos de terceiros, nem corresponde a faturamento de qualquer natureza.

1.4) a conta 45.921-6 (SS Serviços Funerários Ltda) era usada para movimentação dos boletos do plano assistencial da “Rede Vida Assistência Familiar”, de titularidade da SS SERVIÇOS FUNERÁRIOS LTDA. Não se trata de faturamento da GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA. EPP. Tais valores, em momento adequado, já foram comprovados, quando da resposta ao Termo de Intimação Fiscal exarado contra a SS SERVIÇOS FUNERÁRIOS LTDA.

1.5) Em atendimento ao pedido verbal feito pelo auditor-fiscal, a GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA. elaborou planilha auxiliar, discriminando os depósitos, por data, identificando-os por inquilino.

1.6) os depósitos nas contas correspondem ao pagamento do locatário ao locador do valor total do aluguel. A GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA. cobrava comissão em percentual que variava entre 5 a 10% do valor da locação, conforme documentação anexa.

1.7) A GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA. repassava o valor líquido para os locadores, isto é, o valor do aluguel (depósitos) descontada a comissão, conforme documentação anexa.

8. Procedida a conciliação entre os valores listados nos anexos que acompanharam o TDF 1 e os documentos apresentados, constatamos que estes comprovavam parte dos créditos listados, nos levando a emitir o Termo de Diligência Fiscal nº 3 (16/11/2015), no âmbito da diligência, onde instamos àquela empresa a comprovar as origens dos

demais créditos, fazendo-se acompanhar dos novos anexos com os créditos a serem comprovados. Na mesma oportunidade intimamos a Steinhaus Casa de Pedra Ltda. e a SS Serviços Funerários Ltda. a comprovarem as origens dos créditos não comprovados pela imobiliária, conforme anexos encaminhados.

9. Nas respostas apresentadas pelas empresas em 23/12/2015, a Garcez de Souza apresentou relatório complementar nos moldes do anterior, onde lista os créditos na conta-corrente relacionando-os aos inquilinos que teriam efetuado o pagamento dos aluguéis. O relatório trata apenas de créditos da conta 893080, listada no anexo I, nada comprovando em relação aos demais anexos. Em que pese a resposta, remanesceram valores sem comprovação.

10. Por sua vez a SS Serviços Funerários esclareceu que os créditos na conta 45921-6, do Sicredi, dizem respeito à cobrança do chamado “Plano Rede Vida”, tratando-se de valor mensal cobrado para futura prestação de serviços funerários. Quanto a conta 893080, informou que foi utilizada pela Garcez de Souza Imóveis para recebimento de aluguéis de imóveis de terceiros.

11. A Steinhaus informou que os valores listados no Anexo II se referem a serviços funerários prestados, cujos **documentos fiscais não foram localizados**, apresentando com a resposta relação dos mesmos. Confrontando esta relação com o Anexo II enviado com o termo de diligência constatamos que persistem valores não comprovados ou esclarecidos, assim como em relação a todo Anexo III.

12. Embora alegue que os documentos fiscais não foram localizados, a toda evidência não foram emitidos, pois essas receitas também não foram contabilizadas e, destaca-se, no curso da fiscalização foram apresentadas as notas fiscais emitidas durante o ano-calendário de 2012, não existindo lacunas nas numerações que pudessem indicar o extravio dos documentos, o que aponta para o descumprimento reiterado da obrigação prevista no inciso I do artigo 26 da lei Complementar 123/2006.

13. Na análise efetuada até o momento, foram essas as irregularidades encontradas, que salvo melhor juízo são motivos suficientes para a exclusão da fiscalizada do Simples Nacional.

V - CONCLUSÃO 14. Portanto, do exposto acima, evidenciamos que a contribuinte fiscalizada praticou as seguintes irregularidades, que são causas motivadoras da exclusão do Simples Nacional:

✓ Prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123/2006, ou seja, ao inciso I do artigo 26 (falta de emissão de documento fiscal), enquadrando-se na hipótese do Inciso XI do Artigo 29;

✓ Escrituração não permite a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, incidindo nos inciso VIII do artigo 29, observando-se que a empresa adotava a escrituração por Livro Diário e Razão, como lhe faculta o artigo 27, todos da Lei Complementar nº 123/2006.

15. Em face do exposto, com base na alínea “b” do inciso I do artigo 6º da Lei 10.593/02, **DECIDO** excluir a fiscalizada do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - **SIMPLES NACIONAL**, pelo prazo de 10 anos, a contar de 01/01/2012, pois constatada a utilização de artifícios e meios fraudulentos que induziram e mantiveram a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável, configurados pela conduta de fraudar a fiscalização tributária ao omitir operações em documento ou livro exigido pela lei fiscal, além de prestar declaração falsa às autoridades fazendárias.

16. Emita-se o Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional;

17. Quando e se tornada definitiva na esfera administrativa esta decisão, registre-se a expedição do Ato Declaratório de Exclusão no portal do Simples Nacional, no site da Receita Federal;

18. Intime-se a contribuinte, com prazo de 30 dias, nos termos do Art. 15 do Decreto nº 70.235/72, inclusive para a informar a opção pelo recolhimento do imposto de renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (lucro presumido, lucro real trimestral ou anual) e apresentar a escrituração contábil nos termos da legislação comercial e fiscal, informando que “a falta de opção de regime de apuração e apresentação da respectiva escrituração contábil implicará a adoção pela fiscalização do lucro arbitrado”; **V - RELAÇÃO DOS ELEMENTOS COMPROBATÓRIOS**–Termo de Início de Procedimento Fiscal;

–Livros Diário e Razão de 2012,–Declaração Anual do Simples Nacional–Extratos bancários do ano de 2012, referentes as contas mantidas no Banco do Brasil SA, Ag. 3188, nº 18725; Banco do Estado do Rio Grande do Sul SA – Banrisul, Ag. 0946.41, conta nº 06.034436.0-3 e a conta 59430-0 da Coop de Cred Livr Adm Assoc Ouro Branco. Todas as contas são mantidas nas agências da cidade de Teutônia;

–Termos de Intimação emitidos em 03/07/2015 e 18/11/2015;

–Resposta da empresa datada de 19/06/2015, 03/08/2015 e 23/12/2015;

–intimações e respostas da empresa Garcez de Souza imóveis Ltda. EPP. “

Assim, como já mencionado e com fulcro na Representa retro transcrita, a Recorrente foi excluída do Simples por intermédio do Ato Declaratório Executivo DRF/SCS nº 5, de 29 de março de 2016., às e-fls. 508, reproduzido a seguir:

Ato Declaratório Executivo DRF/SCS nº 5, de 29 de março de 2016.

Exclui do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) de que tratam os arts. 12 a 41 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, com suas alterações, a pessoa jurídica que menciona.

O DELEGADO-ADJUNTO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SANTA CRUZ DO SUL-RS, no uso de suas atribuições e de acordo com o disposto nos artigos 28, 29, 30, 31 e 32 da Lei Complementar nº 123/2006 e alterações posteriores, DECLARA:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) e impedida de optar por esse regime, pelos próximos 10 (dez) anos-calendário seguintes ao da exclusão, a pessoa jurídica STEINHAUS – CASA DE PEDRA LTDA. - ME, CNPJ 07.543.080/0001-70, com endereço na rua Major Bandeira, 740, Bairro Languiru, Teutônia – RS, CEP 95.890-000 RS, em face à prática reiterada de infração à Lei Complementar nº 123/2006, por descumprimento do inciso I, assim como da parte final do § 2º, do artigo 26, combinado com o artigo 27, incidindo nas hipóteses previstas nos incisos VIII e XI do artigo 29 da LC 123/2006, consoante informações contidas no processo administrativo nº 13005.720611/2016-45 .

Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir do dia 1º de janeiro de 2012, ficando impedida de optar pelo Simples Nacional, até o ano-calendário de 2021, inclusive, conforme disposto no arts. 29, §§ 1º e 2º, e 31, inciso II, da Lei Complementar nº 123, de 2006, com suas alterações, e no art. 76º, incisos IV, e § 2º, da Resolução CGSN nº 94, de 2011, com suas alterações.

Art. 3º A pessoa jurídica poderá apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência deste ADE, manifestação de inconformidade dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre (RS), protocolada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) de sua jurisdição, nos termos do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 - Processo Administrativo Fiscal (PAF), com suas alterações; dos arts. 29, § 5º, e 39 da Lei Complementar nº 123, de 2006, com suas alterações; do art. 4, § 5º, da Resolução CGSN nº 15, de 2007, com suas alterações, e do art. 212, inciso III, do Regimento Interno da RFB, aprovado na forma do Anexo à Portaria MF nº 125, de 4 de março de 2009, com suas alterações.

Art. 4º Não havendo apresentação de manifestação de inconformidade no prazo de que trata o art. 3º, a exclusão tornar-se-á definitiva.

Cientificada, a Recorrente interpôs a manifestação de inconformidade (e-fls. 518/592), aduzindo, em síntese, os seguintes argumentos:

Preliminarmente:

1) Ofensa aos princípios da legalidade estrita (tipicidade) e do devido processo legal - Capitulação legal sem motivação - Cerceamento do direito de defesa:

a) O procedimento fiscalizatório não observou o princípio da estrita legalidade (tipicidade) e do devido processo legal, incorrendo em ofensa ao contraditório e à ampla defesa, bem como infringiu as regras de fiscalização expostas no CTN, também aplicáveis à espécie, além de ter realizado interpretação extensiva do dispositivo legal;

b) Como corolário do princípio da estrita legalidade (tipicidade), do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, a Administração não poderia ter ignorado a robusta prova documental apresentada pela empresa GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA., CNPJ 08.342.871/0001-03, que, desde a primeira diligência (TDPF-D 10111.00-2015-00157-4), onde esta empresa foi intimada a comprovar as origens dos valores creditados/depositados nas contas-correntes da empresa Steinhaus - Casa da Pedra Ltda. - ME, tem reiterado que os valores movimentados nas referidas contas correntes eram, na realidade, valores decorrentes da exploração de atividade de intermediação e administração de locação de imóveis de terceiros, que não possuem qualquer relação com a empresa e no que pertine aos valores que eram de sua real titularidade, aquiesceu que não havia localizado os documentos fiscais, sem tentar ludibriar a fiscalização;

c) A impugnante demonstrou que não é a titular dos valores movimentados em sua conta corrente, além de indicar a empresa responsável, que, por sua vez, efetivamente comprova tais operações,

d) Por outro lado, a prática reiterada pressupõe que a pessoa jurídica tenha praticado a conduta anteriormente, ou que se tratam de exercícios distintos e, portanto, constatada eventual omissão de receita, é dever da autoridade administrativa constituir o crédito tributário em relação ao sujeito passivo da obrigação tributária, a teor do art. 142 c/c art. 121, ambos do CTN, e que, como se demonstrou no curso do procedimento fiscal, não é a Impugnante;

e) Deve-se considerar, por fim, questões de nulidade relativas à inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário (art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001) e da tributação, pelo imposto de renda, dos depósitos de origem não comprovada (art. 42 da lei nº 9.430/96): panos de fundo do início do procedimento fiscalizatório;

f) Por tais razões, deve ser reconhecida a nulidade do Ato de Exclusão, por ausência de motivação, o que cerceia o direito de defesa do contribuinte, em afronta aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido e, por fim, considera-se nulo o ato, pois praticado com preterição do direito de defesa, vez que os fatos apurados não foram descritos com o respectivo enquadramento legal, impedindo a impugnante de exercer plenamente seu direito ao contraditório e à ampla defesa, não tendo sido atendidos plenamente os requisitos do art. 10 do Dec. Nº 70.235/72;

No mérito: Da indevida exclusão do Simples Nacional

No mérito, essas foram as alegações da Recorrente:

1) Ausência de enquadramento do caso dos autos ao art. 29, inciso VIII, da Lei Complementar nº 123/2006:

a) No caso dos autos, não se verifica a possibilidade de subsunção dos fatos narrados à infração capitulada no art. 29, inc. VIII da LC nº 123/2006, como sustentado pela fiscalização, isto porque a movimentação financeira e/ou bancária a ser identificada da escrituração contábil deve ser a da empresa, não a de terceiros, como quer fazer crer a fiscalização. Ou seja, a empresa não deve escriturar todo o qualquer movimento financeiro ou contábil, mas somente aqueles que são de sua titularidade, em amparo à verdade material;

b) Para que se configure a infração realtiva à ausência de possibilidade de identificação da movimentação financeira e/ou bancária na escrituração contábil da Impugnante, punida com a exclusão do Simples Nacional, é preciso que os valores não registrados sejam de sua titularidade. Não os sendo, os princípios gerais do direito e da contabilidade determinam a não contabilização, consequentemente, não se configura a infração contida no art. 29, inc. VIII da LC nº 123/2006, pela impossibilidade de enquadramento do caso dos autos no suporte fático contido na norma;

f) Assim, apesar de os valores pertencentes à GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA. terem circulado na conta bancária da impugnante, está correto que sua escrituração contábil não tenha registrado referidos valores, já que não eram de sua titularidade, como será pormenorizadamente detalhado ao longo dessa peça, além de ter sido comprovado pela GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA;

g) A questão referente à parte dos valores que não foram comprovados, cujos documentos fiscais não foram localizados, caso constatada a ausência de escrituração, devem ser objeto de lançamento fiscal dentro do sistema simplificado de recolhimento de tributos (Simples Nacional), no qual se discutirá o momento exato do lançamento contábil e apuração de tributos.

2) Ausência de enquadramento do caso dos autos ao art. 29, incisos V e XI, da Lei Complementar nº 123/2006 – Inexistência de prática reiterada de infração.

a) No presente caso não se pode entender que houve prática reiterada de infração à legislação do Simples Nacional em razão de os documentos fiscais supostamente não emitidos e/ou os depósitos não estarem contidos em sua escrita fiscal - corretamente, aliás, já que não eram de sua propriedade -, tendo em vista não se verificar tais ocorrências em mais de um período de apuração/exercício. Apenas poderiam implicar o enquadramento à hipótese prevista no inc. XI, do art. 29 da LC nº 123/2006 (ou no inc. V, do art. 29 da LC nº 123/2006), caso fossem constatadas em mais de um período de apuração, por ato definitivamente julgado;

b) Em relação à parte dos valores cuja origem, em tese não foi comprovada, quando da resposta ao Termo de Diligência Fiscal nº 3, a impugnante explicou que parte dos valores se referiam à prestação de serviços funerários, cujos documentos fiscais não foram localizados (fl. 348-352). Portanto, ainda assim a exclusão do regime simplificado de que trata a LC nº 123/2006 não merece prosperar, uma vez que a constituição de eventual crédito tributário deve respeitar a opção manifestada pelo contribuinte, sendo devido eventual tributo apurado na forma do Simples Nacional;

d) Em nenhum momento se sustenta que a autoridade fiscalizadora não possa lançar tributos que considera devidos. A questão fundamental é que eventual lançamento de ofício deve respeitar a legislação vigente e, nesse caso, também a manifestação regular do contribuinte, que escolheu ser tributado no âmbito do Simples Nacional no exercício fiscalizado, pela faculdade que lhe dispõe a LC nº 123/2006.

3) Ausência do intuito de fraude/Necessidade de demonstração do dolo/Falta de motivação para o agravamento da penalidade.

a) A autoridade fiscalizadora não especificou quais foram os artifícios e meios fraudulentos que induziram e mantiveram a fiscalização em erro, bem assim, não há qualquer descrição fática de tal comportamento ou indicativo de dolo por conta da Impugnante em relação a supressão ou redução do pagamento de tributo apurável, uma vez que sequer era titular dos créditos em sua conta corrente, como restou comprovado ainda em sede de procedimento fiscal. Assim, inexistente suporte fático que justifique tal penalidade, em afronta ao princípio da legalidade, ;

b) Em relação à movimentação financeira nas contas da impugnante, estas foram devidamente comprovadas no curso do procedimento fiscal como sendo pertencentes a terceiros; logo, não houve de supressão ou redução do pagamento de tributo apurável;

c) Não basta alegar que tenha ocorrido um fato típico, pois para que ocorra uma conduta dolosa e, no caso, não houve comprovação da existência da intenção de fraude ou tentativa de redução de tributos por parte da impugnante, demonstrando ser indevida a aplicação da penalidade qualificada.

4) Ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, haja vista a observância, por parte da Impugnante, do dever de colaboração no curso do procedimento fiscal.

a) A impugnante esclareceu que parte dos valores, que transitaram em suas contas bancárias, eram de responsabilidade da GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA., que as usou em 2012 por não possuir conta bancária. Esclareceu, também, que a parte dos valores que não eram de titularidade da GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA. referiam-se ao denominado "PLANO REDE VIDA", que se referem a valor mensal cobrado para futura prestação de serviços funerários, tendo sido enviado por amostragem o demonstrativo do segundo semestre de 2012, relacionando os créditos bancários com os respectivos contratantes do plano que efetuaram o pagamento;

c) GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA. confirmou as informações da impugnante e comprovou que grande parte dos valores correspondiam à prestação dos serviços que prestava. Quanto à menor parte dos valores, embora de titularidade da impugnante, tratavam-se de valores referentes a serviço futuro, questão que atrai discussões no âmbito contábil quanto ao momento da escrituração;

d) Não se pode concluir pela exclusão da impugnante do Simples Nacional, especialmente pelo prazo de 10 anos, sem que tal raciocínio não implique em ofensa aos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.

Por fim, a Recorrente requereu:

(a) suspenso o julgamento da defesa até que o STF venha a se pronunciar acerca da constitucionalidade das normas que se constituem em pano de fundo do Ato de Exclusão, atinentes à autorização de quebra de sigilo bancário dos contribuintes e possibilidade de tributação, pelo imposto de renda, dos depósitos bancários; e (b) anulado o Ato de Exclusão, em razão das nulidades acima apontadas, que demonstram de forma cabal a efetiva ofensa aos princípios da legalidade estrita (tipicidade), do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

b) Ultrapassadas as preliminares, no mérito, requer seja julgado improcedente o Ato de Exclusão em razão da fundamentação supra, a qual -sinteticamente - demonstrou que praticamente a totalidade dos valores movimentados nas contas bancárias não eram de titularidade da impugnante, conforme se tornou incontroverso no curso do procedimento fiscal; que eventuais movimentações financeiras não escrituradas como receitas devem ser objeto de lançamento de ofício no âmbito do Simples Nacional, respeitando as regras da LC nº 123/2006; que, não há qualquer motivo que justifique a exclusão da impugnante no Simples Nacional, pela ausência de suporte fático às infrações capituladas pela autoridade fiscal.

c) *Subsidiariamente*, requer sejam os efeitos da exclusão reduzidos para o prazo comum de 3 anos, em razão da ausência de qualquer motivação para tanto.

Por sua vez, a 15ª Turma da DRJ/RJ1, ao apreciar a dita manifestação de inconformidade, julgou-a improcedente conforme a seguinte ementa:

SIMPLES NACIONAL

Exercício: 2017

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. ESCRITURAÇÃO QUE NÃO PERMITE A IDENTIFICAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. PRÁTICA REITERADA DE FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS.

Será excluída do Simples Nacional a empresa cuja escrituração não permitir a identificação dos recursos movimentados em suas contas bancárias. Constitui, da mesma forma, razão para exclusão do regime simplificado a prática reiterada de não emitir documentos fiscais de vendas e prestações de serviços.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. PRAZO DE 10 (DEZ) ANOS. UTILIZAÇÃO DE ARTIFÍCIO, ARDIL OU MEIO FRAUDULENTO PARA INDUZIR OU MANTER A FISCALIZAÇÃO EM ERRO, COM FINALIDADE DE SUPRIMIR OU REDUZIR TRIBUTO.

Verificada a utilização de artifício, ardil ou qualquer meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável segundo a regra do Simples Nacional, excluir-se à empresa do mencionado regime pelo prazo de 10 (dez) anos.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Irresignada com o acórdão a Recorrente apresentou recurso voluntário elencado exatamente os mesmos argumentos já aduzidos quanto da interposição da manifestação de inconformidade e bem resumidos anteriormente.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Relatora.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III, do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento.

Conforme já relatado, trata o presente de exclusão da Recorrente do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, por descumprimento do inciso I, assim como da parte final do § 2º, do artigo 26, combinado com o artigo 27, incidindo nas hipóteses previstas nos incisos VIII e XI do artigo 29 da LC nº 123/2006, consoante informações contidas no processo administrativo nº 13005.720611/2016-45

Em síntese, estas foram as causas motivadoras da exclusão da Recorrente do Simples Nacional, por intermédio do Ato Declaratório Executivo DRF/SCS nº 5, de 29 de março de 2016., às e-fls. 508:

- a) Prática reiterada de infração ao disposto na LC nº 123/2006, ou seja, ao inciso I do art. 26 (falta de emissão de documento fiscal), enquadrando-se na hipótese do inciso XI do art. 29;
- b) Escrituração não permite a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, incidindo nos inciso VIII do art.29, observando-se que a empresa adotava a escrituração por Livro Diário e Razão, como lhe faculta o art. 27, todos da Lei Complementar nº 123/2006.

Outrossim, tal exclusão deu-se pelo prazo de 10 anos, a contar de 01/01/2012, pois fora constatada suposta utilização de artifícios e meios fraudulentos que induziram e mantiveram a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável, configurados pela conduta de fraudar a fiscalização tributária ao omitir operações em documento ou livro exigido pela lei fiscal, além de prestar declaração falsa às autoridades fazendárias.

A Recorrente, discordando da decisão de primeira instância, em suas razões recursais apresentou argumentos em sede de preliminar e mérito, os quais serão adiante analisados.

PRELIMINARES

Preliminarmente, a Recorrente requereu a nulidade do ato declaratório de exclusão em ofensa aos princípios da legalidade estrita (tipicidade) e do devido processo legal, ocorrência de capitulação legal sem motivação acarretando o cerceamento do direito de defesa. Foi alegada, ainda, a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2011 (quebra do sigilo bancário) e do art. 42 da Lei nº 9.430/1996 (lançamento efetuado com base em depósitos bancários de origem não comprovada).

Desta forma, a Recorrente alega que os atos administrativos são nulos, porque foram violados princípios. Contudo, tais argumentos não merecem prosperar.

Sobre o tema, insta consignar que, somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos dos artigos 10 e 59, ambos do Decreto nº 70.235/72. Vejamos o teor desses dispositivos:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.”

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.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

In casu, não constato qualquer nulidade formal ocasionada pela inobservância do disposto nos artigos 10 e 59, tampouco dos requisitos constantes do artigo 5º, incisos V e XXXIII, da Constituição Federal.

Afinal, o Ato Declaratório de Exclusão foi lavrado por servidor competente que verificando a ocorrência da causa legal emitiu o ato revestido das formalidades legais com, sem qualquer vício de motivação no ato declaratório, com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal. Assim, este ato contém todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos. Ademais o ADE, conforme já dito, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos decidam recursos administrativos, as formas instrumentais adequadas foram respeitadas e os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos.

O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício, que foi regularmente analisado pela autoridade de primeira instância (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 6º da Lei nº 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

As autoridade fiscais agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal).

Também, entendo que as informações bancárias não foram adquiridas ilegalmente, pois, a solicitação dos extratos bancários foi autorizada à fiscalização pela empresa Recorrente e não da alegada quebra de sigilo bancário. Ademais, esse Colegiado não tem competência para apreciar tal demanda, que cabe unicamente ao Poder Judiciário.

Aliás, no âmbito do processo administrativo fiscal, é vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, nos termos do art. 26A e parágrafo único, do Decreto n. 70.235/72, bem como, art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009. No mesmo sentido é o que discorre a Súmula nº 2 do CARF:

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

De todo modo, analisando o tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 601314, e nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADIs 2390, 2386, 2397 e 2859 garantiu ao Fisco o acesso a dados bancários dos contribuintes sem necessidade de autorização judicial, nos termos da Lei Complementar nº 105 e do Decreto nº 3.724, de 2001.

Por tais fundamentos, no que concerne às preliminares, deve ser confirmado acórdão de piso, no qual assim restou consignado:

I - DAS QUESTÕES PRELIMINARES

A Interessada argui, em sede preliminar, a nulidade de sua exclusão do Simples Nacional, alegando ofensa ao devido processo legal e vício de motivação no ato declaratório. Afirma, mais especificamente, que a autoridade administrativa ignorou as provas documentais trazidas aos autos, provas essas que, a seu juízo, demonstram que os recursos movimentados em suas contas bancárias são, na realidade, valores de titularidade da empresa GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA, decorrentes da atividade de intermediação e administração de locações de imóveis de terceiros. Pondera, ainda, que a eventual não localização de documentos fiscais referentes a determinados valores depositados em sua conta bancária não pode acarretar a imediata exclusão do Simples Nacional. Caberia à Fiscalização, segundo seu entendimento, verificar se existem registros contábeis das operações e se a adição dos referidos valores à receita declarada fez ultrapassar o limite de permanência no regime simplificado.

Sinceramente, não consigo vislumbrar qualquer ofensa ao devido processo legal no procedimento de fiscalização aqui examinado. Ao contrário do que alega a Interessada, as intimações e diligências fiscais foram realizadas com absoluta transparência, tendo-lhe sido oferecidas todas as oportunidades para a produção de provas. O fato de determinadas explicações da empresa não terem sido acolhidas no curso da fiscalização não significa, de modo algum, preterição do direito de defesa. Até porque o procedimento de fiscalização, no sentido estrito, representa uma fase de coleta de provas, de cunho meramente investigativo. Somente com a impugnação do ato declaratório de exclusão é que se inaugura a fase contenciosa do processo administrativo, onde, aí sim, deverá ser assegurado ao sujeito passivo o direito ao contraditório e à ampla defesa, conforme prevê o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Cumprе registrar, por outro lado, que os fundamentos para a exclusão da Interessada do Simples Nacional foram expostos de forma clara e objetiva, com indicação precisa dos dispositivos legais que lhe dão sustentação. Pode-se até questionar a pertinência da exclusão, quanto aos aspectos de mérito. O que não se pode dizer, todavia, é que a peça acusatória falece de motivação.

Ainda em sede preliminar, a Interessada questiona a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001 (que trata da quebra do sigilo bancário), e do art. 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996 (que estabelece a presunção de omissão de receita em decorrência da falta de comprovação da origem de depósitos bancários).

Ora, ao julgador administrativo não é dado questionar a constitucionalidade de diploma legal validamente inserido no ordenamento jurídico. É o que diz, expressamente, o art. 26-A, *caput*, do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972 (com redação dada pela Lei nº 11.941, de 27/05/2009): “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”. À vista do exposto, rejeito as preliminares levantadas pela Interessada.

Destarte, não há como prospetar a tese construída pela Recorrente acerca da nulidade do ADE que a exclui do Simples Nacional.

Mérito

De acordo com o Relatório Fiscal de fls. 02/10, as infrações que motivaram a exclusão da Recorrente do Simples Nacional foram o fato de a escrituração da empresa não permitir a identificação de sua movimentação financeira, inclusive bancária (art. 29, inciso VIII, da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006) e a prática reiterada de não emitir documentos fiscais, com consequente omissão de receitas (art. 29, inciso XI, c/c art. 26, inciso I, do mesmo diploma legal).

A questão é que o Recurso Voluntário apresentado constitui-se de repetição dos argumentos utilizados em sede de manifestação de inconformidade, os quais foram detalhadamente apreciadas pelo julgador *a quo*.

Nestes termos como a Recorrente em nada inovou em suas alegações recursais ou provas, adoto, EM PARTE, os fundamentos de fato e direito insertos no acórdão de piso como minhas razões de decidir, conforme faculdade garantida ao julgador pelo § 3º, do Art. 57 do Regimento Interno do CARF:

“(…)

A Interessada, em sua defesa, alega que a movimentação financeira e bancária que lhe cabia escriturar era a dos valores de sua titularidade, e não os valores de terceiros. Insiste que não houve nenhuma prática reiterada de falta de emissão de documentos fiscais, já que os documentos supostamente não emitidos não eram de sua responsabilidade, mas sim da empresa GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA. Argumenta, por outro lado, que a configuração da “prática reiterada” exige a comprovação do cometimento da infração por mais de um período de apuração/exercício, devidamente comprovado pela formalização do competente auto de infração ou notificação de lançamento.

Definitivamente, não assiste razão à impugnante.

A começar pelo fato - absolutamente anômalo - de a empresa fiscalizada haver franqueado sua conta bancária ao uso de outras sociedades mercantis. Ora, tal movimentação promíscua de recursos, praticada de forma sistemática, e sem qualquer controle contábil ou extracontábil, não revela apenas desordem gerencial, mas deliberado propósito de criar obstáculos para a fiscalização tributária.

Tanto isso é verdade que parte considerável dos depósitos efetuados nas contas bancárias da Interessada não teve sua origem esclarecida, nem pela titular da conta, nem pela empresa GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA. O que só faz confirmar a presunção legal de que tais depósitos bancários constituíram receitas não oferecidas à tributação (art. 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996).

E nem se alegue que estes valores representam uma parcela mínima das receitas escrituradas. Muito pelo contrário: - examinando-se o § 42 do Relatório do Procedimento Fiscal que acompanha os Autos de Infração lavrados contra a Interessada, no âmbito do processo administrativo nº 13005.721501/2016-09 (em apenso), verifica-se que os depósitos sem comprovação de origem correspondem a quase 05 (cinco) vezes o montante das receitas declaradas do período:

Mês	RECEITAS DECLARADAS R\$		RECEITAS OMITIDAS	
	VENDAS	PRESTAÇÃO DE SERVIÇO	SERVIÇOS FUNERÁRIOS	POR PRESUNÇÃO LEGAL R\$
janeiro/12	8.100,00	0,00	22.349,49	38.000,00
Fevereiro/12	8.000,00	2.700,00	27.688,46	54.300,00
março/12	8.000,00	2.500,00	11.099,73	30.000,00
abril/12	6.300,00	2.380,00	17.749,56	23.452,00
maio/12	13.100,00	3.650,00	33.689,57	77.952,94
junho/12	17.995,00	0,00	18.108,97	20.755,00
julho/12	16.650,00	2.950,00	23.264,25	21.532,00
agosto/12	16.150,00	3.100,00	36.052,96	55.763,09
setembro/12	7.300,00	3.200,00	11.404,60	40.000,00
outubro/12	18.200,00	0,00	13.914,89	204.900,00
novembro/12	16.890,00	2.000,00	23.210,28	110.000,00
dezembro/12	10.550,00	9.200,00	14.157,25	26.840,00
Total geral	147.235,00	31.680,00	252.690,01	703.495,03

Fica claro, a partir dos fatos acima expostos, que a Interessada efetuou, ao longo do ano de 2012, uma quantidade significativa de operações tributáveis sem qualquer registro contábil ou fiscal. Não se trata, por óbvio, de uma infração episódica e isolada, mas uma prática reiterada de falta de emissão de documentos fiscais, enquadrável no art. 29, § 9º, da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006:

LEI COMPLEMENTAR nº 123, de 14 de dezembro de 2006

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;

(...)

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;

(...)

§ 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.

De observar que a conduta da Interessada se amolda tanto ao primeiro quanto ao segundo inciso do § 9º acima transcrito.

Quanto à afirmativa de que a “prática reiterada” precisaria se estender por mais de um exercício, trata-se de erro de interpretação do contribuinte. Quando a lei fala em “2 (dois) ou mais períodos de apuração”, está querendo dizer, evidentemente, “2 (dois) ou mais meses”, afinal os valores devidos no Simples Nacional são apurados com periodicidade mensal (art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006).

Destarte, concordo com parte da decisão recorrida, todavia, não vejo fundamento para que haja o agravamento do prazo de exclusão para 10 (dez) anos. Explique-se.

Conforme já relatado, a autoridade fiscal excluiu a Interessada do Simples Nacional pelo prazo agravado de 10 (dez) anos, por haver entendido que a empresa se utilizou de artifício, ardil ou meio fraudulento para induzir ou manter a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo,. Vide art. 29, § 2º, da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006:

§ 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, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável segundo o regime especial previsto nesta Lei Complementar.

Como se vê, a conduta qualificada pela fiscalização como *"artifícios fraudulentos, de induzir a fiscalização em erro com o fim de reduzir tributos"* resume-se a omitir na escrituração contábil movimentação financeira de algumas instituições financeiras.

Discordo, pois, em consonância com a decisão transcrita adiante, a meu ver, a omissão de movimentação financeira da escrituração contábil não se caracteriza como artifício fraudulento com vistas a induzir a fiscalização em erro, mas sim possível hipótese de presunção de omissão de receita sujeita a lançamento de ofício nos termos da legislação de regência. Para fins de caracterização de artifício fraudulento exige-se uma conduta qualificada por evidente intuito de fraude do sujeito passivo, tais como, documentos inidôneos, informações falsas, interposição de pessoas, declarações falsas, dentre outras hipóteses.

Além do mais, a Recorrente colaborou efetivamente com a autoridade fiscal no sentido de esclarecer a origem dos recursos depositados em suas contas bancárias, não sendo justificável, portanto, o agravamento do prazo de exclusão por conta de valores mínimos que restaram não comprovados.

Destaque-se que meu posicionamento está em concordância com recente acórdão prolatado por este Tribunal, conforme decisão assim ementada:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL Data do fato gerador: 01/07/2007 EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. EFEITOS. OMISSÃO DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA NA ESCRITA CONTÁBIL. MEIO FRAUDULENTO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. Nos termos do §1º do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006, regra geral, caso o contribuinte seja excluído do Simples Nacional em razão das hipóteses previstas nos respectivos incisos II a XII fica impedido de optar pelo regime simplificado pelo prazo de três anos. Entretanto, se dentre essas mesmas hipóteses, ficar 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", o impedimento é de dez anos. **Omissão de movimentação financeira da escrituração contábil não se caracteriza como artifício fraudulento com vistas a induzir a fiscalização em erro, mas sim hipótese de presunção de omissão de receita sujeita a lançamento de ofício nos termos da legislação de regência. Para fins de caracterização de artifício fraudulento exige-se uma conduta qualificada por evidente intuito de fraude do sujeito passivo, tais como, documentos inidôneos, informações falsas, interposição de pessoas, declarações falsas, dentre outras hipóteses.** (Acórdão nº 1201-004.700, Relator: Efigênio de Freitas Júnior, Data: 10 de fevereiro de 2021)

Nesses termos afasto o impedimento à opção pelo regime simplificado pelo prazo de dez anos previsto no § 2º do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Finalmente, no que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais indicados pela Recorrente, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso, nos termos do art. 100 do Código Tributário Nacional. A alegação relatada na peça recursal, conseqüentemente, não está justificada.

Ante o exposto, oriento meu voto no sentido de rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário para manter a exclusão da Recorrente do Simples Nacional, porém, reduzindo para 3 (três) anos o prazo de impedimento para a opção do regime simplificado de tributação.

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça

Voto Vencedor

Conselheira Carmem Ferreira Saraiva, Redatora Designada

Com a devida vênia ousou divergir do voto da Ilustre Conselheira Relatora.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal).

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, que é gerido pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irretratável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida nos termos legais. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos lhe conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade. Para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo

resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente (art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

A exclusão é feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes. Verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória no caso de incorrer em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o procedimento é efetivado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente. A pessoa jurídica excluída do Simples Nacional sujeita-se, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas (art. 29 e art. 32 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, prevê:

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

[...]

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

§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, ardis 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.

[...]Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Sobre a fraude, a Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, determina:

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Consta na informação Exclusão Simples Nacional, e-fls. 02-10, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015):

No curso da fiscalização da empresa STEINHAUS – CASA DE PEDRA LTDA. - ME, CNPJ 07.543.080/0001-70, com endereço na rua Major Bandeira, 740, Bairro Languiru, Teutônia – RS, CEP 95.890-000, de acordo com o TDPF 10.1.11.00-2015-00114-0, o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil Gilson Antonio Frantz, matrícula nº. 1239863 constatou irregularidades que motivam a exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e

Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL, que de forma sintética estão referidas abaixo, sendo descritas minuciosamente adiante:

Motivo de Exclusão	Base Legal (Lei Compl. Nº 123/06)
Alegação de não ter localizado documentos fiscais, cujas receitas também foram omitidas, evidenciando a falta de emissão.	Inciso XI do artigo 29.
Escrituração contábil apresentada não permite a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária.	Inciso VIII do Artigo 29, observando-se que a empresa adotava a escrituração por Livro Diário e Razão, como lhe faculta o artigo 27.

II - BASE LEGAL DO SIMPLES NACIONAL.

“Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 “Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

II - manter em boa ordem e guarda os documentos que fundamentaram a apuração dos impostos e contribuições devidos e o cumprimento das obrigações acessórias a que se refere o art. 25 desta Lei Complementar enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes.

....

§ 2º As demais microempresas e as empresas de pequeno porte, além do disposto nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão, ainda, manter o livro-caixa em que será escriturada sua movimentação financeira e bancária.

.....

Art. 27. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional poderão, opcionalmente, adotar contabilidade simplificada para os registros e controles das operações realizadas, conforme regulamentação do Comitê Gestor” (sublinhei)

.....

Da Exclusão do Simples Nacional

Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados pelo Comitê Gestor.

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

..... II - for oferecido embarço 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;

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

.....

§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, ardis 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.

.....” Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011 Exclusão de ofício Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é:

(Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

.....

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

.....

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses:

(Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

a) 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;

.....

d) tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

.....

g) houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;

.....

j) não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, ressalvadas as prerrogativas do MEI, nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97;

.....

§ 2º O prazo de que trata o inciso IV do caput será elevado para 10 (dez) anos 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 apurável na forma do Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 2º)

§ 3º A ME ou EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 32, caput)

..... § 6º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j" e "k" do inciso IV do caput: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 9º)

I - a ocorrência, em dois ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos cinco anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento, em um ou mais procedimentos fiscais;

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.” (Os grifos e sublinhados acima não existem nos diplomas legais)

III - MOTIVO DA EXCLUSÃO 1. Em 13/05/2015, a empresa fiscalizada, cujo CNPJ foi aberto em 17/08/2005, tomou ciência na pessoa do Sócio-Administrador Jorge Luiz Garcez de Souza, do Termo de Início do Procedimento Fiscal referente o TDPF nº 10.1.11.00-2015-00114-0, com prazo de 20 dias para apresentação, entre outros documentos, do livro Caixa ou Diário e Razão, arquivos digitais da contabilidade, atos constitutivos da empresa, extratos de contas bancárias, notas fiscais, e informações sobre a existência de ações judiciais entre outras solicitações, bem como justificar a discrepância verificada entre sua movimentação financeira bancária e a receita declarada à Receita Federal do Brasil, acompanhada da documentação comprobatória julgada pertinente.

2. Em 19/06/2015 a empresa apresentou os Livros Diário e Razão de 2012, assim como os arquivos digitais da contabilidade onde estão lançadas receitas brutas de vendas de R\$ 178.915,00, Declaração Anual do Simples Nacional, informando este montante de receita bruta, atos constitutivos entre outros documentos, dos quais destacamos os extratos bancários do ano de 2012, referentes as contas mantidas no Banco do Brasil SA, Ag. 3188, nº 18725; Banco do Estado do Rio Grande do Sul SA – Banrisul, Ag. 0946.41, conta nº 06.034436.0-3 e a conta 59430-0 da Coop de Cred Livr Adm Assoc Ouro Branco, que doravante será tratada como “SICREDI”. Todas as contas são mantidas nas agências da cidade de Teutônia.

3. Informou que não escrituração do Livro Caixa em virtude da existência de contabilidade regular. Quanto a discrepância entre a movimentação financeira e a receita declarada, respondeu o seguinte:

Resposta A empresa utilizava contas bancárias do Sicredi e Banrisul em vista de créditos plenamente aprovados para obter empréstimos junto a estas instituições financeiras, cujos valores eram contratados/creditados e posteriormente pagos/debitados, cujos valores em sua maioria para pagamento de obrigações da empresa.

2. Analisando os livros e os documentos apresentados, constatamos que a empresa não registrou na contabilidade as movimentações financeiras das contas mantidas no Banrisul e Sicredi. Em relação a conta escriturada do Banco do Brasil, está não era fiel as transações efetivamente ocorridas, pois várias transferências bancárias eram lançadas como se fossem depósitos cujos recursos teriam origem no caixa da empresa.

Alguns exemplos:

DATA	VALOR R\$	HISTÓRICOS NO EXTRATO	HISTÓRICOS NA CONTABILIDADE	CONTRAPARTIDAS
13/01/12	50.000,00	TED	REF DEPÓSITO N/DATA 9801930	CAIXA
14/02/12	50.000,00	TED	REF DEPÓSITO N/DATA 4942520	CAIXA
14/03/12	50.000,00	TED	REF DEPÓSITO N/DATA 6361761	CAIXA
13/04/12	50.000,00	TED	REF DEPÓSITO N/DATA 8131150	CAIXA
15/10/12	50.000,00	TED	REF DEPÓSITO N/DATA 3152092	CAIXA

3. Em vista destas verificações, em 03/07/2015 lavramos o Termo de Intimação Fiscal (TIF) nº 2, onde foi instada a comprovar mediante documentação hábil e idônea a origem dos valores creditados/depositados em suas contas-correntes listados nos Anexo I e II, bem como para justificar a falta de contabilização das movimentações financeiras.

4. Em 03/08/2015 respondeu que já havia apresentado a documentação hábil e idônea referente ao seu faturamento, que seria regularmente contabilizado e documentado por nota fiscal e que os demais valores não pertencem a Steinhaus – Casa de Pedra Ltda. - ME, que “Os valores são de responsabilidade da GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA., CNPJ 08.342.871/0001-03, que usou as contas correntes da empresa durante o exercício de 2012”. No ano seguinte, a GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA. abriu conta corrente em seu nome e passou a concentrar seu faturamento nessa conta”. 5. Informou ainda que não existem operações comerciais entre a SS Serviços Funerários e a fiscalizada; que os valores transferidos entre as contas pertencem a Garcez de Souza Imóveis Ltda., que utilizou as contas de ambas as empresas, pois não teria conta-corrente própria.

6. Em razão das alegações acima, foi aberta diligência na Garcez de Souza Imóveis Ltda. (TDPF-D 10111.00-2015-00157-4), sendo expedido em 13/08/2015 o Termo de Diligência Fiscal nº 1, onde aquela empresa foi intimada a comprovar as origens dos valores creditados/depositados nas contas-correntes da fiscalizada, assim como da empresa SS Serviços Funerários Ltda., consoante os anexos I a IV, além de apresentar os arquivos digitais da contabilidade, a declaração de rendimentos, extratos bancários, Livro Caixa, Diário e Razão.

7. Em 02/10/2015 a imobiliária respondeu ao termo conforme transcrito abaixo:

Com intuito de colaborar com a fiscalização, informa e reitera que:

1.1) durante o período fiscalizado, a GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA utilizou as contas correntes da SS SERVIÇOS FUNERÁRIOS LTDA e da STEINHAUS–CASA DE PEDRA LTDA para suas atividades (intermediação e administração de locação de imóveis de terceiros), conforme relação de documentos item 1.

1.2) as transferências entre contas das empresas fiscalizadas (SS SERVIÇOS FUNERÁRIOS LTDA e STEINHAUS – CASA DE PEDRA LTDA) não corresponde a faturamento destas, mas mera transferência de valores de mesma titularidade (GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA). As transferências eram feitas com o intuito de facilitar o repasse e o depósito dos valores devidos aos proprietários dos imóveis alugados, visto que a conta corrente nº 89.308-0 não possuía talão de cheque, ou eventualmente para cobrir saldo negativo das contas.

1.3) os valores denominados ‘liberação de crédito’, como o próprio nome já induz, se referem a crédito rotativo/cheque especial concedido pelo banco. Não são depósitos de terceiros, nem corresponde a faturamento de qualquer natureza.

1.4) a conta 45.921-6 (SS Serviços Funerários Ltda) era usada para movimentação dos boletos do plano assistencial da ‘Rede Vida Assistência Familiar’, de titularidade da SS

SERVIÇOS FUNERÁRIOS LTDA. Não se trata de faturamento da GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA – EPP. Tais valores, em momento adequado, já foram comprovados, quando da resposta ao Termo de Intimação Fiscal exarado contra a SS SERVIÇOS FUNERÁRIOS LTDA.

1.5) em atendimento ao pedido verbal feito pelo auditor-fiscal, a GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA elaborou planilha auxiliar, discriminando os depósitos, por data, identificando-os por inquilino.

1.6) os depósitos nas contas correspondem ao pagamento do locatário ao locador do valor total do aluguel. A GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA cobrava comissão em percentual que variava entre 5 a 10% do valor da locação, conforme documentação anexa.

1.7) A GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA repassava o valor líquido para os locadores, isto é, o valor do aluguel (depósitos) descontada a comissão, conforme documentação anexa.”

8. Procedida a conciliação entre os valores listados nos anexos que acompanharam o TDF 1 e os documentos apresentados, constatamos que estes comprovavam parte dos créditos listados, nos levando a emitir o Termo de Diligência Fiscal nº 3 (16/11/2015), no âmbito da diligência, onde instamos aquela empresa a comprovar as origens dos demais créditos, fazendo-se acompanhar dos novos anexos com os créditos a serem comprovados. Na mesma oportunidade intimamos a Steinhaus Casa de Pedra Ltda e a SS Serviços Funerários Ltda a comprovarem as origens dos créditos não comprovados pela imobiliária, conforme anexos encaminhados.

9. Nas respostas apresentadas pelas empresas em 23/12/2015, a Garcez de Souza apresentou relatório complementar nos moldes do anterior, onde lista os créditos na conta-corrente relacionando-os aos inquilinos que teriam efetuado o pagamento dos aluguéis. O relatório trata apenas de créditos da conta 893080, listada no anexo I, nada comprovando em relação aos demais anexos.

Em que pese a resposta, remanesceram valores sem comprovação.

10. Por sua vez a SS Serviços Funerários esclareceu que os créditos na conta 45921-6, do Sicredi, dizem respeito à cobrança do chamado “Plano Rede Vida”, tratando-se de valor mensal cobrado para futura prestação de serviços funerários. Quanto à conta 893080, informou que foi utilizada pela Garcez de Souza Imóveis para recebimento de aluguéis de imóveis de terceiros.

11. A Steinhaus informou que os valores listados no Anexo II se referem a serviços funerários prestados, cujos documentos fiscais não foram localizados, apresentando com a resposta relação dos mesmos. Confrontando esta relação com o Anexo II enviado com o termo de diligência constatamos que persistem valores não comprovados ou esclarecidos, assim como em relação a todo Anexo III.

12. Embora alegue que os documentos fiscais não foram localizados, a toda evidência não foram emitidos, pois essas receitas também não foram contabilizadas e, destaca-se, no curso da fiscalização foram apresentadas as notas fiscais emitidas durante o ano-calendário de 2012, não existindo lacunas nas numerações que pudessem indicar o extravio dos documentos, o que aponta para o descumprimento reiterado da obrigação prevista no inciso I do artigo 26 da Lei Complementar 123/2006.

13. Na análise efetuada até o momento, foram essas as irregularidades encontradas, que salvo melhor juízo são motivos suficientes para a exclusão da fiscalizada do Simples Nacional.

V - CONCLUSÃO

14. Portanto, do exposto acima, evidenciamos que a contribuinte fiscalizada praticou as seguintes irregularidades, que são causas motivadoras da exclusão do Simples Nacional:

- Prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123/2006, ou seja, ao inciso I do artigo 26 (falta de emissão de documento fiscal), enquadrando-se na hipótese do Inciso XI do Artigo 29;

- Escrituração não permite a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, incidindo nos inciso VIII do artigo 29, observando-se que a empresa adotava a escrituração por Livro Diário e Razão, como lhe faculta o artigo 27, todos da Lei Complementar nº 123/2006.

15. Em face do exposto, com base na alínea “b” do inciso I do artigo 6º da Lei 10593/02, DECIDO excluir a fiscalizada do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL, pelo prazo de 10 anos, a contar de 01/01/2012, pois constatada a utilização de artifícios e meios fraudulentos que induziram e mantiveram a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável, configurados pela conduta de fraudar a fiscalização tributária ao omitir operações em documento ou livro exigido pela lei fiscal, além de prestar declaração falsa às autoridades fazendárias.

16. Emita-se o Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional;

17. Quando e se tornada definitiva na esfera administrativa esta decisão, registre-se a expedição do Ato Declaratório de Exclusão no portal do Simples Nacional, no site da Receita Federal;

Está registrado no Acórdão da 15ª Turma DRJ/DRJ/RJ1/RJ nº 12-095.305, de 04.01.2008, e-fls. 615-627, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015):

I – DAS QUESTÕES PRELIMINARES

A Interessada argúi, em sede preliminar, a nulidade de sua exclusão do Simples Nacional, alegando ofensa ao devido processo legal e vício de motivação no ato declaratório.

Afirma, mais especificamente, que a autoridade administrativa ignorou as provas documentais trazidas aos autos, provas essas que, a seu juízo, demonstram que os recursos movimentados em suas contas bancárias são, na realidade, valores de titularidade da empresa GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA, decorrentes da atividade de intermediação e administração de locações de imóveis de terceiros. Pondera, ainda, que a eventual não localização de documentos fiscais referentes a determinados valores depositados em sua conta bancária não pode acarretar a imediata exclusão do Simples Nacional. Caberia à Fiscalização, segundo seu entendimento, verificar se existem registros contábeis das operações e se a adição dos referidos valores à receita declarada fez ultrapassar o limite de permanência no regime simplificado.

Sinceramente, não consigo vislumbrar qualquer ofensa ao devido processo legal no procedimento de fiscalização aqui examinado. Ao contrário do que alega a Interessada, as intimações e diligências fiscais foram realizadas com absoluta transparência, tendo-lhe sido oferecidas todas as oportunidades para a produção de provas. O fato de determinadas explicações da empresa não terem sido acolhidas no curso da fiscalização não significa, de modo algum, preterição do direito de defesa. Até porque o procedimento de fiscalização, no sentido estrito, representa uma fase de coleta

de provas, de cunho meramente investigativo. Somente com a impugnação do ato declaratório de exclusão é que se inaugura a fase contenciosa do processo administrativo, onde, aí sim, deverá ser assegurado ao sujeito passivo o direito ao contraditório e à ampla defesa, conforme prevê o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Cumpre registrar, por outro lado, que os fundamentos para a exclusão da Interessada do Simples Nacional foram expostos de forma clara e objetiva, com indicação precisa dos dispositivos legais que lhe dão sustentação. Pode-se até questionar a pertinência da exclusão, quanto aos aspectos de mérito. O que não se pode dizer, todavia, é que a peça acusatória falece de motivação.

Ainda em sede preliminar, a Interessada questiona a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001 (que trata da quebra do sigilo bancário), e do art. 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996 (que estabelece a presunção de omissão de receita em decorrência da falta de comprovação da origem de depósitos bancários).

Ora, ao julgador administrativo não é dado questionar a constitucionalidade de diploma legal validamente inserido no ordenamento jurídico. É o que diz, expressamente, o art. 26-A, caput, do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972 (com redação dada pela Lei nº 11.941, de 27/05/2009): — “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”. À vista do exposto, rejeito as preliminares levantadas pela Interessada.

II – DO MÉRITO

II.1) Das infrações que deram causa à exclusão do Simples Nacional De acordo com o Relatório Fiscal de fls. 02/10, as infrações que motivaram a exclusão da Interessada do Simples Nacional foram as seguintes: - a) o fato de a escrituração da empresa não permitir a identificação de sua movimentação financeira, inclusive bancária (art. 29, inciso VIII, da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006); e b) a prática reiterada de não emitir documentos fiscais, com conseqüente omissão de receitas (art. 29, inciso XI, c/c art. 26, inciso I, da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006).

A Interessada, em sua defesa, alega que a movimentação financeira e bancária que lhe cabia escriturar era a dos valores de sua titularidade, e não os valores de terceiros.

Insiste que não houve nenhuma prática reiterada de falta de emissão de documentos fiscais, já que os documentos supostamente não emitidos não eram de sua responsabilidade, mas sim da empresa GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA. Argumenta, por outro lado, que a configuração da “prática reiterada” exige a comprovação do cometimento da infração por mais de um período de apuração/exercício, devidamente comprovado pela formalização do competente auto de infração ou notificação de lançamento.

Definitivamente, não assiste razão à impugnante.

A começar pelo fato — absolutamente anômalo — de a empresa fiscalizada haver franqueado sua conta bancária ao uso de outras sociedades mercantis. Ora, tal movimentação promíscua de recursos, praticada de forma sistemática, e sem qualquer controle contábil ou extracontábil, não revela apenas desordem gerencial, mas deliberado propósito de criar obstáculos para a fiscalização tributária.

Tanto isso é verdade que parte considerável dos depósitos efetuados nas contas bancárias da Interessada não teve sua origem esclarecida, nem pela titular da conta, nem pela empresa GARCEZ DE SOUZA IMÓVEIS LTDA. O que só faz confirmar a

presunção legal de que tais depósitos bancários constituíram receitas não oferecidas à tributação (art. 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996).

E nem se alegue que estes valores representam uma parcela mínima das receitas escrituradas. Muito pelo contrário: — examinando-se o § 42 do Relatório do Procedimento Fiscal que acompanha os Autos de Infração lavrados contra a Interessada, no âmbito do processo administrativo nº 13005.721501/2016-09 (em apenso), verifica-se que os depósitos sem comprovação de origem correspondem a quase 05 (cinco) vezes o montante das receitas declaradas do período: [...]Fica claro, a partir dos fatos acima expostos, que a Interessada efetuou, ao longo do ano de 2012, uma quantidade significativa de operações tributáveis sem qualquer registro contábil ou fiscal. Não se trata, por óbvio, de uma infração episódica e isolada, mas uma prática reiterada de falta de emissão de documentos fiscais, enquadrável no art. 29, § 9º, da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006:

LEI COMPLEMENTAR nº 123, de 14 de dezembro de 2006 [...].De observar que a conduta da Interessada se amolda tanto ao primeiro quanto ao segundo inciso do § 9º acima transcrito.

Quanto à afirmativa de que a “prática reiterada” precisaria se estender por mais de um exercício, trata-se de erro de interpretação do contribuinte. Quando a lei fala em “2 (dois) ou mais períodos de apuração”, está querendo dizer, evidentemente, “2 (dois) ou mais meses”, afinal os valores devidos no Simples Nacional são apurados com periodicidade mensal (art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006).

Confirmadas, assim, as razões motivadoras da exclusão da Interessada do regime simplificado, passo a examinar a questão do prazo agravado.

II.2) Do agravamento do prazo de exclusão Conforme já relatado, a autoridade fiscal excluiu a Interessada do Simples Nacional pelo prazo agravado de 10 (dez) anos, por haver entendido que a empresa se utilizou de artifício, ardil ou meio fraudulento para induzir ou manter a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo (art. 29, § 2º, da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006).

A Interessada argumenta, em sua defesa, que a peça de acusação fazendária não apontou quais os artifícios, ardis ou meios fraudulentos que teriam sido por ela utilizados, nem tampouco comprovou qualquer intenção sua de reduzir ou suprimir o pagamento dos tributos devidos. Ressalta que colaborou efetivamente com a autoridade fiscal no sentido de esclarecer a origem dos recursos depositados em suas contas bancárias, não sendo justificável, portanto, o agravamento do prazo de exclusão por conta de valores mínimos que restaram não comprovados.

Também aqui, não há como acolher as razões de defesa.

O franqueamento das contas bancárias da Interessada para uso de outras empresas, sem qualquer controle capaz de assegurar mínima transparência à movimentação de recursos, associado à falta de comprovação da origem da inúmeros depósitos efetuados nessas contas, revela um modus operandi engendrado com a clara finalidade de criar obstáculo para a fiscalização tributária.

Não por outro motivo, ao efetuar o lançamento dos tributos que deixaram de ser pagos, a Fiscalização aplicou a multa ofício qualificada de 150%, em razão da prática de sonegação (art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, com redação dada pela Lei nº 11.488, de 15/06/2007. c/c o art. 71 da Lei nº 4.502, de 30/11/1964).

Importante destacar, por fim, que a Interessada teve todas as oportunidades para infirmar a acusação de conduta sonegatória, no âmbito do processo administrativo de nº 13005.721501/2016-09, mas preferiu parcelar o crédito tributário contra ela lançado, silenciando quanto aos fatos que lhe foram imputados.

III – DA CONCLUSÃO

À vista de todo o exposto, NEGOU PROVIMENTO à manifestação de inconformidade da Interessada, para CONFIRMAR o Ato Declaratório Executivo DRF/SCS nº 05, de 29/03/2016, que a excluiu do Simples Nacional por 10 (dez) anos, contados a partir de 01/01/2012.

Observe-se que o processo nº 13005.721501/2016-09 encontra-se findo na esfera administrativa com a procedência do Auto de Infração, comprovando a utilização de “meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo”.

Nesse sentido não cabem reparos ao Acórdão da 15ª Turma DRJ/DRJ/RJ1/RJ nº 12-095.305, de 04.01.2008, e-fls. 615-627 e assim correto está na integralidade o Ato Declaratório Executivo DRF/SCS nº 05, de 29/03/2016, e-fl. 515, que exclui a Recorrente do Simples Nacional por 10 (dez) anos contados a partir de 01.01.2012.

Tem-se que nos estritos termos legais este procedimento está de acordo com o princípio da legalidade a que o agente público está vinculado em razão da obrigatoriedade da aplicação da lei de ofício (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015).

Em assim sucedendo, voto em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva