



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13370.721068/2020-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-003.775 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 12 de julho de 2023
Recorrente DIORLEY DA SILVA MACHADO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2020

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA.

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.

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO.

Deve ser excluída de ofício da sistemática do Simples Nacional, a pessoa jurídica optante quando constatada a prática reiterada de infração do disposto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e não tenha escriturado livro-caixa ou não permita a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária.

EFEITOS DA EXCLUSÃO.

A exclusão produz efeitos a partir do próprio mês da ocorrência do fato impeditivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva– Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Márcio Avito Ribeiro Faria, Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça, Gustavo de Oliveira Machado e Carmen Ferreira Saraiva.

Relatório

Ato Declaratório Executivo

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/Porto Alegre/RS n.º 006, de 31.07.2020, com efeitos a partir de 01.01.2016, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados, e-fls. 02-03:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), com base no processo n.º 13370.721.068/2020-11 a pessoa jurídica, a seguir identificada, em virtude de prática reiterada de infração à Lei Complementar 123/2006 e pela não entrega do Livro Caixa, conforme disposto no inciso V e VIII do art. 29 da Lei Complementar n.º 123 de 14 de dezembro de 2006:

Nome Empresarial: DIORLEY DA SILVA MACHADO

CNPJ: 06.338.376/0001-97

Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir do dia 01-01-2016, impedindo a opção pelo regime do SIMPLES NACIONAL pelo prazo de 10 anos, na forma do §§ 1º e 2º do art. 29, da Lei Complementar n.º 123 de 14 de dezembro de 2006.

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, protocolada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de sua jurisdição, nos termos do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972 - Processo Administrativo Fiscal (PAF).

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

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado no Acórdão da 4ª Turma DRJ/06 n.º 106-012.370, de 22.04.2021, e-fls. 2714-2727:

EXCLUSÃO

Exclui-se do Simples Nacional a pessoa jurídica que incorrer em prática reiterada de infração à legislação de regência ou deixar de apresentar à Fiscalização seu Livro-Caixa.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Recurso Voluntário

Notificada em 26.10.2021, e-fl. 2729, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 25.11.2021, e-fls. 2731-2739, esclarecendo que a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que:

Título II

Necessidade de Remessa do Processo ao CARF

I. Em que pese tenha havido desapensação deste processo, para o julgamento (em 28/04/2021) em relação ao processo 13370-720933/2020-11, faz-se necessária a remessa ao CARF para que o presente Recurso Voluntário seja devidamente apreciado pelo órgão competente.

II. Explica-se: a origem do presente processo é o TDPF n. [...] 1010100.2020.00075, no qual constam cobranças de Contribuições a Outras Entidades e Fundos, no valor de R\$ 1.645.228,35, ou seja, muito acima dos 60 salários mínimos previstos no art. 3º, II da Portaria n.º 340/2020.

III. Há de se dizer, não se pode desvincular o valor cobrado no TDPF do presente processo; isso porque, enquanto optante do SIMPLES NACIONAL, a Recorrente não está sujeita à tais contribuições, conforme se depreende da redação do art. 13, Parágrafo 3º, da Lei Complementar n.º 123/2006: [...]

IV. Assim, apenas e tão somente no caso - que se admite apenas pelo princípio da eventualidade – de ser efetivamente excluída do SIMPLES NACIONAL a Recorrente, é que serão devidos os montantes cobrados referentes a Contribuições a Outras Entidades e Fundos.

V. Portanto, imperioso que o presente feito, com a devida vênia às Ilmas. Câmaras de Julgamento, seja remetido ao CARF, para apreciação e julgamento, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

CAPÍTULO II

Breve Relato dos Fatos

VI. Cumpre esclarecer que a Contribuinte, ora Recorrente, é empresa cuja atividade empresária é a prestação de serviços de limpeza em prédios com fornecimento de material, serviços de portaria e zeladoria, serviços de guarda de rua e outros em estrita referência a esses.

VII. Durante o ano-calendário de 2020, a Recorrente foi alvo de procedimento fiscal, via diligências e Termos de Intimação Fiscal, com posterior instauração de fiscalização, resultando no Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF) n.º 1010100.2020.00075, no qual foram apuradas supostas irregularidades e inadimplementos de obrigações previdenciárias referentes à Contribuição Previdenciária do Empregador e da Contribuição à outras Entidades e Fundos.

VIII. Conforme esclarecem as pp. 696 a 709 do presente processo, a Recorrente envidou todos os esforços para esclarecer os questionamentos das autoridades fiscais, respondendo, com os máximos esforços possíveis durante a ocorrência de uma pandemia, a quatro Termos de Intimação Fiscal, enviando documentos e prestando informações.

IX. Entre tantos esclarecimentos, foi surpreendida com a notificação contendo sua Exclusão do regime do Simples Nacional por meio do Ato Declaratório Executivo n. 006/2020, de 31 de julho de 2020. O processo de Exclusão do Simples foi, em 28/04/2021, dispensado dos demais, para então, ser analisado e julgado [...].

X. Assim, foi mantida pela DRJ a exclusão da Contribuinte do regime do Simples Nacional, por suposta prática reiterada de infração, bem como de ausência da apresentação do Livro- Caixa, conforme fundamentos veiculados no ADE.

XI. No entanto, com a devida vênia, a fundamentação utilizada pelos Ilmos. Julgadores não reflete a realidade dos fatos e do direito aplicáveis à questão e, conforme já realizado na não observada Manifestação de Inconformidade, será comprovado que (i) não houve prática reiterada de infração tributária e (ii) a apresentação de todas as movimentações financeiras supre a necessidade de apresentação do Livro-Caixa.

XII. Não pode subsistir, portanto, a indevida exclusão da Contribuinte do regime do Simples Nacional, pois inexistentes as condições para tal.

CAPÍTULO III

SIMPLES NACIONAL - Impossibilidade de Exclusão do Regime

Título III

Ausência de prática reiterada de infração tributária

XIII. De início, cabe demonstrar que não houve prática reiterada de infração à Lei Complementar n.º 123/2006. Isso porque, em que pese a Impugnante não ter efetivamente realizado os recolhimentos de Contribuição Previdenciária Patronal e GIL/RAT (crédito tributário em discussão no processo ao qual o presente processo estava apensado), tal somente ocorreu em virtude de erro formal e não por infração dolosa.

XIV. Tanto é verdade que todas as informações necessárias para o lançamento estavam à disposição da Autoridade Fiscalizatória, que poderia e deveria nas suas atribuições e deveres colaborativos, ter alertado da inconsistência na primeira oportunidade passível, ou seja, quando da submissão da GFIP/SEFIP da primeira competência de 2016, já deveria ter a autoridade fiscal identificado e arguido a inconsistência à Impugnante, o que não fez.

Dessa forma, era juridicamente impossível à Impugnante cometer reiteradamente infrações que sequer tinha conhecimento.

XV. Não se está a dizer, ao contrário do entendimento exarado no Acórdão da DRJ que a Contribuinte estaria buscando a tutela da RFB por meio de “lançamentos por declaração” (fl. 2726); pelo contrário, o que se está a dizer é que, se o presente processo é a primeira oportunidade em que a fiscalização verificou eventual violação à legislação tributária, então não há que se falar em prática reiterada.

XVI. Ou seja, se houve cometimento de infração, esta ocorreu uma única vez, quando do errôneo preenchimento das GFIP/SEFIPs; esclarece-se, em que pese tais declarações sejam enviadas todos os meses, não se tratam de infrações cometidas reiteradamente, uma vez que somente foram constatadas em momento posterior. Assim, não há que se falar em prática reiterada de infrações. Nesse sentido, também, o § 9º, I e II do art. 29 da Lei Complementar n.º 123/2006:

Art. 29. [...]

§ 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. (grifos nossos)

XVII. Ou seja, para que haja a caracterização da prática reiterada é necessário a existência de um auto de infração anterior e outro, posterior, acerca de idênticas infrações e não que as infrações sejam repetidas no decurso do tempo. Essa é a única interpretação plausível do referido dispositivo.

XVIII. Tanto é verdade que, curiosamente, na Portaria que instituiu as Ilmas. Câmaras Recursais das Delegacias de Julgamento da Secretaria Especial da Receita

Federal do Brasil do Ministério da Economia, de nº 340/2020, está entabulado precisamente o critério para avaliação de prática reiterada, senão vejamos.

XIX. No art. 16, II, § 1º do referido ato regulamentador, lê-se, quanto a perda de mandado dos julgadores:

Art. 16. Perderá o mandato o julgador: [...]

II - que reiteradamente: [...]

§ 1º Considera-se reiterado, para efeito do disposto na alínea "a" do inciso II do caput, o descumprimento das metas estabelecidas por três vezes, consecutivas ou alternadas, no período de doze meses, contado a partir da data da constatação do primeiro descumprimento de meta.

XX. Ou seja, o conceito de prática reiterada de infração, aplicada aos Ilmos. Julgadores inicia-se somente após a constatação do primeiro descumprimento – portanto, à Administração Pública é aplicado conceito restritivo de prática reiterada, no sentido de que, ainda que cometa tais atos em sequência, caso estes não tenham sido constatados, não se inicia a prática reiterada.

XXI. Se assim o é, não há qualquer motivo ou definição legal que determine aplicação diversa do conceito de prática reiterada aos Contribuintes; dessa forma, tendo sido constatado, pela primeira vez, o eventual descumprimento (ainda a ser auferido pelo julgamento definitivo por CARF e CSRF), não se pode falar em prática reiterada – tal somente ocorreria se, em novo procedimento fiscalizatória constatar-se as exatas mesmas irregularidades que supostamente foram encontradas na primeira fiscalização.

XXII. Dessa forma, somente se poderia considerar a prática reiterada da infração se a fiscalização já tivesse notificado a Impugnante do cometimento das exatas mesmas infrações que se discutem no auto principal (recolhimento de Contribuição Previdenciária Patronal e GIL/RAT) em Auto de Infração anterior apartado, referindo-se à período de apuração diferente do que consta no presente auto, justamente por possibilitar a correção de eventuais procedimentos formais equivocados da Impugnante.

XXIII. Ou seja, não ficou comprovado nos autos que a Contribuinte incidiu na prática reiterada, à luz do dispositivo normativo acima transcrito, já que seria necessário, para tanto, uma decisão administrativa definitiva anterior, no interstício de 05 (cinco) anos, em idêntica infração formalizada por intermédio de auto de infração.

XXIV. Dessa forma, constatando-se ser este o único auto referente a tal infração, jamais se pode argumentar pela prática reiterada, sendo necessária a reversão da decisão de exclusão e reinclusão da Contribuinte, ora Recorrente, no regime do SIMPLES NACIONAL.

Título IV

Existência de elementos que permitam a apuração dos tributos

Súmula 76 do TFR

XXV. Por fim, alega a Autoridade Fiscal, que a Impugnante deixou de apresentar Livro-Caixa e que tal seria uma violação capaz de fundamentar sua exclusão, conforme o inciso VIII do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006. Entretanto, vejamos a redação do referido dispositivo:

Art. 29. [...]

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

XXVI. Ora, como pode a D. Fiscalização alegar que a mera falta de escrituração do livro-caixa é razão para exclusão do regime simplificado, se, no próprio Auto de Infração, item 46.3, fl. 170, existe tópico específico “Da Movimentação Financeira” em que a Autoridade Fiscal destrincha, em pormenores, todas as movimentações da Impugnante?

XXVII. Se a D. Fiscalização devidamente identificou as movimentações financeiras, inclusive as bancárias, não há que se falar em prejuízo advindo da ausência do Livro-Caixa.

XXVIII. Nesse sentido, há muito o então Tribunal Federal de Recursos (TFR) estabeleceu que “[...] a desclassificação da escrita somente se legitima na ausência de elementos concretos que permitam a apuração do lucro real da empresa, não a justificando simples atraso na escrita”; ou seja, havendo elementos - tais como existem no caso em tela - suficientes para determinar as bases tributáveis e, a partir destas exigir tributos que a autoridade fiscal entenda devidos, não há como admitir que seja desconsiderada a segunda parte do art. 29, VIII da Lei Complementar n.º 123/2006, supracitado.

XXIX. Assim, restam impugnados todos os fundamentos do Acórdão recorrido que, desconsiderando equivocadamente os argumentos aventados pela Contribuinte, manteve a exclusão da Recorrente do regime do SIMPLES NACIONAL, sendo necessário seu pronto restabelecimento.

No que concerne ao pedido conclui que:

CAPÍTULO IV

Dos Requerimentos

Ante as razões esposadas, requer dignem-se os Ilmos. Julgadores a conhecer e dar provimento ao presente Recurso Voluntário, reformando a decisão a quo e reconhecer:

i. A necessidade de remessa do processo ao CARF, uma vez que há vinculação expressa do presente processo aos valores efetivamente cobrados da Recorrente no TDPF N. 1010100.2020.00075, em montante superior aos 60 salários mínimos previstos no art. 3º, II da Portaria n.º 340/2020.;

ii. A impossibilidade de exclusão da Contribuinte/Recorrente do Regime do Simples Nacional, por inexistência de (i) prática reiterada de infração tributária ou (ii) inexistir ausência de elementos capazes de substituir o livro-caixa, permitindo a aferição de bases tributáveis pelas autoridades fiscais, conforme dita a segunda parte do inciso VIII do art. 29 da Lei Complementar n.º 123/2006.

Requer, por fim, seja dada ampla publicidade do julgamento à Recorrente, com a possibilidade de acompanhamento dos julgamentos, ainda que virtuais, bem como seja concedido direito de, na referida sessão, realizar sustentação oral para defesa de seus interesses, em consonância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

Tempestividade

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto n.º 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.

Competência do CARF

A Recorrente diz que o CARF é competente para processar e julgar recurso voluntário de decisão de primeira instância que verse sobre aplicação da legislação relativa à exclusão do Simples Nacional.

O Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015, determina:

Art. 2º À 1ª (primeira) Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1ª (primeira) instância que versem sobre aplicação da legislação relativa a: [...]

V - exclusão, inclusão e exigência de tributos decorrentes da aplicação da legislação referente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) e ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação (Simples- Nacional); [...]

Art. 23-B As turmas extraordinárias são competentes para apreciar recursos voluntários relativos a exigência de crédito tributário ou de reconhecimento de direito creditório, até o valor em litígio de 60 (sessenta) salários mínimos, assim considerado o valor constante do sistema de controle do crédito tributário, bem como os processos que tratem: (Redação dada pela Portaria MF n.º 329, de 2017)

I - de exclusão e inclusão do Simples e do Simples Nacional, desvinculados de exigência de crédito tributário; (Redação dada pela Portaria MF n.º 329, de 2017) [...]

§ 1º O Presidente do CARF poderá elevar o limite de que trata o caput a até 120 (cento e vinte) salários mínimos, à medida da redução do acervo de processos, bem assim definir outras hipóteses para apreciação pelas turmas extraordinárias.

A Portaria CARF/ME n.º 6.786, de 01 de agosto de 2022, publicada no DOU de 02.08.2022, determina:

O PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, no uso da atribuição que lhe confere o § 1º do art. 23-B do Anexo II à Portaria MF n.º 343, de 9 de junho de 2015, resolve:

Art. 1º Elevar a até 120 (cento e vinte) salários mínimos, o limite das turmas extraordinárias para apreciar recursos voluntários relativos a exigência de crédito tributário ou de reconhecimento de direito creditório, assim considerado o valor constante do sistema de controle do crédito tributário.

Parágrafo único. A elevação de limite atribuída às turmas extraordinárias não prejudica a competência das turmas ordinárias sobre os recursos voluntários tratados no caput.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.

No presente caso, a turma extraordinária do CARF é competente para processar e julgar recurso voluntário de decisão de primeira instância que verse sobre aplicação da legislação relativa à exclusão do Simples Nacional.

Delimitação da Lide

Conforme princípio de adstrição do julgador aos limites da lide, a atividade judicante está constricta ao exame do mérito da exclusão do Simples Nacional consubstanciada no Ato Declaratório Executivo DRF/Porto Alegre/RS n.º 006, de 31.07.2020, com efeitos a partir de 01.01.2016, e-fls. 02-03, analisado no presente processo (art. 15, art. 141 e art. 492 do Código de Processo Civil, que se aplica supletiva e subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal - Decreto n.º 70.235, de 02 de março de 1972). Os argumentos recursais referentes aos lançamentos são tratados especificamente no processo n.º 13370.720933/2020-11.

Sustentação Oral

A Recorrente solicita sustentação oral.

O Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015, prevê:

Art. 58. Anunciado o julgamento de cada recurso, o presidente dará a palavra, sucessivamente: [...]

II - ao recorrente ou ao seu representante legal para, se desejar, fazer sustentação oral por 15 (quinze) minutos, prorrogáveis por, no máximo, 15 (quinze) minutos, a critério do presidente;

III - à parte adversa ou ao seu representante legal para, se desejar, fazer sustentação oral por 15 (quinze) minutos, prorrogáveis por, no máximo, 15 (quinze) minutos, a critério do presidente;

No sítio institucional constam os formulários eletrônicos e todas as informações necessárias ao exercício da sustentação oral especificados na “Carta de Serviços CARF”. Nesse sentido, a Recorrente deve observar a forma, o tempo e o local previstos nas normas regulamentares para alcançar este desiderato.

Nulidade do Ato Declaratório Executivo e da Decisão de Primeira Instância

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos por violação de preceitos constitucionais.

O Ato Declaratório Executivo foi lavrado por servidor competente que verificando a ocorrência da causa legal emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal. A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente, inclusive com base no princípio da persuasão racional previsto no art. 29 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972. A Recorrente foi regularmente cientificada. Assim, estes atos contêm 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 os atos administrativos estão motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos decidam recursos administrativos.

Cabe a aplicação do enunciado estabelecido nos termos do art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015:

Súmula n.º 162

O direito ao contraditório e à ampla defesa somente se instaura com a apresentação de impugnação ao lançamento. (Vinculante, conforme Portaria ME n.º 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

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 n.º 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972).

As autoridades 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 n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal).

Ainda sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão em Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n.º 791292/PE, que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, de acordo com o art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de julho de 2015:

O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Neste sentido, devem ser enfrentados “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489 do Código de Processo Civil). Por conseguinte, o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. Assim, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a mesma matéria, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado.

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. A proposição afirmada pela Recorrente, desse modo, não pode ser ratificada.

Exclusão do Simples Nacional

A Recorrente discorda do procedimento fiscal.

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 n.º 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).

Cabe mencionar o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral n.º 627543/RS – Tema 363 - , proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

1. O Simples Nacional surgiu da premente necessidade de se fazer com que o sistema tributário nacional concretizasse as diretrizes constitucionais do favorecimento às microempresas e às empresas de pequeno porte. A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, em consonância com as diretrizes traçadas pelos arts. 146, III, d, e parágrafo único; 170, IX; e 179 da Constituição Federal, visa à simplificação e à redução das obrigações dessas empresas, conferindo a elas um tratamento jurídico diferenciado, o qual guarda, ainda, perfeita consonância com os princípios da capacidade contributiva e da isonomia.

2. Ausência de afronta ao princípio da isonomia tributária. O regime foi criado para diferenciar, em iguais condições, os empreendedores com menor capacidade contributiva e menor poder econômico, sendo desarrazoado que, nesse universo de contribuintes, se favoreçam aqueles em débito com os fiscos pertinentes, os quais participariam do mercado com uma vantagem competitiva em relação àqueles que cumprem pontualmente com suas obrigações.

“A opção pelo Simples Nacional é facultativa e tomada no âmbito da livre conformação do planejamento tributário, devendo-se arcar com o bônus e o ônus dessa escolha empresarial” (Recurso Extraordinário com Repercussão Geral n.º 970821/RS – Tema 517 - , proferido pelo Supremo Tribunal Federal).

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irrevogável 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.

Para fins argumentativos, vale mencionar o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 30777/BA proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

6. É que o tratamento tributário diferenciado e privilegiado para as micro e pequenas empresas não as exonera do dever de cumprir as suas obrigações tributárias. A exigência de regularidade fiscal do interessado em optar pelo regime especial não encerra ato discriminatório, porquanto é imposto a todos os contribuintes, não somente às micro e pequenas empresas. Ademais, ao estabelecer tratamento diferenciado entre as empresas que possuem débitos fiscais e as que não possuem, vedando a inclusão das primeiras no sistema, o legislador não atenta contra o princípio da isonomia, porquanto concede tratamento diverso para situações desiguais.

7. O Simples Nacional é um benefício que está em consonância com as diretrizes traçadas pelos arts. 170, IX, e 179, da Constituição da República, e com o princípio da capacidade contributiva, porquanto favorece as microempresas e empresas de pequeno porte, de menor capacidade financeira e que não possuem os benefícios da produção em escala.

8. A adesão ao Simples Nacional é uma faculdade do contribuinte, que pode anuir ou não às condições estabelecidas, razão pela qual não há falar-se em coação.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos que 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. Deve ser excluída de ofício da sistemática do Simples Nacional, a pessoa jurídica optante quando constatada a prática reiterada de infração do disposto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e não tenha escriturado livro-caixa ou não permita a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária. 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. 3º, art. 31 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. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ;

II - Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;

IV - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

V - Contribuição para o PIS/Pasep, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

VI - Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do art. 18 desta Lei Complementar;

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

VIII - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS. [...]

Art.18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional será determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas, calculadas a partir das alíquotas nominais constantes das tabelas dos Anexos I a V desta Lei Complementar, sobre a base de cálculo de que trata o § 3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º. [...]

§ 5º- C Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as atividades de prestação de serviços seguintes serão tributadas na forma do Anexo IV desta Lei Complementar, hipótese em que não estará incluída no Simples Nacional a contribuição prevista no inciso VI do caput do art. 13 desta Lei Complementar, devendo ela ser recolhida segundo a legislação prevista para os demais contribuintes ou responsáveis: [...]

VI – serviço de vigilância, limpeza ou conservação. [...]

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

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar; [...]

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

§ 9º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput: [...]

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, artilo ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo. [...]

§ 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, artilo ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

Está registrado no Termo de Exclusão, e-fls. 04-14, 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):

1 – INTRODUÇÃO

O presente relatório tem por objetivo demonstrar os fatos constatados na empresa acima identificada, visando fundamentar ATO DE EXCLUSÃO DO SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTOS DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICRO EMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE-SIMPLES.

Conforme demonstraremos adiante, a empresa DIORLEY DA SILVA MACHADO, doravante denominada FISCALIZADA, incorreu, no período de 01/2016 a 12/2019, na seguinte hipótese que enseja a exclusão de ofício do SIMPLES:

- prática reiterada de infração à Lei Complementar no 123/2006;
- não apresentação do Livro Caixa; [...]

4 - OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL

O SIMPLES é um regime compartilhado de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos aplicável às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, previsto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. [...]

O CONTRIBUINTE ingressou espontaneamente, em 12/01/2015, e a opção gerou e conforme tela em anexo, “SIMPLES NACIONAL – CONSULTA HISTÓRICO”. Opção confirmada com efeitos a partir de 01/01/2015. [...]

COMPARATIVO DA RECEITA BRUTA (PGDAS) X DADOS DE GFIP X DADOS DE GPS

ANO	RECEITA BRUTA ACUMULADA	VALORES DECLARADOS GFIP	VALORES DECLARADOS RET 11%	VALORES PAGOS GPS 2003 E 2631
2015	1.712.901,28	1.067.602,55	83.015,59	190.963,40
2016	3.489.486,76	1.738.289,10	273.414,99	281.206,38
2017	3.891.076,42	2.150.694,29	306.145,93	316.532,64
2018	4.133.742,84	2.362.617,67	306.569,28	314.639,97
2019	Zero	2.225.337,99	257.292,18	254.427,12

5 - FATOS APURADOS

Durante a ação fiscal constatamos a ocorrência de situação definida na Lei Complementar no 123/2006 que ensejam a exclusão do contribuinte do referido Sistema, conforme relataremos a seguir:

5.1 – PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO

Analisando as declarações prestadas pelo CONTRIBUINTE no PGDAS - Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – anexo por cópia-, constatamos seu auto enquadramento de atividade como sendo: “Prestação de serviços, exceto para o exterior, sujeitos ao Anexo IV com retenção/substituição tributária de ISS”.

Na Lei no 123/2006 encontram-se definidos os impostos e contribuições substituídos, [...].

O contribuinte prestou declaração de estar sujeito ao Anexo IV da Lei Complementar no 123/2006.

Assim sendo, cabe registrar que o referido Anexo inclui todos os tributos das empresas que prestam serviços, mas NÃO contempla a Contribuição Previdenciária Patronal - CPP, que deverá ser recolhida segundo a legislação prevista para os demais contribuintes não optantes pelo SIMPLES. [...]

Diante do exposto, com base no disciplinado no artigo 4º da Instrução Normativa RFB no 925, de 06/03/2009, publicada no Diário Oficial da União em 09/03/2009, a FISCALIZADA deveria prestar no Programa SEFIP - Sistema Empresa de Recolhimento ao FGTS e Informações à Previdência Social - as seguintes informações, a fim de possibilitar o cálculo e cobrança da contribuição previdenciária patronal:

- No campo “SIMPLES”, preencher “1 – Não Optante”; e - No campo “Outras Entidades”, preencher “0000”.

Todavia, inobstante a declaração da empresa de ser tributada na forma do Anexo IV da Lei no 123/2006, ao declarar a GFIP em desacordo com a norma legal não informou essa condição, conforme podemos observar, a título exemplificativo, nas GFIP's das competências 01/2016 e 12/2019, anexas por cópia – “GFIP 012016” e “GFIP 122019”. Registre-se que esse mesmo procedimento foi observado em todas as competências do período fiscalizado.

Ao prestar tais informações em GFIP, a FISCALIZADA procedeu à declaração de ser devida, tão somente, a contribuição previdenciária retida dos segurados, impossibilitando o sistema SEFIP de efetuar o cálculo correto das contribuições efetivamente devidas. Tal procedimento configura infração à norma legal que exige o recolhimento da contribuição previdenciária patronal aos optantes pelo SIMPLES sujeitos à tributação prevista no Anexo IV, como se auto declarou.

Considerando que essa prática ocorreu continuamente no período auditado 01/2016 à 12/2019, fica caracterizada a ocorrência de prática reiterada de infração, prevista na legislação que rege a matéria como fato ensejador de exclusão do Sistema.

5.2. Inciso VIII do art. 29 Lei 123/96 –Houver falta de escrituração do livro caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;

A empresa DIORLEY DA SILVA MACHADO também não apresentou qualquer livro contábil;

Demandado em TIF e ratificado nos TIF's nº 01/2020 a 04/2020.

Em 14/04/2020 enviado através do e-mail institucional, o titular da FISCALIZADA, Sr.

Diorley da Silva Machado, (solportaria@terra.com.br) anexou cópias dos seguintes documentos: contrato social, conta energia elétrica, Carteira Identidade e Notas Fiscais de Serviço e fez a seguinte declaração: “segue anexo meu contrato social, não possuo livro caixa, e os depósitos eu autorizo a serem feitos na conta da minha gerente pois não possuo conta jurídica, e é ela quem paga os funcionários”.

6 - EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

Observada durante a Fiscalização a prática reiterada de infração, nos termos do artigo 29, incisos V e VIII e parágrafo 9º da Lei Complementar no 123/2006, abaixo transcritos: Art. 29. [...]

Conforme já detalhado anteriormente, nas declarações prestadas pelo CONTRIBUINTE no PGDAS constatamos seu auto enquadramento de atividade como sendo prestação de serviços sujeitos ao anexo IV. Neste caso específico, a alíquota comum do Simples Nacional NÃO contempla a Contribuição Previdenciária Patronal. Deveria então, conforme orientação da Receita Federal do Brasil, informar no Programa SEFIP, no campo “SIMPLES”, “1 – Não Optante”, e no campo “Outras Entidades”, “0000”, a fim de possibilitar o cálculo e cobrança da contribuição previdenciária patronal.

Todavia, ao declarar a GFIP não informou tal condição, declarando ser devida, tão somente, a contribuição previdenciária retida dos segurados, infringindo a norma legal que exigia o recolhimento da contribuição previdenciária patronal aos optantes pelo SIMPLES sujeitos à tributação prevista no Anexo IV.

A reiterada prestação de informações na GFIP em desacordo com a norma legal, inviabilizando assim o sistema SEFIP de efetuar o cálculo correto das contribuições efetivamente devidas, visa possibilitar a redução da contribuição previdenciária e das destinadas a outras entidades e fundos incidentes sobre a folha de pagamento.

A utilização de tal artifício denota a intenção do contribuinte de, deliberadamente, evadir-se do cumprimento de suas obrigações tributárias mediante a prestação de informações inverídicas na GFIP.

Tendo essa ocorrência sido verificada em todos os meses no período auditado 01/2016 à 12/2019, entendemos estar caracterizada a prática reiterada de infração, prevista no inciso V, artigo 29, da Lei Complementar no 123/2006. Em tempo: a empresa vem cometendo a mesma infração desde 01/2015, conforme pesquisa GFIPWEB.

Também não entrega os livros contábeis referentes aos anos 2016 a 2019. Última informação em PGDAS foi referente à competência 11/2018 sendo que em todo o ano de 2019 nada foi enviado. [...]

Ressalte-se que todos os documentos constantes nos autos foram regularmente examinados com minudência, conforme a legislação de regência da matéria. Diferente do entendimento da Recorrente, os supostos fatos indicados na peça recursal não podem ser corroborados, nos termos do art. 145 e art. 147 do Código Tributário Nacional, bem como art. 15, art. 16 e art. 29 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, que estabelecem critérios de adoção do princípio da verdade material. O procedimento fiscal decorre de expressa previsão legal que é de observância obrigatória pela autoridade tributária, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional).

Por conseguinte, o Ato Declaratório Executivo DRF/Porto Alegre/RS n.º 006, de 31.07.2020, com efeitos a partir de 01.01.2016, e-fls. 02-03, deve ser considerado correto, já que o ato está perfeito e contém todos os elementos que lhe conferem existência, validade e eficácia. A prática reiterada comprova-se a partir de 01.01.2016, conforme os lançamentos de ofício tratados especificamente no processo n.º 13370.720933/2020-11. A exclusão do Simples Nacional dá-se de ofício mediante ato administrativo quando a pessoa jurídica optante não escriturar o livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, circunstância esta evidenciada pelo acervo fático-probatório produzido no presente processo, e-fls. 04-2689. A contestação aduzida pela Recorrente, por isso, não pode ser sancionada.

Efeito da Exclusão do Simples Nacional

A Recorrente discorda do efeito do procedimento fiscal.

A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, prevê:

Art. 29 [...]

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

§ 2º O prazo de que trata o § 1º deste artigo será elevado para 10 (dez) anos caso seja constatada a utilização de artifício, 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.

A exclusão do Simples Nacional produz efeito próprio mês que incorrido o fato impeditivo, quando a Recorrente fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, nos termos expressamente contidos na legislação tributária. Esta consequência decorre de expressa previsão legal que é de observância obrigatória pela autoridade, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional).

Para fins argumentativos, cabe trazer a inteligência do Recurso Especial Repetitivo n.º 1124507/MG proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, que em relação ao Simples Federal assim se pronuncia:

O ato de exclusão de ofício, nas circunstâncias previstas pela lei como impeditivas de ingresso no sistema SIMPLES, em verdade, substitui obrigação do próprio contribuinte de comunicar ao fisco a superveniência de umas das situações excludentes.

De forma que, não o fazendo a pessoa jurídica contribuinte, é dado ao fisco o direito de proceder à exclusão por iniciativa própria, no momento em que detectar a ocorrência da situação excludente.

Por isso mesmo, por se tratar de situação excludente que já era de conhecimento do contribuinte, é que a lei tratou o ato de exclusão como meramente declaratório, permitindo a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão.

De fato, no momento em que opta pela adesão ao sistema de recolhimento de tributos diferenciado, pressupõe-se que o contribuinte tenha conhecimento das situações que impedem sua adesão ou permanência nesse regime.

Assim, admitir-se que o ato de exclusão em razão da ocorrência de uma situação que poderia ter sido comunicada ao fisco pelo próprio contribuinte apenas produza efeitos após a notificação da pessoa jurídica seria permitir que ela se beneficie da própria torpeza, mormente porque em nosso ordenamento jurídico não se admite descumprir o comando legal com base em alegação de seu desconhecimento.

É nesse sentido, admitindo a possibilidade de conferir efeitos retroativos ao ato de exclusão do regime tributário SIMPLES, caso a Administração constate que a empresa optante não preenche os requisitos legais para a permanência no sistema, a reiterada jurisprudência desta Corte, conforme se depreende dos precedentes [...].

Está registrado no Termo de Exclusão, e-fls. 04-14, 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):

Assim define a Lei Complementar nº 123/2006: “Art. 29. [...] Art. 32 [...]”.

Diante dos fatos e documentos analisados durante a ação fiscal, e com amparo na legislação supracitada, sugerimos a exclusão do Contribuinte DIORLEY DA SILVA MACHADO do regime tributário do SIMPLES Nacional no período 01/2016 a 12/2019, e pelos 10 (dez) anos calendário seguintes, ou seja até 31/12/2026.

O momento da exclusão do SIMPLES será a partir de 01/01/2016 e a sua abrangência está definido no parágrafo 2º do art. 29 da Lei Complementar 126/2006.

Logo, o Ato Declaratório Executivo DRF/Porto Alegre/RS nº 006, de 31.07.2020, com efeitos a partir de 01.01.2016, e-fls. 02-03, deve ser mantido, em virtude de lei.

Declaração de Concordância

Consta no Acórdão da 4ª Turma DRJ/06 nº 106-012.370, de 22.04.2021, e-fls. 2714-2727, 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):

LEGISLAÇÃO

DO DECRETO N.º 70.235, DE 6 DE MARÇO DE 1972

Art. 2º Os atos e termos processuais, quando a lei não prescrever forma determinada, conterão somente o indispensável à sua finalidade, sem espaço em branco, e sem entrelinhas, rasuras ou emendas não ressalvadas.[...]

Art. 16. A impugnação mencionará: [...]

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos

exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. [...]

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. [...]

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.

DA LEI COMPLEMENTAR (LC) Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006

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

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar; [...]

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, 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. [...]

§ 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. [...]

DA LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; [...]

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

ADMISSIBILIDADE

A peça de defesa foi apresentada a tempo e nos moldes prescritos pelo Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972 (PAF) que, com suas alterações, dispõe sobre o processo administrativo fiscal, podendo ser apreciada com o efeito suspensivo do

artigo 151, inciso III, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, denominada Código Tributário Nacional (CTN).

PLEITO DE DILIGÊNCIA

A interessada requer, sem observância das regras do artigo 16, inciso IV, e § 1º, do Decreto n.º 70.235, de 1972, a conversão do julgamento em diligência para que “sejam devidamente consideradas as informações e documentos apresentados”. Entretanto, por se tratar de matéria estranha ao processo, tal pedido não pode ser aqui examinado.

MÉRITO

Antes de tudo, cumpre circunscrever adequadamente o litígio: o presente processo cuida apenas e tão-somente da exclusão da interessada, DIORLEY DA SILVA MACHADO, CNPJ nº 06.338.376/0001-97, do rol dos optantes pelo Simples Nacional instituído pela Lei Complementar (LC) nº 123, de 14 de dezembro de 2006. A labiríntica peça de defesa, como relatado, desbordou estes limites e explicou “para confundir” – atitude que ela injustamente atribuiu à Autora do feito (fl. 84, parágrafo XCV), devaneando infrene e despejando teses a esmo e à medida que estas lhe ocorriam. Assim sendo, cumpre, em louvor do princípio da ampla defesa, joeirar a manifestação de inconformidade e dela extrair o que diga respeito ao caso vertente.

NULIDADE

A interessada acoima de nulidade o Auto de Infração e, nos pedidos finais, reitera este entendimento. Quanto a isto, não é excessivo recordar que o artigo 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972 enumera os casos de nulidade e nenhum deles se verifica aqui.

Entretanto, um pouco a latere, a contribuinte diz que suas “escriturações, informações e documentos [...] seriam as únicas aptas a conduzir a Fazenda Nacional a dados concretos a respeito do recolhimento de Contribuições Previdenciárias e Contribuições devidas a Outras Entidades e Fundos”. Ou seja, a contribuinte entende que as declarações que ela própria prestou ao Fisco da União seriam imprestáveis para embasar sua exclusão do Simples Nacional. Entretanto, cumpre afastar energicamente esta alegação: afinal, tais declarações são claramente suficientes para tanto e dificilmente poderiam ser refutadas pela escrituração da contribuinte – sem que se faça necessário recordar que, diante da ausência de Livro-Caixa, tal escrituração parece pertencer ao reino da fantasia. Por fim, mesmo nesta remotíssima hipótese, se tais provas houvesse, cumpriria à impugnante apresentá-las em sede de julgamento administrativo-tributário, o que não foi feito; logo, não há acolher este argumento.

VERDADE MATERIAL

Os argumentos aqui expendidos dizem respeito exclusivamente à cobrança realizada por meio do processo 13370.720933/2020-11, em apenso, também de interesse da contribuinte. Logo, não é mister examiná-los.

ERRO FORMAL

Neste tópico a interessada busca, de forma canhestra, atribuir a transmissão de dados incorretos com utilização do PGDAS e do Programa SEFIP à má redação dos respectivos manuais de utilização. Trata-se, por óbvio, de argumento pueril, pois exprime apenas sua própria opinião a respeito destes manuais; ademais, o que ressalta de tudo o que consta dos autos é o fato inegável de que a interessada deixou de recolher a contribuição previdenciária patronal, levando à sua inescapável exclusão do Simples Nacional.

O restante do tópico consiste na tentativa de reduzir o crédito tributário lançado no processo 13370.720933/2020-11, por meio da dedução de contribuições alegadamente retidas por fontes pagadoras de rendimentos. Trata-se, portanto, de matéria alheia ao presente processo e que não merece exame.

IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DO REGIME

Depois de 12 folhas, a interessada chega ao cerne da questão e alega que caberia ao Fisco da União o poder-dever de alertá-la “da inconsistência na primeira oportunidade possível, ou seja, quando da submissão da GFIP/SEFIP da primeira competência de 2016” e, portanto, ser-lhe-ia “juridicamente impossível [...] cometer reiteradamente infrações que sequer tinha conhecimento”.

Ora, o absurdo deste argumento tangencia o sarcasmo: de longa data o Fisco da União não mais executa lançamentos por declaração, modalidade em que as informações dos contribuintes realmente passavam pelo crivo da Administração para só então se consolidar a exigência fiscal. A interessada pretende ser tutelada em sua relação com a RFB, mas, para seu pesar, isto não é mais possível. Logo, não cabe acolher esta alegação.

PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO

A interessada busca amparo no “§ 9º, I e II do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006” para embasar a tese de que “somente se poderia considerar a prática reiterada da infração se a fiscalização já tivesse notificado a Impugnante do cometimento das exatas mesmas infrações que se discutem neste auto [...]”, ao tempo em que rechaça a aplicação ao caso do “inciso II do § 9º do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006”.

Entretanto, o mencionado inciso II do § 9º artigo 29 da LC nº 123, de 2006, é aplicável ao caso vertente, uma vez que a Autora do feito considerou que a transmissão de dados incorretos se deu com consilium fraudis, dado que ampliou os efeitos da exclusão de três para dez anos, a teor do § 2º do mesmo artigo 29. Por oportuno, incumbe recordar que a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, considera em tese ocorrido crime contra a ordem tributária a supressão ou redução de tributo, ou contribuição social e qualquer acessório por meio de declaração falsa que se preste às autoridades fazendárias. Note-se, por oportuno, que a própria impugnante recorda que o Auto de Infração entranhado no processo 13370.720933/2020-11 reconheceu a ocorrência de conduta dolosa e qualificou a multa de ofício.

FALTA DE LIVRO-CAIXA

A interessada apresenta outro argumento claudicante: o de que a “Movimentação Financeira” examinada pela Autora do feito supriria a ausência de Livro-Caixa.

Ora, o texto legal limita-se a determinar a exclusão do optante pelo Simples Nacional que não disponha de livro-caixa, sem ressaltar que tal falta pudesse ser suprida, eventualmente, por outro meio de prova. Igualmente risível é a alegação de que “a fiscalização jamais solicitou, para verificação, a existência de livro-diário ou livro-razão, que [...] poderiam substituir” o Livro- Caixa. Por óbvio, se a interessada dispusesse de escrituração completa, poderia tê-la exibido à Autora do feito; em não o fazendo, nem na fase investigativa, nem na fase litigiosa do procedimento, deixa clara a inexistência de controle desta natureza.

RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA, MULTA QUALIFICADA E REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS

Trata-se de matérias estranhas ao processo e que, portanto, não serão aqui examinadas.

INTIMAÇÕES

A contribuinte requer que “todas as intimações, notificações e publicações objeto desta causa sejam realizadas exclusivamente” em nome de seus advogados;

entretanto, em face da Súmula n.º 110 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, tornada vinculante pela Portaria ME n.º 129 de 1º de abril de 2019, no processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo.

JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA

A jurisprudência e a doutrina, ressalvados os casos previstos em lei, não gozam do status de legislação tributária, e, portanto, não vinculam a autoridade julgante.

MÉRITO

Em assim sucedendo, voto por considerar improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo a exclusão da interessada do rol de optantes do Simples Nacional.

Assim sendo, o Acórdão da 4ª Turma DRJ/06 n.º 106-012.370, de 22.04.2021, e-fls. 2714-2727, está perfeitamente motivado de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária.

Responsabilidade por Infrações

Tem-se que “a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato” (art. 136 do Código Tributário Nacional). Ressalte-se que a “atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional” (art. 142 do Código Tributário Nacional). Ademais, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (art. 3º do Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942).

Jurisprudência e Doutrina

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, 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 (art. 100 do Código Tributário Nacional). Ademais, o Parecer Normativo Cosit n.º 23, de 06 de setembro de 2013, determina “que acórdãos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF não constituem normas complementares da legislação tributária, porquanto não existe lei que lhes confira efetividade de caráter normativo”. Ademais, os enunciados do Tribunal Federal de Recursos (TFR) não são vinculante por força de lei.

Inconstitucionalidade de Lei

Atinente aos princípios constitucionais, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que 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 (art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF e Súmula CARF n.º 2).

Princípio da Legalidade

Tem-se que nos estritos termos legais este procedimento está de acordo com o princípio da legalidade ao qual o agente público está vinculado em razão da obrigatoriedade da aplicação da lei de ofício. Trata-se de poder-dever funcional irrenunciável vinculado à norma jurídica, cuja atuação está direcionada ao cumprimento das determinações constantes no ordenamento jurídico. Como corolário encontra-se o princípio da indisponibilidade que decorre da supremacia do interesse público no que tange aos direitos fundamentais (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de julho de 2015).

Dispositivo

Em assim sucedendo, voto em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva