



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16004.720220/2017-18
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-004.768 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de março de 2021
Recorrente SMILK COSMETICOS - EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2013, 2014

SUSPEIÇÃO AUDITOR FISCAL RESPONSÁVEL PELO
PROCEDIMENTO. NÃO CONSTATAÇÃO.

O procedimento fiscal foi realizado por Auditor Fiscal com competência para realização do procedimento.

O procedimento fiscal foi realizado por Auditor Fiscal com competência para realização do procedimento. A Autoridade Fiscal executou o procedimento determinado no TDPF. Não verifico que tenha extrapolado o seu dever de ofício. A contribuinte não apresenta nenhuma atitude ilícita por parte do Auditor Fiscal responsável pelo procedimento e que a tenha prejudicado ;

EXCLUSÃO DO SIMPLES. SITUAÇÃO FÁTICA VERIFICADA PELA
AUTORIDADE FISCAL. ENQUADRAMENTO LEGAL. ATO LEGAL.

a situação fática descrita pela Autoridade Fiscal está perfeitamente enquadrada na tipologia legal informada no ADE, de modo que o ato é perfeitamente legal e válido.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. ANTES ENCERRAMENTO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO EXCLUSÃO SIMPLES; POSSIBILIDADE.

A possibilidade de lançamento de ofício, antes de encerrada a discussão administrativa acerca da exclusão do SIMPLES é objeto de Súmula Vinculante do CARF nº 77.

PROCEDIMENTOS FISCAIS. DILIGÊNCIA. FISCALIZAÇÃO.
PROCEDIMENTOS DISTINTOS.

Procedimentos fiscais de diligência e de fiscalização são estanques, não condicionam um ao outro. O segundo pode ser inaugurado a qualquer tempo, contra Contribuinte que for, encerrado ou não eventual e pregresso procedimento diligencial.

ILEGALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA.
MATÉRIA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PODER JUDICIÁRIO.
INCOMPETÊNCIA DO CARF.

Não compete ao CARF pronunciar-se sobre ilegalidade ou inconstitucionalidade lei tributária, matéria, cuja competência compete exclusivamente ao Poder Judiciário.

SIMPLES. EXCLUSÃO. NÃO APRESENTAÇÃO DE ARGUMENTOS PARA REFUTAR A SITUAÇÃO FÁTICA DESCRITA PELA AUTORIDADE FISCAL. EXCLUSÃO MANTIDA.

A contribuinte não apresenta contra-argumentos aos motivos que levaram a Autoridade Fiscal a excluírem do SIMPLES Nacional, ou seja, que apesar de reiteradas intimações e prorrogações de prazo, a empresa não apresentou escrituração que permitisse a correta identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, incorrendo nas hipóteses de exclusão de ofício do SIMPLES Nacional conforme preceituam os incisos II e VIII do art. 29, da Lei Complementar (LC) nº 123, de 2006.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso, e na parte conhecida negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Efigênio de Freitas Júnior, Gisele Barra Bossa, Wilson Kazumi Nakayama, Jeferson Teodorovicz, Fredy José Gomes de Albuquerque e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o acórdão 14-88.657, de 17 de outubro de 2018, da 15ª Turma da DRJ/RPO, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade da contribuinte contra o ADE – Ato Declaratório Executivo nº 59, de 08 de setembro de 2017, da Delegacia da Receita Federal do Brasil em São José do Rio Preto que excluiu a contribuinte do SIMPLES Nacional.

Por relatar adequadamente os fatos até a apresentação da manifestação de inconformidade e para evitar repetições, adoto e transcrevo o relatório do acórdão recorrido, complementando-o mais adiante.

1. Cuida-se de exclusão do Simples Nacional (Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006), com efeitos a contar de 01/01/2013, com fundamento no art. 29, incisos II e VIII, e seu § 1º, da LC nº 123, de 2006 (embaraço, ausência de escrituração do livro-caixa e/ou insuficiência da escrita para efeito de

identificação de movimentação financeiro-bancária), conforme Ato Declaratório Executivo nº 59, de 08 de setembro de 2017 (fl. 463). Eis os termos da representação fiscal que promoveu o feito (fls. 451/456; destaques do original):

A ação fiscal na SMILK, iniciada em 14.03.2017, (Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal - TDPF nº 0810700.2017.00411) foi motivada por decorrência do envolvimento com várias empresas estabelecidas no mesmo local, com atividades correlatas e/ou complementares, com núcleo decisório familiar comum.

A empresa tem como atividade principal a fabricação de medicamentos para uso veterinário, comércio atacadista de medicamentos e droga de uso veterinário.

Em seu depoimento em 14.03.2017, sua sócia Rozeli Aparecida Caprari, confirma que o proprietário da Crednet, Luiz Carlos Simonato, é seu esposo e que o sócio da empresa Simonvaldo, Reginaldo Simonato, é seu cunhado. Luis Carlos Simonato é também diretor comercial da empresa Bovifarm Comércio e Indústria de Produtos Veterinários Ltda. Todas estas empresas utilizam do mesmo espaço físico.

CRONOLOGIA DOS FATOS:

No termo de início de diligência, foram requeridos os seguintes esclarecimentos, livros fiscais e documentos, folhas 02 a 04:

Livros Caixas ou contabilidade, referentes aos anos-calendário de 2013 a 2015;

Extratos bancários do período acima;

Informações sobre os tipos de notas fiscais emitidas;

Livros de Registros de entradas e saídas;

Livros de Registros de Inventário.

Em 31.03.2017, a SMILK apresentou os seguintes documentos, folhas 14 a 408:

Extratos bancários referentes aos anos-calendário de 2013 a 2015;

Informa que a empresa emite somente NFE;

Livros de Registro de entrada;

Livros de Registros de saídas;

Livros de Registros de Inventário;

Solicita prorrogação do prazo para apresentação dos demais documentos por mais 30 dias.

Em 07.04.2017, a SMILK é cientificada da prorrogação do prazo por mais 30 dias e foi intimada para apresentar o PPRA e o PCMPO, dos anos-calendário de 2013 a 2015, folhas 409 a 411.

Em 18.04.2017, apresentou os laudos acima requeridos, folhas 412.

Em 28.04.2017, apresentou o Livro Diário em meio magnético, referente ao ano-calendário de 2015 e solicita prorrogação por mais 30 dias para apresentar os demais itens, folhas 413 a 415.

Em 23.05.2017, a empresa foi cientificada que o prazo máximo para apresentação dos demais documentos seria o dia 09.06.2017, folhas 416 e 417.

Em 09.06.2017, a SMILK apresentou os arquivos contábeis, referentes aos anos-calendários de 2013 e 2014, no formato Manad, folhas 420 e 421.

Em 12.06.2017, devolvemos os laudos entregues em 18.04.2017, folhas 418 e 419.

Em 29.06.2017, iniciou-se a fiscalização na SMILK e foram requeridos as seguintes providências e esclarecimentos, referentes aos anos-calendário de 2013 a 2015, folhas 422 a 440:

a) Refazer os arquivos contábeis, referente aos anos-calendário de 2013 a 2015, apresentados em 28.04.2017 e 09.06.2017, pois apresentam graves deficiências, tais como falta de escrituração de conta bancária, lançamentos sem identificação de origem e/ou destinos dos valores movimentados, passivos fictícios, lançamentos indevidos na conta caixa, dentre inúmeras outras irregularidades;

b) Advertência que a não apresentação dos itens acima, implicaria em exclusão da SMILK do Simples Nacional;

c) Comprovar as origens dos créditos encontrados nas contas correntes n.º 13203, junto ao Banco Bradesco e conta 22055, junto ao banco do Brasil, conforme relação anexa;

d) Comprovar os destinos dados aos cheques sacados da conta corrente n.º 13203, junto ao Banco Bradesco e conta 22055, junto ao Banco do Brasil, conforme relação anexa.

Em 18.07.2017, a SMILK apresentou uma nova procuração e pedido de prorrogação de prazo por mais 30 dias para cumprir o acima determinado, folhas 441 e 442.

Em 23.07.2017, a empresa foi cientificada que o prazo máximo para apresentação dos documentos foi prorrogado para o dia 14.08.2017, folhas 443 e 444.

Em 11.08.2017, a SMILK apresentou os arquivos contábeis, referentes aos anos-calendário de 2013 a 2014, folhas 445 a 447.

Em 24.08.2017, apresentou arquivo contábil, referente ao ano-calendário de 2015, relação dos cheques sacados e relação dos créditos nas contas do Banco Bradesco e Brasil e requereu mais uma prorrogação de prazo, folhas 448 a 450.

Analizando os novos arquivos contábeis entregues, constatamos o seguinte:

a) Os lançamentos das contas Bancos e Caixas não identificam os cheques emitidos e os depósitos efetuados;

b) Muitos dos cheques sacados na "boca do caixa " foram utilizados para pagamentos de duplicatas e aquisição de cheques administrativos;

c) No ano-calendário de 2015, a conta da empresa junto ao Banco do Brasil não foi contabilizada;

d) O saldo inicial do balancete do ano-calendário de 2015 é muito diferente do saldo final do ano-calendário de 2014;

e) Continuam os vícios e as irregularidades já constatadas no termo de início de fiscalização.

Além disso, a empresa intimada para justificar os destinos dos cheques sacados e a origem dos valores depositados, apresentou apenas cópias dos cheques e relação dos créditos, sem quaisquer justificativas.

Conclui-se então, que a empresa SMILK, não reúne condições mínimas para permanecer no regime do Simples, não possuindo os documentos e os livros exigidos, usufruindo indevidamente dos benefícios fiscais do regime unificado, sendo, portanto, passível de sua exclusão com data retroativa.

1. Da exclusão do Simples Nacional

A contribuinte incide em mais de uma hipótese de exclusão do Simples Nacional.

O Simples Nacional é um regime especial de tributação, unificado, diferenciado e favorecido, no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que permite às pessoas jurídicas consideradas Microempresas -ME e Empresas de Pequeno Porte- EPP recolher mensalmente, mediante documento único de arrecadação, o ICMS, o ISS, IPI, PIS, COFINS, entre outros impostos e contribuições, e deixar de recolher as contribuições (patronal e de terceiros).

O artigo 26, inciso II, da Lei Complementar n.º 123/2006 estabelece que a empresa optante pelo Simples deve manter em boa ordem e guarda os documentos que fundamentaram a apuração dos impostos e contribuições devidos e o cumprimento das obrigações acessórias exigidas.

[...]

A SMILK, mesmo após reiteradas intimações e prorrogações de prazo, não apresentou os livros contábeis devidamente escriturados, de modo a permitir a correta identificação da movimentação financeira. Assim, a empresa incorreu em duas das hipóteses para **exclusão de ofício** do Simples Nacional, conforme incisos II e VIII do artigo 29 da Lei Complementar n.º 123, de 2006:

[...]

Por essas razões, encaminhamos a presente Representação à Seção de Orientação e Análise Tributária - Saort desta delegacia da Receita Federal do Brasil, para que, com base no artigo 29, incisos I e VIII, da Lei Complementar n.º 123/2006, providencie a exclusão da fiscalizada do Simples Nacional, com efeitos desta exclusão a partir de 01/01/2013, nos termos do § 1º do art. 29 da mesma Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, e ainda

conforme Resolução do CGSN n.º 94, de 29/11/2011, art. 75, inciso I, art. 76, inciso IV, alíneas A e G.

2. E, de fato, na linha do relato acima, sobreveio o Despacho Decisório Saort nº 326/2017, que resolveu pela exclusão do Contribuinte do Simples Nacional. Eis alguns excertos (fls. 45/462):

A Seção de Fiscalização da DRF/SJR/SP encaminhou REPRESENTAÇÃO FISCAL juntada ao processo supracitado (fls. 451/456), informando os fatos que ensejam a exclusão da empresa do Simples Nacional.

2-A ação fiscal teve início com a lavratura da Termo de Início de Ação Fiscal (de Diligência) em 06/03/2017 e ciência em 14/03/2017 (fls. 2/4), onde foi solicitado diversos elementos, entre eles : Livros Diário ou Livros Caixa, referente aos anos calendários 2013 a 2015, contendo todas as movimentações financeiras, inclusive bancárias, extratos bancários, inclusive de aplicações financeiras, poupanças, etc., informar os tipos de notas fiscais que a empresa emitiu nos anos calendários 2013 a 2015, livros de Registro de Entradas e saídas e Registro de Inventário, etc..

3- Após apresentação parcial dos documentos em 31/03/2017, foi expedido em 07/04/2017, o Termo de Intimação Fiscal e Prorrogação de Prazo - Termo 2, onde foi prorrogado por mais 30 dias para apresentação dos documentos e esclarecimentos não entregues, e foi intimada a apresentar outros elementos conforme documentos de fls. 409/411.

4- Dando continuidade nos trabalhos iniciados em 14/03/2017, foi lavrado em 28/06/2017, o Termo de Início de Ação Fiscal de fls. 422 a 424, tendo entregue também "Consulta Relação Cheques Emitidos " de fls. 425 a 432 e "Consulta Crédito para Comprovação" de fls. 433 a 440, cuja ciência ocorreu em 29/06/2017, onde a contribuinte foi intimada a refazer os arquivos contábeis, referente anos calendários, 2013 a 2015 para correção das irregularidades apontadas, comprovar com documentos hábeis e idôneos, os créditos encontrados na contas correntes do Banco Bradesco e Banco do Brasil e os destinos dos cheques sacados contra contas correntes desses Bancos.

5- Em 21/07/2017 teve ciência do Termo de Prorrogação de Prazo - Termo 2 de fl. 443/444, fixando o prazo para cumprimento das exigências contidas no Termo de Início de Fiscalização até 14/08/2017.

6- Da análise dos arquivos contábeis entregues em 11/08/2017 e 24/08/2017, constatou-se o seguinte:

6.1- Os lançamentos das contas Bancos e Caixas não identificam os cheques emitidos e os depósitos efetuados;

6.2- Muitos dos cheques sacados, foram utilizados para pagamentos de duplicatas e aquisição de cheques administrativos;

6.3- No ano calendário 2015 não contabilizou a movimentação bancária da empresa junto ao Banco do Brasil;

6.4- Saldo inicial do balancete do ano calendário 2015 é muito diferente do saldo final do ano calendário 2014.

7- A empresa intimada para justificar os destinos dos cheques sacados e a origem dos valores depositados, apresentou apenas cópias dos cheques e relação dos créditos, sem quaisquer justificativas.

8- Desse modo, a empresa acima mencionada, sujeita-se à **exclusão do SIMPLES NACIONAL**, a partir de 01/01/2013, pois, apesar de reiteradas intimações e prorrogações de prazo, não apresentou livros devidamente escriturados, de modo a permitir a correta identificação da movimentação financeira, nos termos dos incisos II e VIII e § 1º do artigo 29, da Lei Complementar 123, de 2006.

[...]

CONSIDERANDO que ficou comprovado nos autos que, apesar de reiteradas intimações e prorrogações de prazo, a empresa não apresentou escrituração que permitisse a correta identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, incorrendo nas hipóteses de exclusão de ofício conforme prescreve os incisos II e VIII do art. 29, da Lei Complementar (LC) nº 123, de 2006;

Proponho a exclusão da contribuinte do Simples Nacional, com efeito a partir de 01/01/2013, nos termos do § 1º do artigo 29 da Lei Complementar 123 de 2006

3. O Interessado tomou ciência do todo em 18/09/2017 (fl. 465) e trouxe sua insurgência em 11/10/2017 (fls. 467/479). Breve síntese, alega: **a)** suspeição de parte do Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil que, enfim, levou a cabo todo o procedimento investigativo, isso ao fundamento de que "*o digno Auditor Fiscal é um concorrente* [do Contribuinte] *em sua atividade extra profissional*" (fl. 470; destaques do original); **b)** nulidade do Termo de Início de Ação Fiscal (fls. 422/424), bem que de tudo que lhe segue, pois lavrado em 28/06/2017, além, portanto, "*do prazo máximo*" (fl. 470) de conclusão de procedimento diligencial pregresso, esse último lavrado em 06/03/2017; **c)** teria sido "*vítima de técnicos em contabilidade inescrupulosos, porque estes sabiam da obrigatoriedade de escrituração de livro caixa*" (fl. 472), razão pela qual, por força própria, não lograra êxito em "*identificar 100% dos lançamentos*" (fl. 472) em sua escrita; **d)** certa a "*impossibilidade de refazer o livro caixa*" (fl. 472), entende desproporcional sua exclusão do regime privilegiado em causa; **e)** necessidade de prévia notificação e consequente abertura ao contraditório tudo antes de se formalizar o ato excludente sob discussão, sob pena de ofensa ao devido processo legal constitucional; **f)** a ausência de capitulação de qualquer espécie de fraude seria, também, evidência da desnecessidade da exclusão em debate.

A impugnação foi julgada improcedente em acórdão assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

ANO-CALENDÁRIO: 2013, 2014

FISCALIZAÇÃO. SUSPEIÇÃO. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Não cabe nas raias do processo administrativo fiscal a alegação de eventual suspeição tirada contra a Autoridade Tributária condutora do procedimento investigatório-fiscal.

PROCEDIMENTOS FISCAIS. DILIGÊNCIA. FISCALIZAÇÃO. DISTINÇÃO E INDEPENDÊNCIA.

Procedimentos fiscais de diligência e de fiscalização são estanques, não condicionam um ao outro. O segundo pode ser inaugurado a qualquer tempo, contra Contribuinte que for, encerrado ou não eventual e pregresso procedimento diligencial.

CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONTABILIDADE. RISCO DO CONTRIBUINTE.

A não escrituração de livro contábil-fiscal decorrente de desídia de serviço contratado pelo Contribuinte corre à sua conta a título de culpa *in eligendo*, *vigilando* ou *contrahendo*.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

SIMPLES NACIONAL. LIVROS SEM IDENTIFICAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO. EXCLUSÃO. EFEITOS.

A ausência de escrituração suficiente à identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, bem que a oposição de embargo à fiscalização, são causas de exclusão do Simples Nacional que operam efeitos desde o momento da identificação da falta e assim pelos 3 (três) anos-calendário seguintes.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem crédito em litígio

A contribuinte tomou ciência do acórdão em 15/01/2019 (e-fl. 3098).

Irresignada com o r. acórdão a contribuinte, ora Recorrente, apresentou recurso voluntário em 12/02/2019 (e-fls. 3100-3114), onde alega o seguinte:

i) que não houve a suspensão da exclusão e que foi emitido Auto de Infração que foi encaminhado à Polícia Federal para instauração do IPL 0289/18-4 para apuração de eventual crime tributário;

ii) que foi ajuizada ação de execução fiscal perante a 5ª Vara Federal de São José do Rio Preto, consubstanciada no processo nº 5003058-86.2018.4.03.6106, e que teria sido objeto de Embargos à Execução;

iii) que o lançamento teria infringido a norma de suspensão dos efeitos da exclusão enquanto não apreciado o recurso administrativo encaminhado nos presentes autos;

iv) que teria havido infração ao princípio da legalidade por suspeição do Auditor Fiscal que lavrou o Auto de Infração, por ser aquele detentor de cotas de capital social de empresa que a Recorrente considera concorrente;

v) aduz que a exclusão malfez o princípio da reserva legal, porque segundo a Recorrente não haveria previsão legal para que a Receita Federal se manifeste sobre exclusão de

ofício do SIMPLES Nacional com efeito retroativo de empresas que está com todos os seus impostos pagos nesse regime diferenciado de arrecadação;

vi) que teria havido o descumprimento de prazo relativos ao Termo de Início da Ação Fiscal o que macularia o ato de exclusão do SIMPLES Nacional;

vii) que a exclusão do SIMPLES Nacional, inseridos por normas infraconstitucionais violaria princípios constitucionais.

Requer ao final a reforma do acórdão combatido, mantendo-a no SIMPLES e que se considere os pagamentos por ela realizados em dinheiro nos exercícios de 2013 a 2015.

É o Relatório, no essencial.

Voto

Conselheiro Wilson Kazumi Nakayama, Relator.

Há que se delimitar a matéria discutida no presente processo, que trata da exclusão da Recorrente do SIMPLES Nacional.

Matéria relacionada a Auto de Infração e eventual inscrição em DAU - Dívida Ativa da União não são matéria atinentes ao presente processo e portanto não conheço dos argumentos apresentados pela Recorrente.

Da mesma forma, eventual Representação Fiscal para Fins Penais encaminhadas ao Ministério Público Federal ou à Polícia Federal não são matéria de apreciação por parte deste Colegiado, de modo que também não conheço dos argumentos perfilados pela Recorrente.

A Recorrente alega os seguintes vícios no procedimento fiscal que maculariam e tornariam nula a exclusão:

1-Segundo a Recorrente o Auditor Fiscal responsável pelo Auto de Infração e a representação para exclusão da Recorrente do SIMPLES teria interesse particular no procedimento, por ser seu concorrente;

2- que a exclusão infringiria o princípio da reserva legal, porque segundo a Recorrente não haveria previsão legal para que a Receita Federal se manifestasse sobre exclusão de ofício do SIMPLES Nacional com efeito retroativo de empresas com os seus impostos pagos nesse regime diferenciado de arrecadação;

3 – que a lavratura do Auto de Infração não aguardou o término do julgamento administrativo da impugnação à exclusão do SIMPLES Nacional;

4 - que teria havido o descumprimento de prazo relativos ao Termo de Início da Ação Fiscal o que macularia o ato de exclusão do SIMPLES Nacional;

5 - que a exclusão do SIMPLES Nacional violaria princípios constitucionais.

Quanto a arguição de suspeição do Auditor Fiscal responsável pelo procedimento fiscal, não assiste razão à Recorrente, pelos seguintes motivos:

A seleção de contribuintes para fins de análise ou mesmo para fiscalização obedece a procedimento interno próprios e que culminam com o encaminhamento de dossiês para execução pelos Auditores Fiscais lotados na Fiscalização. Não há interferência do auditor que recebe a incumbência da realização da diligência ou da fiscalização. Ele simplesmente tem que cumprir a determinação;

O Auditor Fiscal, se entender que há conflito de interesse, pode declinar do procedimento, justificando-o. No presente caso, o Auditor Fiscal elaborou um Termo de Verificação Fiscal, juntado à e-fl. 496, afirmando ser cotista de uma empresa cujo objeto social é o comércio varejista de medicamentos, animais, banho e tosa, também conhecida como Pet Shop. Não se declara impedido para realização do procedimento fiscal. Não vislumbro que a empresa da qual o Auditor Fiscal é sócio (um Petshop) seria seu concorrente, conforme alega a Recorrente (cujo objeto social é o comércio e indústria de produtos veterinários, importação e exportação, de acordo com a Décima Alteração Contratual);

O procedimento fiscal obedece a rito próprio, iniciando-se com a emissão do TDPF- Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal com controle administrativo interno rigoroso e com identificação para que o diligenciado/fiscalizado possa conferir a sua validade/autenticidade no sítio da Secretaria da Receita Federal do Brasil;

O procedimento fiscal foi realizado por Auditor Fiscal com competência para realização do procedimento;

Constato que a Autoridade Fiscal executou o procedimento determinado no TDPF. Não verifico que tenha extrapolado o seu dever de ofício;

A Recorrente não apresenta nenhuma atitude ilícita por parte do Auditor Fiscal responsável pelo procedimento que a tenha prejudicado.

Portanto rejeito a arguição de nulidade alegada de suspeição do Auditor Fiscal responsável pelo procedimento.

Quanto a alegada falta de previsão legal para que a Receita Federal se manifestasse sobre exclusão de ofício do SIMPLES Nacional com efeito retroativo também não assiste razão à Recorrente.

Isso porque constatada a situação fática prescrita nos incisos II e VIII do art. 29 da Lei Complementar nº 123 de 2006 deverá ser excluída de ofício. Confira-se:

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

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

II - for oferecido embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiverem obrigadas, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou

atividade que estiverem intimadas a apresentar, e nas demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública;

[...]

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

Portanto a situação fática descrita pela Autoridade Fiscal está perfeitamente enquadrada na tipologia legal informada no ADE, de modo que o ato é perfeitamente legal e válido.

Quanto ao argumento da Recorrente de que a Autoridade Fiscal deveria aguardar o encerramento da discussão no Contencioso Administrativo da exclusão do SIMPLES, também não assiste razão à Recorrente.

A possibilidade de lançamento de ofício, antes de encerrada a discussão administrativa acerca da exclusão do SIMPLES é objeto de Súmula Vinculante do CARF, abaixo reproduzida, de modo que não comporta maiores digressões.

Súmula CARF nº 77

A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão. (**Vinculante**, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Acórdãos Precedentes:

Acórdão nº 1102-00.442, de 26/5/2011 Acórdão nº 1802-00.817, de 23/2/2011 Acórdão nº 1803-00.753, de 16/12/2010 Acórdão nº 105-16.665, de 13/9/2007 Acórdão nº 101-96.040, de 2/3/2007

Quanto ao alegado descumprimento de prazo relativos ao Termo de Início da Ação Fiscal que macularia o ato de exclusão do SIMPLES Nacional, entendo que a Recorrente está a referir-se aos prazos para encerramento do procedimento de diligência e do início do procedimento de fiscalização e entende que os atos efetuados após o prazo regulamentar nas diligências seriam nulos.

Também quanto a essa questão, não assiste razão à Recorrente. Acompanho o entendimento da DRJ, cujo argumentos, por entender corretos, reproduzo-os como razões de decidir:

6. Alega o Contribuinte que o Termo de Início de Ação Fiscal que inaugurou o procedimento de diligência fora lavrado em 06/03/2017 (fls. 02/04). Daí “considerado que o propósito foi de diligência, o prazo máximo para sua conclusão seria em 06/09/2017” (fl. 470; sic). Imagina-se que o Interessado tenha em referência a data de 09/06/2017, que foi o termo limite assinalado pela Fiscalização em seu relatório à fl. 452 na seguinte passagem: “Em 23.05.2017, a empresa foi cientificada que o prazo máximo para apresentação dos demais documentos seria o dia 09.06.2017, folhas 416 e 417”. Bem, suposto o termo final para encerramento do procedimento diligencial em 09/06/2017 e vindo o procedimento de fiscalização em si lavrado apenas em 28/06/2017 (fls.

422/423), considera o Interessado que " *todos os atos efetuados após o prazo regulamentar nas diligências são nulos e carecem de amparo legal*".

7. Sem falar da recalcitrância do Contribuinte, como bem explanado pela Fiscalização às fls. 468/479, o fato é que procedimento de diligência e de fiscalização de modo algum se condicionam, mesmo porque, *venia concessa* ao ululante, são destinados a propósitos distintos. Isso está no art. 3º, incisos I (procedimento fiscal de diligência) e II (procedimento fiscal de fiscalização), da Portaria RFB nº 6.478, de 29 de dezembro de 2017. Nessa ordem de ideias, o procedimento fiscal de fiscalização podia e pode ser disparado a qualquer momento, contra Contribuinte que for, encerrado ou não eventual e pregresso procedimento diligencial.

Quanto a ilegalidade/inconstitucionalidade de lei, não cabe ao CARF pronunciar-se sobre tal matéria, cuja competência é exclusiva ao Poder Judiciário, Trata-se matéria amplamente pacificada neste Colegiado através da Súmula CARF nº2, cujo verbete reproduzo abaixo:

Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Acórdãos Precedentes:

Acórdão nº 101-94876, de 25/02/2005 Acórdão nº 103-21568, de 18/03/2004 Acórdão nº 105-14586, de 11/08/2004 Acórdão nº 108-06035, de 14/03/2000 Acórdão nº 102-46146, de 15/10/2003 Acórdão nº 203-09298, de 05/11/2003 Acórdão nº 201-77691, de 16/06/2004 Acórdão nº 202-15674, de 06/07/2004 Acórdão nº 201-78180, de 27/01/2005 Acórdão nº 204-00115, de 17/05/2005.

Quanto ao mérito, a Recorrente não apresenta contra-argumentos aos motivos que levaram a Autoridade Fiscal a excluírem do SIMPLES Nacional, ou seja, que apesar de reiteradas intimações e prorrogações de prazo, a empresa não apresentou escrituração que permitisse a correta identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, incorrendo nas hipóteses de exclusão de ofício do SIMPLES Nacional conforme preceituam os incisos II e VIII do art. 29, da Lei Complementar (LC) nº 123, de 2006.

A exclusão, portanto, há que ser mantida.

Por todo o acima exposto, voto em conhecer parcialmente do recurso, e na parte conhecida rejeito as arguições de nulidade e nego provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama