



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10166.727898/2011-99
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-004.894 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de outubro de 2020
Recorrente MT TRANSPORTES E SERVIÇOS ADMINISTRATIVO EIRELI (ANTIGA MAIS TENIS COMERCIAL DE CALÇADOS LTDA)
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007

NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES E DO SIMPLES NACIONAL. ARBITRAMENTO DO LUCRO PREJUDICADO. IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO FISCAL.

Declarada a nulidade dos Atos Declaratórios Executivos que excluíram a empresa do Simples e do Simples Nacional, são incabíveis os autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, lavrados com base no lucro arbitrado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário, nos termos do relatório e voto da relatora.

Assinado Digitalmente

Luiz Tadeu Matosinho Machado – Presidente

Assinado Digitalmente

Andréia Lúcia Machado Mourão - Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lúcia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Fabiana Okchstein Kelbert e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 1302-004.894 - 1ª Sejl/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10166.727898/2011-99

Relatório

Trata-se de **recurso voluntário** interposto em face do Acórdão nº 03-59.533 – 4ª Turma da DRJ/BSB, de 27 de fevereiro de 2014. Destaco que na ocasião esta Conselheira fazia parte da composição da turma de julgamento que proferiu a decisão recorrida.

O crédito tributário se refere à exigência do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e reflexos (PIS, Cofins e CSLL), devidos no ano-calendário 2007, após o contribuinte ter sido excluído do Simples (PAF nº 14033.000582/2011-12) e do Simples Nacional (PAF nº 14033.000581/2011-78). O lançamento foi efetuado com base no lucro arbitrado.

A exigência tributária totalizou **R\$ 1.183.598,35**, incluídos principal, multa de ofício (75%) e juros moratórios, distribuídos da seguinte forma:

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)	410.526,38
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL)	179.550,09
Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)	488.825,91
Contribuição para o PIS/Pasep	104.695,97
TOTAL	1.183.598,35

A DRJ analisou as razões apresentadas pela interessada e, no mérito, decidiu pela **procedência em parte** da impugnação, para cancelar integralmente as exigências da Cofins e do PIS, por terem sido lançadas equivocadamente em bases trimestrais ao invés de não mensais.

Assim, o litúgio fica limitado à exigências de IRPJ e CSLL, no total de R\$ 590.076,47, incluídos principal, multa de ofício (75%) e juros moratórios, conforme quadro a seguir:

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)	410.526,38
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL)	179.550,09
TOTAL	590.076,47

Segue a ementa do Acórdão:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano- calendário: 2007

NULIDADE. PRESSUPOSTOS.

Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

PEDIDO POR JUNTADA DE DOCUMENTOS. APRESENTAÇÃO JUNTO COM A DEFESA. INDEFERIMENTO.

Perece o direito da contribuinte que não junta a sua peça de defesa as provas documentais que desejar.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2007

ATOS DECLARATÓRIOS DE EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL E DO SIMPLES NACIONAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CONCOMITÂNCIA.

A existência de processos pendentes de decisões definitivas relativas a contestações de ato declaratório de exclusão do Simples Federal e de ato declaratório de exclusão do

Simples Nacional não elide o lançamento de ofício dos valores devidos em virtude das infrações tributárias apuradas no procedimento de fiscalização.

OMISSÃO DE RECEITAS. VALORES ESCRITURADOS E NÃO DECLARADOS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Constatado pela fiscalização omissão de receitas através de valores escriturados nos livros comerciais e não declarados pela pessoa jurídica fiscalizada, impõe-se o vinculado e obrigatório ato de lançamento de ofício do IRPJ e Reflexos devidos (art. 142 do CTN).

MULTA DE OFÍCIO. PERCENTUAIS. PREVISÃO LEGAL.

Os percentuais da multa exigíveis em lançamento de ofício, inclusive as possibilidades de reduções, são determinados expressamente na legislação tributária, portanto em normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico.

JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA DE JUROS SELIC. PREVISÃO LEGAL.

A utilização da Taxa de Juros Selic como juros moratórios decorre de expressa disposição legal.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano-calendário: 2007

ATOS DECLARATÓRIOS DE EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL E DO SIMPLES NACIONAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CONCOMITÂNCIA.

A existência de processos pendentes de decisões definitivas relativas a contestações de ato declaratório de exclusão do Simples Federal e de ato declaratório de exclusão do Simples Nacional não elide o lançamento de ofício dos valores devidos em virtude das infrações tributárias apuradas no procedimento de fiscalização.

OMISSÃO DE RECEITAS. VALORES ESCRITURADOS E NÃO DECLARADOS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Constatado pela fiscalização omissão de receitas através de valores escriturados nos livros comerciais e não declarados pela pessoa jurídica fiscalizada, impõe-se o vinculado e obrigatório ato de lançamento de ofício do IRPJ e Reflexos devidos (art. 142 do CTN).

MULTA DE OFÍCIO. PERCENTUAIS. PREVISÃO LEGAL.

Os percentuais da multa exigíveis em lançamento de ofício, inclusive as possibilidades de reduções, são determinados expressamente na legislação tributária, portanto em normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico.

JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA DE JUROS SELIC. PREVISÃO LEGAL.

A utilização da Taxa de Juros Selic como juros moratórios decorre de expressa disposição legal.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2007

PIS e COFINS. APURAÇÃO MENSAL. INOBSERVÂNCIA. CANCELAMENTO DAS EXIGÊNCIAS.

Comprovada nos autos o lançamento de ofício do PIS e da Cofins com inobservância do período de apuração mensal, impõe-se cancelar as respectivas exigências.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Cientificado dessa decisão em 05/06/2014 o sujeito passivo apresentou **Recurso Voluntário** em 07/07/2014 (fls. 299 a 312), com suas razões de defesa, resumidas a seguir.

Preliminarmente a contribuinte discute os seguintes pontos:

- a) genericamente, questiona a validade do Acórdão da DRJ Brasília, alegando que este conteria “excessos, omissões e erros”, que o invalidariam por completo; que deveria ser determinada a nulidade do Acórdão por preterição do direito de defesa, por não terem sido enfrentados todos os questionamentos da Impugnação, o que teria levado, também, à inobservância do duplo grau de jurisdição consagrado pelo PAF;
- b) especifica que as razões complementares, apresentadas em 17/07/2013, após os autos terem sido baixados em diligência, não teriam sido apreciadas pela DRF de origem, ofendendo o duplo grau de jurisdição. Cita jurisprudência do CARF e posição de doutrinadores sobre princípios constitucionais: informalismo, verdade material, garantia da defesa (item III-A);
- c) defende, também, a nulidade da autuação, pelo fato de as autoridades autuantes não estarem lotadas na DRF que jurisdiciona a contribuinte. Acrescenta que o Acórdão da DRJ não teria enfrentado esta alegação e enfatiza que auditores que ocupam caso de chefia não podem lavrar autos de infração (item III-B);
- d) alega que os autos de infração deveriam ser anulados, tendo em vista que não teria sido dada ciência do feito fiscal na forma obrigatória determinada pelo art. 23 do Decreto nº 70.235/1972 (item III – D). Defende:
 - 56. Como visto, a intimação deverá dar-se de forma pessoal, pelo autor do procedimento, seja na repartição fazendária ou fora dela, bem como para que venha a surtir os efeitos legais deverá a ciência ser comprovada mediante assinatura do sujeito passivo, ou ainda pelo mandatário ou preposto.
 - 57. Caso ocorra a recusa da intimação, aí sim, poderá a autoridade preparadora, enviar a intimação por via postal, sem prejuízo da assinatura do sujeito passivo.
 - 58. Contudo, no presente caso, a intimação não seguiu a ordem legal determina pelo art. 23 do Decreto 70.235/72, bem como não foi assinada pelo sujeito passivo, tampouco por seu mandatário ou preposto, fato esse que determina o cancelamento do feito fiscal por sua completa discordância com o comando legal que lhe daria validade.
- e) contesta a validade da autuação por ofensa ao art. 142 do CTN e art. 10 do Decreto nº 70.235/1972. Alega que não constaria nos autos de infração qual seria a matéria tributável, a alíquota aplicada e o cálculo do montante devido e que a Autoridade Fiscal teria se limitado a transpor uma “*simples planilha elaborada pela Recorrente, para dentro do auto de infração*” (item III – E);
- f) reitera, conforme já pontado em sua Impugnação, que as provas teriam sido obtidas por meios ilícitos. Discute a questão do sigilo bancário. Aponta que não teriam sido abordadas no Acórdão da DRJ todos os pontos discutidos na Impugnação. Cita trechos da Constituição Federal, princípio do direito consuetudinário inglês, menciona a teoria do “fruto de árvores venenosas”, bem como jurisprudência dos tribunais superiores e do CARF (item III – C). Reproduz parte de seu recurso, quanto a questão das provas e do sigilo bancário:

34. Como visto, o julgador *a quo* omitiu-se quanto aos esclarecimentos/argumentos apresentados pela Recorrente em sua manifestação de 17/07/2013, fazendo prevalecer tão somente as razões apresentadas pela autoridade fiscal, autoridade parcial e quem tem total interesse em manter inalterado seu trabalho.

35. A verdade dos fatos é que constou no "Termo de Verificação Fiscal Processo Administrativo: 10166.727898/2011-99" a indecorosa afirmativa:

"No termo de Intimação datado de 16/12/2010, o contribuinte foi intimado a apresentar os livros contábeis e extratos bancários das instituições financeiras Bradesco e Caixa Econômica Federal, relativos ao período de 1º de julho a 31 de dezembro de 2007. Diante da negativa em apresentar os extratos bancários do segundo semestre foram emitidas Requisições de Movimentação Financeira de números 0110100-2011-00017-9 (Bradesco) e 0110100-2011-00016-0 (Caixa Econômica Federal), em 26 de janeiro de 2011" (g.n)

36. Tal discurso, todavia, não merece qualquer credibilidade, porque/apoiado em assertivas falsas e enganadoras da verdade, com o intuito de induzir o intérprete ao erro, pois as auditoras, ROSÂNGELA MOREIRA RODRIGUES e ALINE BARINO PIRES MARANHÃO, faltam com a verdade e distorcem fatos, exatamente porque NÃO HOUVE QUALQUER NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE EXTRATOS BANCÁRIOS pela Recorrente, conforme faz prova o expediente de 12/01/2011.

37. Em verdade, as auditoras fiscais agiram com base na ilegalidade, pois tentaram quebrar o sigilo bancário da Recorrente pelas vias transversas, SEM AMPARO JUDICIAL, em total afronta às garantidas fundamentais asseguradas pela nossa Magna Carta, pois não apresentaram à Recorrente decisão judicial que autorizasse o fisco a quebrar seu sigilo bancário.

38. Dessa forma, a Recorrente agindo nos exatos termos da lei, em expediente de 12/01/2011, asseverou:

Já quanto aos documentos determinados no item 1, (movimentação bancária) entende não estar obrigada a fazer a entrega de tais documentos, pois o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão de 15.12.2010, mudou o entendimento, onde ficou assentado ser invioláveis o acesso à movimentação bancária de terceiros.

Na espécie, acatando os princípios fundamentais da inviolabilidade contida nos incisos X e XII do art. 5º da CF/88, in verbis:

"Art.5º(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; " (g.n)

Assim, como a fiscalização não entregou qualquer documento ou comprovasse ter decisão judicial determinando essa obrigação e que houvesse a quebra do sigilo bancário do contribuinte, a Intimada entregará os documentos contidos no Item 1 tão logo tome ciência de decisão judicial que porventura determine a quebra de seu sigilo fiscal, pois trata-se de direitos constitucionais consagrados pela nossa Magna Carta, e se desobedecidos, fere de morte estes princípios.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 389808 em 15/12/2010, encerrou a discussão que pairava sobre a possibilidade ou não do fisco quebrar o sigilo bancário de contribuintes sem prévia ordem judicial, restando consagrado o seguinte entendimento divulgado pelo sítio do C STF, *literis*:

STF nega quebra de sigilo bancário de empresa pelo Fisco sem ordem judicial

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) deu provimento a um Recurso Extraordinário (RE 389808) em que a empresa GVA Indústria e Comércio S/A questionava o acesso da Receita Federal a informações fiscais da empresa, sem fundamentação e sem autorização judicial. Por cinco votos a quatro, **OS MINISTROS ENTENDERAM QUE NÃO PODE HAVER ACESSO A ESSES DADOS SEM ORDEM DO PODER JUDICIÁRIO. (...)**

Informa finalmente, que não está deixando de atender qualquer determinação a que esteja obrigada legalmente e que continua à inteira disposição de Vossas Senhorias para prestar mais esclarecimentos e apresentar outros documentos, se assim entenderem necessários e que houver obediência ao princípio da estrita legalidade."

39. Portanto, denota-se que ao contrário do que afirmam as autuantes, a Recorrente se prontificou a entregar os extratos bancários após ter ciência de decisão judicial que determinasse a quebra de seu sigilo, logo, NÃO É VERDADE QUE NEGOU A APRESENTAR OS EXTRATOS!

40. Repita-se, não houve qualquer recusa como acusado, mas, sim, das autoridades fiscais que se furtaram em apresentar decisão autorizando a quebra do sigilo bancário. É fato!

(...)

Como mérito, trata das seguintes questões:

- a) defende que os lançamentos seriam nulos por não terem aguardado o trânsito em julgado dos processos de exclusão do Simples e do Simples Federal. Acrescenta que estaria sendo exigido o pagamento de um débito indevido, suspenso por força do art. 151, III do CTN. Cita princípios constitucionais e jurisprudência do CARF.
- b) alega que o arbitramento seria nulo, tendo em vista que a recorrente não foi intimada a apresentar livros comerciais e fiscais que lhe permitiria optar legalmente pelo lucro real após a exclusão do Simples. Cita julgados do CARF e enfatiza que não teriam sido apreciados a totalidade de suas alegações feitas na Impugnação, tais como:

95. Porém, o n. relator não apreciou a alegação da Recorrente no sentido de que o termo lançado na intimação "**caso não haja manifestação de inconformidade**", FOI UMA ARMADILHA FISCAL, em detrimento aos direitos da Recorrente, que foi tolhida de apresentar escrituração contábil mais favorável ao arbitramento do lucro, como ocorreu no presente caso!

(...)

97. Em verdade não foram apresentados os livros e documentos porque a Recorrente foi INDUZIDA pelas fiscais a não atender o termo de intimação, não podendo prevalecer o arbitramento do lucro como ocorreu!

98. Na narrativa do termo de verificação fiscal, as auditoras aduzem que a falta de atendimento ao termo de intimação de 18/07/2011 pela Recorrente foi espontânea, veja:

"O contribuinte entrou com recurso em ambos os processos de exclusão do Simples e não respondeu às intimações feitas" (g.n)

99. NÃO HÁ FALAR EM FALTA DE RESPOSTA "ÀS INTIMAÇÕES" PORQUANTO SÓ EXIGIU UMA ÚNICA INTIMAÇÃO ACERCA DA OPÇÃO PELA FORMA DE TRIBUTAÇÃO! Entretanto, a falta de atendimento ao citado termo de intimação se deu porque a Recorrente foi induzida a não proceder com o atendimento!

- c) apresenta o entendimento de que o arbitramento seria ilegal por falta de intimação prévia para comprovação das receitas – defende que a presunção de receitas seria ilegal. Aponta que a motivação do Acórdão da DRJ a este respeito colidiria com a jurisprudência do CARF;
- d) discorre sobre a abusividade da multa de 75% e de seu efeito confiscatório. Cita posição de doutrinadores, textos constitucionais, julgados dos tribunais superiores

Ao finar, requer:

131. Diante do exposto, pede seja acolhido o presente Recurso Voluntário, para que lhe seja dado provimento para declarar insubsistente e improcedente os lançamentos efetuados pelos autos de infração de IRPJ e CSLL guerreados, mormente:

- a) Porque houve quebra de sigilo bancário da Recorrente antes da emissão da RMF - Requisição de Movimentação Financeira;
- b) Porque o lançamento é nulo por ofensa ao art. 142 do Código Tributário Nacional e Art. 10 do Decreto nº 70.235/72;
- c) Porque houve cerceamento ao direito de defesa, justo porque não foi dada ciência do feito fiscal na forma obrigatória determinada pelo art. 23 do Decreto nº 70.235/72;
- d) Porque as auditoras fiscais autuantes não são lotadas na DRF onde alegadamente teria sido lavrado os autos de infração, posto que as fiscais nunca lá estavam para prestar informações e dar explicações posto que suas lotações são no órgão central da receita federal;
- e) Porque a exclusão do simples pende de decisão de apreciação de Manifestação de Inconformidade não podendo haver EXIGIBILIDADES;
- f) Porque o arbitramento é ofensivo a legislação. A Recorrente não foi intimada a apresentar livros comerciais e fiscais que lhe permitiria optar legalmente pelo Lucro Real após a exclusão do simples.
- g) Porque a Recorrente não foi regularmente intimada a justificar os depósitos/receitas do período de 01/07 a 06/07;
- h) Porque a multa de ofício aplicada é abusiva e tem caráter confiscatório, defeso pela Constituição Federal;
- i) Porque os juros estão sendo cobrados sobre as multa de ofício;

132. Requer mais à alta percuriência desse douto órgão julgador, para que, usando dos conhecimentos jurídicos de seus integrantes, reconheçam outros princípios aplicáveis à matéria não arguidos na presente peça.

É o relatório.

Fl. 8 do Acórdão n.º 1302-004.894 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10166.727898/2011-99

Voto

Conselheira Andréia Lúcia Machado Mourão, Relatora.

Conheço do Recurso Voluntário por ser tempestivo e por preencher os requisitos de admissibilidade.

Os presentes autos de infração originaram-se da exclusão da empresa do Simples (PAF nº 14033.000582/2011-12) e do Simples Nacional (PAF nº 14033.000581/2011-78).

A matéria relacionada à exclusão da empresa do Simples e do Simples Nacional foi objeto de julgamento, nesta mesma Sessão de Julgamento, tendo por relatora esta Conselheira. Como resultado, foi declarada a nulidade dos Atos Declaratórios Executivos que ensejaram a exclusão da empresa destes regimes de tributação diferenciados, tendo em vista ter sido configurada preterição do direito de defesa, por insuficiência probatória, nos termos dos Acórdãos nºs 1302-004.942 e 1302-004.943.

Primeiramente cabe discutir a validade dos lançamentos no momento em que foram lavrados. Esta matéria encontra-se pacificada no âmbito do CARF, tendo em vista que a possibilidade de discussão administrativa do ADE de exclusão do Simples, estendida por analogia ao Simples Nacional, não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face desta exclusão, conforme enunciado da Súmula CARF nº 77, reproduzida a seguir:

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).

Dessa forma, verifica-se que, em sua origem, os autos de infração foram lavrados em conformidade com as disposições contidas no CTN e a constituição do crédito tributário por lançamento tinha caráter obrigatório para a autoridade tributária, sob pena de responsabilidade funcional, conforme determinação expressa do § 1º do art. 142 do CTN.

No entanto, também deve ser considerado que, nos termos do § 1º do art. 59 do Decreto 70.235, de 1972, a nulidade de qualquer ato prejudica os posteriores que dele diretamente sejam consequência, *verbis*:

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.

(...)

Assim, declarada a nulidade dos ADE que deram origem à exclusão da empresa do Simples e do Simples Nacional, a contribuinte estava submetida validamente à sistemática de tributação por estes regimes diferenciados no ano-calendário 2007.

Logo, no caso em concreto, são incabíveis os autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, objeto dos autos, lavrados com base no lucro arbitrado.

Conclusão

Diante do exposto, VOTO por dar provimento ao recurso voluntário.

Assinado Digitalmente

ANDRÉIA LÚCIA MACHADO MOURÃO