



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

Processo n° 10510.003793/2009-69
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-003.136 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de maio de 2018
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO DE OFÍCIO
Recorrente MITISER ANDAIMES EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006

NULIDADE.

Descabe a argüição de nulidade quando se verifica que o Auto de Infração foi lavrado por pessoa competente para fazê-lo e em consonância com a legislação vigente, não havendo violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

PEDIDOS DE DILIGÊNCIA E PERÍCIA

Devem ser negadas as solicitações de diligência e perícia consideradas desnecessárias à solução do litígio.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/06/2004 a 30/11/2004

DECADÊNCIA. IRPJ, CSLL, PIS E COFINS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO ANTECIPADO.

No caso de tributos e contribuições sujeitos ao lançamento por homologação, confirmada a existência de pagamento antecipado, decai o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário com o transcurso do prazo de cinco anos contados a partir da data da ocorrência do fato gerador, com exceção das parcelas decorrentes da prática de procedimentos dolosos, em que a contagem do prazo decadencial é iniciada no primeiro dia do exercício seguinte àquele que cada lançamento poderia ter sido efetuado.

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

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006

EXCLUSÃO DE OFÍCIO.

A prática reiterada de infrações à legislação autoriza a exclusão de ofício da microempresa do Simples Federal.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006

ARBITRAMENTO DO LUCRO. ESCRITA NÃO APRESENTADA.

A falta de apresentação da escrituração na forma das leis comerciais e fiscais que permita a determinação do lucro real, autoriza o arbitramento do lucro da pessoa jurídica com base na receita bruta conhecida, decorrente das vendas de serviços levantadas junto a seus clientes.

OMISSÃO DE RECEITAS. NOTAS FISCAIS CALÇADAS.

Verificando-se que as receitas relativas a diversas notas fiscais de prestação de serviços foram escrituradas por valores bem inferiores àqueles registrados na primeira via das respectivas notas fiscais emitidas pela Contribuinte e fornecidas a seus clientes, resta configurada a omissão de receitas e a intenção dolosa de reduzir o montante do imposto devido.

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS/Pasep

Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Confirmada, quando da apreciação do lançamento principal, a ocorrência de parte dos fatos geradores que deram causa aos lançamentos decorrentes, há que ser dado a estes igual entendimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas e no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão do SIMPLES e os lançamentos.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Ailton Neves da Silva (Suplente convocado), Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Demetrius Nichele Macei e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão proferido pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Salvador (BA) assim ementado:

"ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006

NULIDADE.

Descabe a argüição de nulidade quando se verifica que o Auto de Infração foi lavrado por pessoa competente para fazê-lo e em consonância com a legislação vigente, não havendo violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

PEDIDOS DE DILIGÊNCIA E PERÍCIA

Devem ser negadas as solicitações de diligência e perícia consideradas desnecessárias à solução do litígio.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/06/2004 a 30/11/2004

DECADÊNCIA. IRPJ, CSLL, PIS E COFINS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO ANTECIPADO.

No caso de tributos e contribuições sujeitos ao lançamento por homologação, confirmada a existência de pagamento antecipado, decai o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário com o transcurso do prazo de cinco anos contados a partir da data da ocorrência do fato gerador, com exceção das parcelas decorrentes da prática de procedimentos dolosos, em que a contagem do prazo decadencial é iniciada no primeiro dia do exercício seguinte àquele que cada lançamento poderia ter sido efetuado.

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

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006

EXCLUSÃO DE OFÍCIO.

A prática reiterada de infrações à legislação autoriza a exclusão de ofício da microempresa do Simples Federal.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006

ARBITRAMENTO DO LUCRO. ESCRITA NÃO APRESENTADA.

A falta de apresentação da escrituração na forma das leis comerciais e fiscais que permita a determinação do lucro real, autoriza o arbitramento do lucro da

pessoa jurídica com base na receita bruta conhecida, decorrente das vendas de serviços levantadas junto a seus clientes.

OMISSÃO DE RECEITAS. NOTAS FISCAIS CALÇADAS.

Verificando-se que as receitas relativas a diversas notas fiscais de prestação de serviços foram escrituradas por valores bem inferiores àqueles registrados na primeira via das respectivas notas fiscais emitidas pela Contribuinte e fornecidas a seus clientes, resta configurada a omissão de receitas e a intenção dolosa de reduzir o montante do imposto devido.

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS/Pasep

Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Confirmada, quando da apreciação do lançamento principal, a ocorrência de parte dos fatos geradores que deram causa aos lançamentos decorrentes, há que ser dado a estes igual entendimento.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte"

O caso foi relatado pela instância *a quo* nos seguintes termos:

"Trata o processo em questão de exclusão da Contribuinte acima identificada do Simples Federal, bem como de Autos de Infração referentes aos anos-calendário de 2004, 2005 e 2006, de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, às fls. 61 a 79, no valor de R\$156.500,06 (cento e cinquenta e seis mil, quinhentos reais e seis centavos); de Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, às fls. 80 a 98, no valor de R\$14.631,04 (quatorze mil, seiscentos e trinta e um reais e quatro centavos); de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, às fls. 99 a 115, no valor de R\$64.827,75 (sessenta e quatro mil, oitocentos e vinte e sete reais e setenta e cinco centavos); e de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, às fls. 116 a 134, no valor de R\$67.528,78 (sessenta e sete mil, quinhentos e vinte e oito reais e setenta e oito centavos), acrescidos da multa de ofício, nos percentuais de 75% e 150%, e de juros de mora.

O Auto de Infração de IRPJ foi proveniente de arbitramento do lucro da pessoa jurídica, desenquadrada do regime do Simples Federal, nos 2º, 3º e 4º trimestres do ano-calendário de 2004 e nos quatro trimestres dos anos-calendário de 2005 e 2006, com base no art. 530, inciso III, do RIR/1999, tendo em vista que o contribuinte deixou de apresentar os livros e documentos de sua escrituração, após intimação para apresentá-los.

O lucro arbitrado foi calculado a partir das receitas de prestação de serviços relativos à locação de andaimes, sendo que, em diversas ocasiões, o sujeito passivo utilizou-se do procedimento conhecido como “nota fiscal calçada”, no qual notas fiscais com a mesma numeração possuem valores divergentes entre as 1ª e 3ª vias, “cometendo crime contra a ordem tributária”, em função do que, para tais casos, aplicou-se a multa qualificada de 150%, conforme Relatório de Ação Fiscal, em anexo.

Os Autos de Infração relativos à CSLL, ao PIS e à COFINS decorreram do Auto de Infração de IRPJ. O enquadramento legal do Auto de CSLL aponta infração ao art. 37 da Lei nº 10.637, de 2002; e art. 22 da Lei nº 10.684, de 2003. O enquadramento legal do Auto de PIS aponta infração aos arts. 1º e 3º da Lei Complementar nº 07, de 1970; art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249, de 1995; e arts. 2º, inciso I, alínea “a”, e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524, de 2002. No Auto da COFINS, o enquadramento legal aponta infração ao art. 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524, de 2002.

No Relatório de Ação Fiscal, às fls. 398 a 400, o Autuante declara, em síntese, que:

– o procedimento fiscal teve origem em 27/04/2009, com base em informação elaborada pela equipe de programação da DRF/Aracaju, baseada em denúncia de omissão de receitas de prestação de serviços praticada pelo sujeito passivo, como locador de andaimes. O denunciante apresentou, para comprovar o alegado, cópias de várias notas fiscais (1ª e 3ª vias);

– intimado, mediante Termo de Início de Fiscalização, a apresentar, dentre outros documentos, livros e notas fiscais relativos a sua atividade, o sujeito passivo não se manifestou no prazo solicitado, sendo reintimado em 10/06/2009. Respondeu em 18/06/2009, apresentando apenas um livro de registro de ISS, não tendo apresentado as notas fiscais, alegando que a empresa foi invadida, em 09/04/2008, e teve todos os documentos fiscais roubados, não dispondo de nenhum deles para ser apresentado à fiscalização, juntando cópia do boletim de ocorrência;

– na impossibilidade de comprovar os fatos denunciados, bem como os lançamentos contábeis concernentes às receitas auferidas, intimamos vários clientes do sujeito passivo a nos fornecer a cópia das primeiras vias das notas fiscais relativas aos serviços prestados no período de 2004 a 2006. Constatamos então que, em diversas ocasiões, houve a prática do procedimento conhecido como “nota fiscal calçada”, ou seja, emitiu-se notas fiscais com a mesma numeração, mas com valores divergentes, a menor, entre a 1ª e a 3ª vias, infringindo o art. 1º, inciso III, da Lei nº 8.137, de 1990;

– ocorre que o sujeito passivo era optante do Simples e, diante dos atos praticados contra a ordem tributária, ele não poderia mais permanecer no sistema, conforme preceitua o art. 14, inciso V, da Lei nº 9.317, de 1996. Assim, mediante Representação Fiscal, propusemos sua exclusão do Simples, desde o momento em que se verificou a 1ª nota fiscal calçada (01/06/2004), segundo entendimento do art. 15, inciso V, da mesma norma legal;

– foi expedido o Ato Declaratório Executivo DRF/Aracaju nº 40, de 13/11/2009, com cópia anexa. Como não poderia permanecer no Simples, intimamos o sujeito passivo, em 13/11/2009, a apresentar os livros Diário, Razão e LALUR, obrigatórios para a tributação pelo lucro real. Transcorrido o prazo regulamentar sem qualquer manifestação do contribuinte, e considerando a ausência de documentos e livros fiscais, bem como seu não comparecimento para prestar esclarecimentos, não restou alternativa senão arbitrar o lucro;

– concluímos então pelo lançamento de ofício com base na receita conhecida, escriturada no Livro de Apuração do ISS e nas notas fiscais de vendas de serviços coletadas junto a seus clientes, relativas aos anos-calendário de 2004 a 2006 (cópias em anexo), demonstrada em planilha integrante do auto de infração. Saliente-se que a infração apurada

configura crime contra a ordem tributária, na forma da Lei nº 8.137/90, sendo obrigatória a formalização de Representação Fiscal, a ser remetida ao Ministério Público Federal.

Às fls. 405 a 416, a pessoa jurídica apresentou impugnação, alegando, em resumo, que:

é fato que a empresa fora fiscalizada em face de denúncias de omissão de receitas de sua atividade como locadora de andaimes, tendo o auditor-fiscal requisitado a apresentação dos livros e notas fiscais. É fato também que, em 09/04/2008, a empresa sofrera um duro golpe, quando lá entrou o Sr. Renato Farias que, juntamente com três homens armados, retirou todos os livros e documentos fiscais, como talões de cheques, contratos, tudo conforme Boletim de Ocorrência Policial e atualmente objeto de processo criminal na 11ª Vara Criminal de Aracaju, sendo esta a justificativa da ausência dos livros fiscais da empresa;

preliminarmente, consoante o Decreto nº 70.235/72, a impugnação instaura a fase litigiosa do procedimento fiscal (art. 14), devendo ser apresentada no prazo de 30 dias contados da data em que for feita a intimação da exigência (art. 15, *caput*). O § 3º do art. 15, constante do capítulo atinente à exclusão do Simples, prescreve que a exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa. Destarte, a empresa não foi notificada da exclusão do Simples, para oferecimento de defesa prévia, sendo, portanto, o procedimento efetuado sem o contraditório e a ampla defesa, constituindo-se num procedimento secreto, sem o devido conhecimento do que se estava processando;

a prova produzida nos autos, para que seja considerada idônea, deve submeter-se ao contraditório. Um dos princípios máximos norteadores do Direito Repressivo é o da presunção da inocência (*in dubio pro reo*), que no direito pátrio vem contido no art. 5º, LVII, da Carta Magna. Ora, quem efetuou a citada denúncia? Uma vez que a empresa não tinha os talões de notas, como é que as 1ª, 2ª e 3ª vias das notas fiscais com as supostas divergências foram parar na Receita Federal? São documentos fiscais originais? Tudo isso deve ser levado ao crivo do contraditório e da ampla defesa, pois o suposto roubo na sede da empresa tinha como propósito prejudicar suas sócias e tem procedimento criminal próprio na 11ª Vara Criminal de Aracaju;

a comprovação da existência da infração deve ser inequívoca, sob pena de se cometer uma injustiça, sendo tal comprovação de responsabilidade do Órgão Fiscalizador. Há falta de comprovação da origem das notas fiscais divergentes e de quem fora a produção. Logo, com as razões de nulidade aduzidas, espera que sejam julgadas procedentes as preliminares argüidas pela absoluta insubsistência do lançamento fiscal;

no mérito, tem-se que a exclusão do Simples tem como motivação a não apresentação dos livros fiscais, absolutamente justificada, finalizando com a lavratura do auto de infração com lançamentos de lucros estimados em excesso, uma vez que foram tomados parâmetros exagerados. A empresa não vulnerou qualquer norma da legislação fiscal, muito menos cometeu atos irregulares. Não foi apreendido na empresa nenhum talonário de notas com divergência de valores, desconhecendo a empresa, até o presente momento, a existência dessas citadas notas fiscais divergentes. Na hipótese descrita no lançamento fiscal, em face da precariedade da demonstração da prova anexada ao auto de infração, este é peça imprestável e de nenhum valor jurídico;

as lesões aos direitos da recorrente serão reivindicadas pela via própria, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição do Brasil, por estar sendo obrigada a defender-se de uma infração que não cometeu. Assim, não se pode falar em violação da obrigação tributária sem que esta seja confirmada por apreciação do judiciário, onde será dado à empresa o mais amplo direito de defesa. Cabe ainda registrar que nenhum ato administrativo irregular ou viciado, como é o caso presente, escapa da apreciação jurisdicional. Cita o art. 53 da Lei nº 9.784, de 1999;

vale mencionar que no Demonstrativo da Receita Apurada que acompanha o auto de infração ora impugnado foram contabilizadas e lançadas receitas do período de 2004, absolutamente prescritas. Como se pode observar, o art. 156, inciso V, do Código Tributário Nacional dispõe que a prescrição fulmina a existência do crédito tributário. Nesse sentido, transcreve os arts. 173 e 174 do CTN;

há flagrante excesso de arbitramento imposto nos autos ora impugnados, além de os critérios de arbitramento estarem fora do que preconiza a legislação fiscal pertinente, como se observa no art. 284 do RIR/1999 (transcreve);

a nossa Carta Magna, em seu art. 93, inciso IX, assegura a exigência de fundamentação das decisões judiciais como um elemento imprescindível e essencial à válida configuração dos atos sentenciados. O mesmo entendimento é aplicado ao processo administrativo. No caso concreto, foi nenhuma a fundamentação fática para a tributação e a multa aplicada. Há total falta de provas da existência dos recursos, revelando que a convicção do auditor foi formada por indícios e presunções, o que é inadmissível no processo administrativo fiscal;

ante todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência do lançamento fiscal, espera e requer seja acolhida a presente impugnação, cancelando-se o débito fiscal reclamado. Requer diligência para que se oficie ao juízo da 11ª Vara Criminal de Aracaju, para que se junte aos autos cópias do procedimento criminal que apura o roubo dos documentos da empresa. Requer também a perícia nos documentos fiscais. Protesta por todos os meios de prova em Direito admitidos, especialmente perícia contábil, documental e testemunhal, todos desde já requeridos.

Juntamente com a impugnação a Interessada trouxe aos autos os documentos de fls. 417 a 426. Ressalte-se que o presente processo é composto de 3 (três) volumes. O primeiro encontra-se numerado da folha 01 à 200; o segundo, da folha 201 à 403; e o terceiro, da folha 404 à 432."

Inconformado com a decisão o Recorrente interpôs recurso voluntário, no qual repisa as razões alegadas em sua impugnação para a reforma do Acórdão de 1ª Instância.

Voto

Conselheiro Evandro Correa Dias, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos pressupostos de admissibilidade, pelo que dele se toma conhecimento.

Preliminares

Da Ausência de Notificação da exclusão do SIMPLES

O recorrente alega que portanto o procedimento de exclusão do SIMPLES fora efetuado sem propiciar o contraditório e a ampla defesa, com base nas seguintes razões:

Não houve a notificação da empresa acerca da existência de fato conducente, ou seja, à sua exclusão do SIMPLES para oferecimento de defesa prévia constitui medida que se coaduna com os princípios da ampla defesa e do contraditório, norteadores da conduta administrativa fiscal, portanto o procedimento fora efetuado sem o contraditório e amplo defesa, na verdade fora procedimento secreto sem o devido conhecimento do que se estava processando.

o acórdão fustigado tenta justificar a falta de intimação da empresa no processo de exclusão do simples para apresentação de defesa e conhecimento do processo pela uma possível notificação do Sr. Carlos Augusto Rezende Alves que na verdade é contador da empresa , esquecendo que a intimação ou notificação no processo fiscal é ato formal indispensável e deve ser a efetuada a empresa e não o seu contador e ainda era um processo em fase inicial da "Cientificação" não existiria a figura do procurador, uma vez que não estava formada relação processual valida por falta da notificação.

Também é fato que nunca no presente processo o Sr. Carlos Augusto Rezende Alves fora constituído procurador.

Apresentação de livros fiscais é ato administrativo comum que qualquer contador está autorizado a fazer pelo mister de sua profissão e tal apresentação não deve ser entendido como tenta transmitir o relatório da DECISÃO como conhecimento tácito ou presumido da exclusão do simples, pois tal ato não supre a falta da notificação nem em direito existe tal presunção no Direito Processual. Assim o ato fora NULO por defeito de forma.

As alegações da recorrente quanto à ciência da exclusão do SIMPLES e que Carlos Augusto Rezende, contador da empresa, nunca fora constituído procurador, não são condizentes com a realidade dos fatos.

Processo nº 10510.003793/2009-69
Acórdão n.º 1402-003.136

S1-C4T2
Fl. 499

Verifica-se, à fl. 58, no próprio corpo do Ato Declaratório Executivo nº 40, de 13/11/2009, expedido pela DRF/Aracaju, por meio do qual se concretizou a exclusão, que o contabilista da empresa, Sr. Carlos Augusto Rezende Alves, atestou o recebimento de uma via daquele instrumento, escrevendo com o próprio punho a seguinte frase: “Recebi uma via deste ato nesta data”. Em baixo, constam a data, a assinatura e a identificação do Sr. Carlos Augusto, conforme ilustrado a seguir.

CARF MF



<p>Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil 5ª Região Fiscal Delegacia da Receita Federal do Brasil em Aracaju</p> <p>ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 40, de 13 de novembro de 2009</p> <p>Exclusão de empresa do SIMPLES FEDERAL por prática reiterada de infração à legislação.</p> <p>A DELEGADA DA RECEITA FEDERAL EM ARACAJU/SE, no uso da competência que lhe confere o §3º do art. 15 da Lei nº 9.317, de 05/12/1996, incluído pelo art. 3º da Lei nº 9.732, de 11/12/1998 e tendo em vista o disposto nos artigos 12, 14, inciso V e 15, inciso V, §3º, da Lei nº 9.317/1996 (Simples Federal):</p> <p>Art. 1º. Fica o contribuinte, a seguir identificado, nos termos dos autos do processo 10510.003793/2009-69, excluído do Sistema Integrado de Pagamento do Imposto e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES FEDERAL.</p> <p>Nome: MITISER ANDAIMES EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS LTDA</p> <p>CNPJ: 04.120.470/0001-40</p> <p>Situação cadastral:</p> <p>Empresa constituída em 19 de outubro de 2000 e optante do SIMPLES FEDERAL desde a data da sua constituição, na condição de microempresa, permanecendo nesse regime até 30 de junho de 2007.</p> <p>Situação excludente do Simples Federal (Lei 9.317/96):</p> <p>Prática Reiterada de Infração à Legislação:</p> <p>A prática reiterada de infração à legislação é aquela que se reveste de habitualidade e repetição, de tal forma que fica caracterizado o seu uso frequente, consubstanciando-se em um costume.</p> <p>No curso da ação fiscal determinada pela Mandado de Procedimento Fiscal 0520100-2009-00553-7, após análise da documentação, ficou caracterizado que o sujeito passivo utilizou-se, em diversas ocasiões no período fiscalizado (jan/2004 a dez/2006), do procedimento conhecido como “nota fiscal calçada” ou seja, foram emitidas notas fiscais de prestação de serviços com a mesma numeração mas com valores divergentes entre as 1ª e 3ª vias.</p> <p>Tal procedimento evidencia a prática reiterada de omissão de receitas e conseqüente insuficiência de recolhimento de tributos, enquadrando-se como prática reiterada de infração à legislação.</p>

CARF MF



Cópia das "notas fiscais calçadas" e planilha com a identificação das mesmas e dos valores divergentes inseridos nas 1ª e 3ª vias constam do processo 10510.003793/2009-69, ao qual é facultado vista ao sujeito passivo.

Assim, à luz do art. 14, inciso V, da Lei 9.317/96, é de se aplicar a exclusão de ofício da pessoa jurídica MITISER ANDAIMES EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS LTDA Mitiser, pela **prática reiterada de infração à legislação tributária**.

Art. 2º- A exclusão do SIMPLES FEDERAL, surtirá efeito a partir de 1º de junho de 2004 (quando se identificou a 1ª nota fiscal calçada), nos termos dos artigos 15, inciso V e 16, da Lei 9.317/1996 c/c o art. 24, inciso VII, da IN SRF 608, de 09/01/2006.

Art. 3º- O contribuinte poderá manifestar sua inconformidade contra a presente exclusão, por escrito, no prazo de trinta dias contados da data de recebimento deste Ato, junto à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador/BA, nos termos do Decreto 70.235, de 07/03/1972, e suas alterações posteriores.

Art. 4º- Não havendo manifestação no prazo previsto no artigo anterior, a exclusão do SIMPLES FEDERAL tornar-se-á definitiva.

Lúcia Rosa Silva Santos
LÚCIA ROSA SILVA SANTOS

Recebi em via neste ato
de 11.02.2009
Carlos Augusto Rezende Alves
Carlos Augusto Rezende Alves
Contabilista - CRCISE 453010
CPF: 283.108.456-63

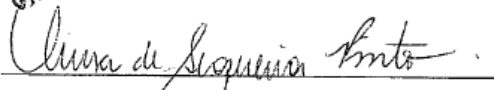
Contata-se que a Sra. Cleusa Siqueira Pinto, sócia e administradora da Autuada, outorgou amplos poderes ao Sr. Carlos Augusto Rezende Alves, para representar a empresa perante diversos órgãos públicos municipais, estaduais e federais, entre os quais a Receita Federal do Brasil, conforme Procuração Particular, com cópia à fl. 221, ilustrada a seguir.



PROCURAÇÃO PARTICULAR

A firma MITTISER ANDAIMES EQUIPAMENTOS E SERVICOS LTDA com CNPJ 04.120.470/0001-40 localizada na Rua Leonel Curvelo, 1228 bairro Suissa, nesta capital, neste ato representado por Cleusa de Siqueira Pinto, brasileira, natural de São Paulo, capital, casada sob o regime comunhão parcial de bens, empresária, portadora da CI-3.289.984-0 SSP/SE e CPF/MF 099.571.658-79 residente nesta capital pelo presente instrumento particular de procuração nomeia e constitui seus bastante procuradores os Srs. Carlos Augusto Resende Alves, brasileiro, casado, contador, portador da CI - 354.380 SSP/SE e CPF/MF 283.108.455-53, Claudinete Lima da Silva Alves, brasileira, casada, contadora, portadora da CI- 346.288 SSP-SE e CPF 357.078.605-68 Josivan Resende, brasileiro, solteiro, escriturário, portador da CI - 1.245.909 SSP/SE e CPF 910.178.075-15 e Marcos Fabio Correia Mota, brasileiro, solteiro, escriturário, portador da CI - 1.411.039 SSP/SE e CPF/MF 799.659.545-34 Luiz Anselmo Silva Alves, brasileiro, casado, contador, portador da CI- 1.376.610 SSP/SE e CPF/MF 777.795.175-00 e Ednilson Feitosa da Silva, brasileiro, casado, contador, portador da CI- 930.632 SSP/SE e CPF/MF 575.109.205-82 ambos residentes nesta capital, com amplos poderes para representá-lo perante a Prefeitura Municipal, Receita Federal do Brasil, Procuradoria da Fazenda Nacional, Secretaria de Estado da Fazenda, INSS, Caixa Econômica Federal, Vigilância Sanitária, Ministério do Trabalho, podendo assinar formulários, requerer certidões, pagar valores e taxas, solicitar parcelamento, e enfim praticar todos os atos necessários ao inteiro cumprimento deste mandato. O que tudo se dará pôr bom firme e valioso.

Aracaju (SE), 31 de julho 2007.


 Cleusa de Siqueira Pinto
 Sócia Administradora

Cartório? <input type="checkbox"/> Círculo Aracaju-SE	Recebimento à Firma Cleusa de Siqueira Pinto
Nome do(s) Cliente(s) Mittiser Andaimes Equipamentos e Serviços Ltda	02 AGO 2007
PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SERGIPE	test. [assinatura] da Verdade

Documento de 2
pelo código de
RE 0038-388

Documento de 2
pelo código de
RE 0038-388

Conclui-se que a empresa tomou conhecimento de sua exclusão do regime do Simples, embora não tenha apresentado manifestação de inconformidade específica, optando por impugnar somente os Autos de Infração lavrados contra si, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento do direito de defesa e ofensa ao contraditório.

Do Indeferimento da diligência e perícia

O recorrente alega que requereu a juntada de cópia do processo criminal que a apura o roubo dos documentos fiscais sendo esta diligencia esta essencial para se efetuar juízo de valor acerca dos documentos fiscais, bem como sua legitimidade e sua eficácia

jurídica, uma vez que a empresa fora roubada em 2008 como tais documentos fiscais foram parar na Receita Federal, bem como a Perícia requerida serve para se comprovar a validade e autenticidade dos documentos em questão que são sem dúvida base de todo o processo Fiscal. Assim o indeferimento prejudicou a defesa sendo preliminarmente argüida a presente nulidade.

Verifica-se que não houve nenhum prejuízo à defesa da recorrente, pois se essa entendeu que seria essencial obter cópia do processo criminal, deveria ter empreendido todos os esforços para trazê-los aos autos, porém não o fez, mesmo em seu recurso voluntário. Não há correções a serem realizadas no procedimento da Autoridade Julgadora de 1ª Instância que indeferiu as solicitações de diligência e de perícia formuladas pela recorrente, por considerá-las desnecessárias, já que o processo contém todos os elementos para a formação da livre convicção do julgador, conforme o disposto no artigo 18 do Decreto nº 70.235, de 1972, que regula o Processo Administrativo Fiscal – PAF, transcrito a seguir:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 09 de dezembro de 1993).

Das supostas provas obtidas por meios ilícitos

O recorrente alega que os documentos que servem de base para o início da fiscalização são oriundos do roubo cometido contra a sua empresa por Renato Farias, fatos que, atualmente, são objeto de processo criminal nº 200821390884 da 11ª Vara Criminal de Aracaju, passando ao nº 201021300091, após o recebimento da denúncia. Argumenta que não há garantias de que estes documentos não foram adulterados com o intuito de prejudicá-la.

O procedimento fiscal tomou por base informação interna elaborada a partir de uma denúncia, contra a recorrente, de omissão de receitas de prestação de serviços. A denúncia veio acompanhada de cópias de diversas notas fiscais (1ª e 3ª vias), nas quais os valores constantes das primeiras vias, destinadas aos tomadores dos serviços, são bem superiores àqueles registrados nas terceiras vias;

O recorrente apenas apresentou à Fiscalização o Livro de Registro de ISS, declarando que os demais livros e documentos, inclusive as notas fiscais relativas à sua atividade, haviam sido roubadas pelo ex-cônjuge (sic), ao arrombar e invadir a empresa, conforme cópia de Boletim de Ocorrência de abril de 2008, anexada à fl. 141.

A Autoridade Fiscal intimou os clientes da recorrente – conforme relação à fl. 174 – para apresentar cópia das primeiras vias das notas fiscais relativas aos serviços prestados no período compreendido entre 2004 a 2006, verificando então que, em várias operações, restou comprovada a prática conhecida como “nota fiscal calçada”, em que o valor registrado na primeira via é bem maior do que o constante na terceira via, que fica de posse da prestadora de serviço, com base na qual seus livros contábeis e fiscais são escriturados, procedimento este caracterizado como crime contra a ordem tributária.

O recorrente refuta os argumentos do Fisco, alegando que não existem provas das irregularidades apontadas (“notas fiscais calçadas”) e que desconhece a existência das

citadas notas fiscais divergentes, que teriam sido roubadas da empresa, constituindo-se em provas ilícitas.

Ressalta-se que as cópias das notas fiscais (1ª e 3ª vias) trazidas aos autos em função da referida denúncia não se constituíram nas provas utilizadas para fundamentar os lançamentos ora analisados. Na verdade, serviram apenas como indícios para que o procedimento fiscal fosse aprofundado, por meio da circularização dos diversos clientes da Autuada, relacionados à fl. 174, que foram intimados, conforme Termos de Diligência Fiscal, às fls. 175 a 199 e 201 a 217, a apresentar cópia de todas as notas fiscais (1ª via) originais, relativas aos serviços contratados à empresa fiscalizada, no período de 2004 a 2006.

Deve ser rejeitada a preliminar de nulidade, considerando que os clientes da empresa foram intimados, a apresentar cópia de todas as notas fiscais (1ª via) originais, relativas aos serviços contratados à empresa fiscalizada.

Da ausência de provas da acusação

O recorrente alega que a comprovação da existência da infração deve ser inequívoca sob pena de se cometer uma injustiça, sendo tal comprovação de responsabilidade do Órgão Fiscalizador, foi assim que o legislador previu no ordenamento e que no caso em tela não aconteceu servindo de base para a presente preliminar. Há falta comprovação origem das notas fiscais divergentes e de quem fora a produção.

Para efeito de apuração da base de cálculo do imposto de renda (lucro arbitrado), foram consideradas as receitas conhecidas, representadas pelos valores apurados com base no Livro Registro de Apuração do ISS (3ª via das notas fiscais) e pelas receitas omitidas resultantes da diferença entre as notas fiscais de prestação de serviço fornecidas pelos clientes da Autuada (1ª via das notas fiscais) e os valores registrados no referido livro. Sobre as parcelas do imposto oriundas de tal diferença, relacionada à prática da “nota calçada”, foi aplicada a multa qualificada de 150%. O procedimento de apuração foi esclarecido e detalhado na decisão recorrida:

Convém esclarecer que as cópias das notas fiscais (1ª e 3ª vias) trazidas aos autos em função da referida denúncia não se constituíram nas provas utilizadas para fundamentar os lançamentos ora analisados. Na verdade, serviram apenas como indícios para que o procedimento fiscal fosse aprofundado, por meio da circularização dos diversos clientes da Autuada, relacionados à fl. 174, que foram intimados, conforme Termos de Diligência Fiscal, às fls. 175 a 199 e 201 a 217, a apresentar cópia de todas as notas fiscais (1ª via) originais, relativas aos serviços contratados à empresa fiscalizada, no período de 2004 a 2006.

De posse das notas fiscais fornecidas pelos clientes, constatou-se que elas eram idênticas às primeiras vias apresentadas pelo denunciante, sendo que os valores eram superiores aos constantes das terceiras vias. No entanto, estes últimos é que subsidiaram a escrituração do Livro Registro de Apuração do ISS, cujas cópias se encontram anexas, às fls. 301 a 361.

Desse modo, a omissão de receitas decorrente da prática de “notas calçadas” restou caracterizada com base nas notas fiscais apresentadas pelos clientes do sujeito passivo em confronto com o Livro Registro de Apuração do ISS

entregue pela própria Interessada, acarretando a aplicação da multa de ofício agravada, no percentual de 150%.

Assim, descabe a alegação de comprovação da origem das notas fiscais divergentes e de quem fora a produção.

Do Mérito

Do Arbitramento do Lucro

Após sua exclusão do Simples, pela “prática reiterada de infração à legislação”, espelhada no procedimento denominado “nota fiscal calçada”, nos termos do artigo 14, inciso V, da Lei nº 9.317, de 1996, surtindo efeitos a partir de 01/06/2004, consoante os artigos 15, inciso V, e 16 da mesma lei, e não dispondo de seus livros e documentos fiscais, que teriam sido roubados, segundo informou a Recorrente, juntando cópia de boletim de ocorrência policial, a Autoridade Fiscal procedeu ao arbitramento do lucro da pessoa jurídica.

O arbitramento levado a efeito pelo Fisco fundamentou-se no artigo 530, inciso II, do RIR/1999, que assim dispõe:

Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando:

(...);

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;

(...).

Ressalta-se que a tributação pelo Lucro Arbitrado não se caracteriza como penalidade. Tal tributação é aplicada quando o contribuinte não disponha dos documentos e livros de sua escrituração comercial e fiscal ou deixa de apresentá-los à fiscalização.

A base de cálculo do imposto – o lucro arbitrado – foi obtida pela utilização do percentual de 38,4% (trinta e oito inteiros e quatro décimos por cento), que nada mais é do que um percentual 20% (vinte por cento) superior ao adotado para o lucro presumido, que é de 32% (trinta e dois por cento), sobre a receita bruta conhecida – no caso, os valores registrados nas primeiras vias das notas fiscais, que refletiam o somatório dos valores escriturados no Livro Registro de Apuração do ISS e dos valores omitidos.

A Recorrente contesta também os critérios utilizados no arbitramento, que teriam majorado o montante do imposto apurado, estando em desacordo com o artigo 284 do RIR/1999.

Nesse ponto, cabe salientar que o dispositivo mencionado pela Requerente não se aplica ao presente caso, mas, refere-se apenas, como consta do próprio título apostado sobre o artigo, a “arbitramento de receita por indícios de omissão”. No caso concreto, trata-se de arbitramento de lucro com base em receitas provenientes da prestação de serviços, apuradas de acordo com a planilha de fls. 299 a 300, parte delas comprovadamente omitidas, conforme

confronto entre o Livro Registro de Apuração do ISS e as notas fiscais fornecidas pelos seus próprios clientes, consoante demonstrativo de fls. 222 a 223. Assim, o tratamento tributário a ser dado é o previsto no artigo 537 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1999), cuja matriz legal é o artigo 24 da Lei nº 9.249, de 1995, *verbis*:

Art. 24 – Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

§ 1º (...).

§ 2º. O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, da Contribuição para a Seguridade Social – COFINS e da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP.

§ 3º (...).

Da Alegação de decadência do crédito tributário

O recorrente alega que a prescrição do crédito tributário lançado referente aos fatos geradores do período de 2004. Com base nos artigos 173, 174 e 156 do Código Tributário Nacional.

Verifica-se que a impugnação suspendeu a exigibilidade do crédito tributário, impedindo, assim, o transcurso do prazo prescricional. Logo não ocorre o instituto da prescrição no presente lançamento.

Nota-se que embora o recorrente tenha citado a prescrição, provavelmente a sua intenção foi também alegar a decadência com base no artigo 173 do CTN. Tendo em vista a existência de omissão de receitas decorrente de situações nas quais restou caracterizada a existência de dolo por parte do sujeito passivo, a contagem do prazo da decadência deve ser feita com base no artigo 173, inciso I, do CTN, *in verbis*:

Art.173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

(...).

Ao aplicar-se a regra do Art. 173, inciso I, do CTN, a contagem de prazo, para lançamento dos tributos referentes aos fatos geradores do período de 2004, teria início em 01/01/2005 e o término do prazo em 31/12/2009. Tendo sido a ciência do lançamento em 11/12/2009 não estaria caracterizado a decadência.

Nota-se que a decisão entendeu que deveria ser aplicado o Art. 173, inciso I, do CTN, contudo cometeu um equívoco na contagem do prazo, utilizado a regra do art. 154 §4º do CTN, 5 (cinco anos) contados a partir do fato gerador.

Logo, temos que, na data da ciência dos lançamentos (11/12/2009), já se completara 5 (cinco) anos contados a partir da data dos fatos geradores ocorridos em 30/06/2004 e 30/09/2004, no caso do IRPJ e da CSLL, e 30/06/2004, 31/07/2004, 31/08/2004, 30/09/2004, 31/10/2004 e 30/11/2004, no caso do PIS e da COFINS.

Assim, resta configurada a decadência, em relação ao IRPJ e à CSLL dos 2º e 3º trimestres de 2004 e em relação ao PIS e à COFINS dos meses de junho a novembro de 2004, com exceção daqueles em que se configurou a presença de dolo, cuja decadência só começaria a ocorrer a partir de 31/12/2009, ou seja, em data posterior a ciência dos lançamentos. Portanto, remanescem, para efeito de cobrança, além de todas as parcelas dos tributos decorrentes da omissão de receitas, o IRPJ e a CSLL concernentes ao 4º trimestre de 2004 e aos quatro trimestres de 2005 e 2006, e o PIS e a COFINS referentes aos meses de dezembro de 2004 a dezembro de 2006.

Contudo, apesar do equívoco, não está sujeito a recurso de ofício os valores excluídos na decisão recorrida que reconheceu a decadência do crédito tributário referente ao IRPJ e à CSLL dos 2º e 3º trimestres de 2004 e ao PIS e à COFINS dos meses de junho a novembro de 2004. Logo não há reparos a fazer nos valores exonerados pela *Instância a quo*.

Conclusão

Ante o exposto, voto por rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão do SIMPLES e os lançamentos.

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias