



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

Processo nº 10640.000741/2010-99
Recurso nº De Ofício
Acórdão nº 1301-002.035 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de junho de 2016
Matéria EXCLUSÃO SIMPLES
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado BRASMARTIUNS COMÉRCIO IMPORT E EXPORT DE PRODUTOS DE BAZAR E PAPELARIA LTDA.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2005, 2006

SIMPLES. EXCLUSÃO SEM QUE SEJA EMITIDO O ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

O processo de exclusão do Simples deve ocorrer nos exatos termos instituídos pela Lei Nº 9.317/96, em seu art. 15, parágrafo 3º, ou seja, mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

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

Ano-calendário: 2005, 2006

EXCLUSÃO DE OFÍCIO

Materializadas as hipóteses de exclusão do Simples federal de comunicação obrigatória, sem que a contribuinte lograsse fazê-lo, há que se operá-la de ofício, sem O que não se sustentam os lançamentos, sob pena de ofensa à legislação pertinente e, em última análise, ao princípio da legalidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(documento assinado digitalmente)
Wilson Fernandes Guimarães - Presidente

(documento assinado digitalmente)
Hélio Eduardo de Paiva Araújo - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Waldir Veiga Rocha, Hélio Eduardo de Paiva Araújo, Paulo Jakson da Silva Lucas, José Eduardo Dornelas Souza, Flávio Franco Correa, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro e Wilson Fernandes Guimarães.

Relatório

BRASMARTIUNS COMÉRCIO IMPORT E EXPORT DE PRODUTOS DE BAZAR E PAPELARIA LTDA, já qualificada nestes autos, foi autuada e intimada a recolher crédito tributário no valor total de R\$ 1.688.267,57, discriminado no Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário do Processo, à fl. 2.

O relatório elaborado por ocasião do julgamento da lide em primeira instância bem descreve o ocorrido, pelo que peço vênha para transcrevê-lo, a seguir:

Pelos Autos de Infração de IRPJ-Simples (fls. 02/22), PIS-Simples (fls. 23/30), CSLL-Simples (fls. 31/37), COFINS-Simples (fls. 38/45) e INSS-Simples (fls. 46/52), foi constituído o crédito tributário no montante de R\$ 1.688.267,57 demonstrado à fl. 01.

Todos os lançamentos tiveram por lugar comum de motivação as infrações abaixo, constatadas a partir do Relatório Fiscal de fls. 53-86 integrante daqueles AIs:

- 1) omissão de receitas - diferença de receitas não escrituradas por prática de notas fiscais calçadas;
- 2) omissão de receitas - créditos bancários de origens não comprovadas;
- 3) insuficiência de recolhimento.

Às fls. 651-658, impugnação DA CONTRIBUINTE, na qual são aduzidas as seguintes razões de defesa, por artigos:

AUTUAÇÃO PELO REGIME DO SIMPLES ANO-CALENDÁRIO 2006

Se o agente fiscal entendeu que houve omissão de receita no ano-calendário-2005, deveria, no estrito cumprimento do dever, excluir a empresa do SIMPLES no ano-calendário 2006, através da publicação do competente ATO DECLARATÓRIO e conceder-lhe o direito, previsto na lei, de contestar a exclusão, para aí sim, decidir qual forma de tributação seria submetida a empresa (Lucro Presumido ou Lucro Real).

MULTA AGRAVADA E INTERPOSTA PESSOA

Para finalizar, o agravamento da multa foi, NO AUTO DE INFRAÇÃO, capitulada no inciso do art. II, do artigo 44, da Lei nº 9.430/96, que prevê um percentual de 50% [...] pela qual, sob qualquer enfoque que se analise a penalidade, deve ela ser reduzida para este percentual.

Às fls. 664-672, impugnação DO SUJEITO PASSIVO SOLIDÁRIO, Marcos Barros de Carvalho. Seus pontos de discordância assim encontram-se articulados:

PRELIMINARES

OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE DAS PARTES

[...] em momento algum fui informado sobre a existência da fiscalização e nem fui convocado para esclarecer qualquer ponto duvidoso levantado pela fiscalização.

A não obediência a tais princípios implica na anulação do processo, como decidiu o STF, em processo civil [...].

Destarte, o fato de agora, após a concretização do lançamento, me ser aberta a oportunidade de apresentar defesa não ilide o vício do processo, impondo-se, na esteira do decidido pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a desconsideração de todas as assertivas levantadas contra minha pessoa.

DO ÔNUS DA PROVA

[...] a jurisprudência administrativa e judicial tem repudiado, em nome da segurança jurídica, a tributação, o lançamento e a responsabilização baseada em mera suposição.

[...] Até mesmo nos casos de presunção de veracidade, o ônus da prova não se inverte, pois presunção não é certeza.

[...] o Relatório Fiscal menciona alguns fatos e a partir desses fatos tenta obstinadamente me ligar à direção e/ou propriedade da empresa, sem, todavia, conseguir apresentar qualquer prova conclusiva das assertivas levantadas.

DO RELATÓRIO FISCAL

Como não pude fazê-lo anteriormente, digo agora que há anos mantenho relações pessoal e comercial com os senhores Alexandre Albuquerque Tostes e Daniel José da Silva.

Ocorre que, relações de amizade e relações comerciais não se prestam, por si só, para vincular determinada pessoa à direção de uma empresa, de forma que, afirmo que jamais fui sócio da empresa BRASMARTIUNS.

Em relação ao nome “BRASMED citado no relatório do ilustre auditor, esclareço que a partir do mês de dezembro 2008, através de sua 10ª Alteração Contratual a ENDOIMAGEM passou a adotar o nome de fantasia de “BRASMED”, conforme Contrato de Cessão de Direitos de Utilização de Marca firmado com a Brasmartiuns, detentora da marca [...].

Como está devidamente comprovado pela própria fiscalização, sou sócio de fato e de direito da empresa ENDOIMAGEM [...] desde o ano de 1999, tendo me afastado da empresa no período de junho de 2000 à abril de 2004, período esse que me dediquei a explorar o ramo de eventos através da Casa Noturna apelidada de Casa do Forró [...].

Consta ainda do Relatório Fiscal que a fiscalização [...] também concluiu a fiscalização sobre a ENDOIMAGEM, a qual teve também o seu sigilo bancário quebrado, e um volume de movimentação financeira nos valores totalizados em 2005, 2006 e 2007 de R\$ 12.241.649,34 [...], suficiente para comprovar o volume movimentado por mim no mesmo período, contrariando a afirmativa do ilustre auditor.

Deduz a partir desses fatos, que:

a) a fiscalização, após examinar detalhadamente da movimentação bancária da empresa BRASMARTIUNS, não comprovou qualquer vinculação da referida sociedade com a minha pessoa;

b) a fiscalização não levantou qualquer indício de que os meus rendimentos, regularmente declarados ao Fisco, são incompatíveis com a minha atividade empresarial;

Às fls. 17 do Relatório Fiscal, o ilustre auditor assim escreve:

[...]

No texto ele afirma que está convicto de que a identidade de um dos reais administradores da empresa em certo período (e único administrador em outro período) teria sido encoberta por uma terceira pessoa.

Todavia, a fiscalização só agravou a multa em maio de 2006, quando segundo o próprio relatório às fls. 19, o Sr. Daniel José da Silva passou a figurar com 100% [...] das quotas da empresa Brasmartius, apesar de tal pessoa participar do quadro societário desde julho de 2002.

[...] conforme a Instrução Normativa 34/2001, em seu artigo 23 IV, “A constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não seja os verdadeiros sócios ou acionistas, ou o titular, no caso de firma individual”; é motivo de exclusão de simples.

[...] se a fiscalização estava convicta da existência de interposta pessoa desde a constituição da sociedade, deveria [...] proceder a exclusão da empresa do SIMPLES partir do ano-calendário 2005 (primeiro ano que ela foi autuada) através de ato declaratório específico, assegurando ao sujeito passivo o direito ao contraditório e a ampla defesa [...].

DO PEDIDO

[...] requeiro que meu nome seja excluído do rol das pessoas que supostamente seriam sócias da sociedade Brasmartius e que seja extraída do Processo de Representação Fiscal para fins Penais qualquer peça ventilado os fatos ora contestados.

A 2ª Turma da DRJ em Juiz de Fora (MG) analisou a impugnação apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 09-30.538, de 15/07/2010 (fls. 904/912), considerou improcedente o lançamento com a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005, 2006

NULIDADE. NORMAS PROCESSUAIS.

Não se cogita de nulidade processual, tampouco de nulidade do lançamento, ausentes as causas delineadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972.

LEGITIMIDADE PROCESSUAL PASSIVA.

São legitimados como interessados no processo administrativo, dentre outros, aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada. A seu turno, têm legitimidade para interpor recurso administrativo aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida.

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

Ano-calendário: 2005, 2006

EXCLUSÃO DE OFÍCIO

Materializadas as hipóteses de exclusão do Simples federal de comunicação obrigatória, sem que a contribuinte lograsse fazê-lo, há que se operá-la de ofício, sem o que não se sustentam os lançamentos, sob pena de ofensa à legislação pertinente e, em última análise, ao princípio da legalidade

Como o sujeito passivo foi exonerado de crédito tributário (principal mais multas) em valor superior ao limite de alçada (R\$1.000.000,00), a Turma Julgadora recorreu de ofício a este Colegiado. À época, esse procedimento era disciplinado pelo art. 34 do Decreto nº 70.235/1972, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.532/1997, e, ainda, pela Portaria MF nº 3/2008.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Hélio Eduardo de Paiva Araújo, Relator

Quanto à admissibilidade do recurso de ofício, deve-se ressaltar o teor do art. 1º da Portaria MF nº 3, de 03/01/2008, publicada no DOU de 07/01/2008, a seguir transcrito:

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

No caso em tela, ao somar os valores correspondentes a tributo e multa afastados em primeira instância, verifico que superam o limite de um milhão de reais, estabelecido pela norma em referência.

Portanto, o recurso de ofício é cabível, e dele conheço.

A fundamentação para a exoneração quanto ao crédito tributário lançado se deu em razão de não ter o Fisco procedido com a exclusão do Simples Federal através dos meios adequados (Ato Declaratório Executivo de Exclusão), seja em razão de se ter detectado prática reiterada de atividade "ilícita", seja por se ter atingido o limite máximo de receita bruta anual, passando a lançar os tributos devidos em outra sistemática sem que o referido ADE fosse publicado.

Não se discute nestes autos nem a interposição fraudulenta de pessoas jurídicas ("laranjas"), nem que o contribuinte atingiu o limite máximo de receita bruta anual em suas operações, o que, nos termos da lei, acarretaria sua exclusão obrigatória do regime tributário. O que se discute nestes autos é tão somente a falta de edição do Ato Declaratório Executivo de Exclusão por parte da autoridade lançadora, ato este que é requisito obrigatório para que se possa proceder com o lançamento em regime distinto daquele em que originalmente se encontrava o contribuinte.

Para o deslinde dessa questão, ora tida como preliminar, há que trazer à baila a dicção da Lei nº 9.317/1996, que assim dispõe em seus artigos abaixo:

Art. 12. A exclusão do SIMPLES será feita mediante comunicação pela pessoa jurídica ou de ofício.

[...]

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

IV - constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual;

[...]

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

I - a partir do ano-calendário subsequente, na hipótese de que trata o inciso I do art. 13;

II - a partir do mês subsequente ao em que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XVIII do art. 9º;

II - a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º desta Lei;

III - a partir do início de atividade da pessoa jurídica, sujeitando-a ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos impostos e contribuições, devidos de conformidade com as normas gerais de incidência, acrescidos, apenas, de juros de mora quando efetuado antes do início de procedimento de ofício, na hipótese do inciso II, "b", do art. 13;

IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;

V - a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior.

VI - a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência do ato declaratório de exclusão, nos casos dos incisos XV e XVI do caput do art. 9º desta Lei.

[...]

§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.

[...]

Art. 16º A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Inicialmente, ressalto que a lei previu duas maneiras de a pessoa jurídica ser excluída do regime do SIMPLES: por opção e/ou obrigatoriamente (de ofício).

Verifica-se ainda que, no caso de ser excluída de ofício pela autoridade administrativa, o que se dará através da publicação de Ato Declaratório específico, fica assegurado ao sujeito passivo o direito ao contraditório e a ampla defesa, nos termos do art. 15

acima transcrito. Doc. assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 21/06/2016 por HELIO EDUARDO DE PAIVA ARAUJO, Assinado digitalmente em 2

1/06/2016 por HELIO EDUARDO DE PAIVA ARAUJO, Assinado digitalmente em 21/06/2016 por WILSON FERNANDE

S GUIMARAES

Impresso em 21/06/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

No presente caso, a fiscalização apurou supostas omissões de receitas nos anos-calendário de 2005 e 2006, bem como utilização de interposta pessoa na estrutura societária do contribuinte, o que, de pronto legitimariam sua exclusão de ofício do regime de apuração conhecido como "Simples".

Destarte, se o agente fiscal entendeu estar diante de fatos que legitimassem a exclusão de ofício do contribuinte do referido regime de tributação, deveria, no estrito cumprimento do dever, excluir a empresa do SIMPLES, através da publicação do competente ATO DECLARATÓRIO e conceder-lhe o direito, previsto na lei, de contestar a exclusão, para aí sim, decidir qual a forma de tributação seria submetida a empresa (Lucro Presumido ou Lucro Real).

Desse modo, se o próprio agente fiscal diz que a empresa ultrapassou o limite de receita para permanecer no SIMPLES num determinado ano (no caso sob exame, o ano 2005), não pode ele próprio, tributá-la no ano subsequente no mesmo regime, ou seja, no regime do SIMPLES, sob pena de ofensa à lei que instituiu o referido sistema.

Ademais, se o mesmo agente aduz que o interessado fora constituído através do emprego de interposta pessoa, deveria, nos termos da lei de regência do simples ter procedido com a exclusão da mesma do regime a partir do mês em que ocorrida a interposição fraudulenta. Portanto, o lançamento como efetuado, não respeitou o procedimento previsto na lei (uma vez que não houve a emissão do Ato Declaratório).

Em resumo, tem-se que o processo de exclusão do Simples deve ocorrer nos exatos termos instituídos pela Lei 9.317/96, em seu art. 15, parágrafo 3º.

Portanto, não tendo sido obedecidos os preceitos legais impostos para a exclusão de ofício do Simples, não há como prosperar o lançamento efetuado, por mais minucioso que tenha sido o trabalho realizado pela Fiscalização.

Assim, não faço reparos ao quanto decidido em primeira instância, pois de fato houve exclusão do Simples sem que se desse a emissão do Ato Declaratório de Exclusão previsto em lei.

Por todo o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício.

Sala de Sessões, 07 de junho de 2016.

(documento assinado digitalmente)

Hélio Eduardo de Paiva Araújo, Relator

CÓPIA