



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10746.001196/2004-21
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-005.380 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 09 de março de 2021
Recorrente VENEZA PLAZA HOTEL LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2001, 2002

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE PARADIGMAS E ACÓRDÃO RECORRIDO.

Deixa de restar demonstrada a divergência jurisprudencial, quando os paradigmas apresentados não tratam de fatos similares aos apreciados no acórdão recorrido, o que impede o conhecimento do recurso especial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em não conhecer do Recurso Especial, vencidos os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Luiz Tadeu Matosinho Machado, que conheceram parcialmente do recurso e os Conselheiros Livia De Carli Germano, Luis Henrique Marotti Toselli e Alexandre Evaristo Pinto, que conheceram do recurso. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto as Conselheiras Edeli Pereira Bessa e Livia De Carli Germano.

Julgamento iniciado na reunião de janeiro/2021 e concluído na sessão do dia 09/03/2021, no período da manhã.

(documento assinado digitalmente)
Adriana Gomes Rêgo – Presidente

(documento assinado digitalmente)
Andrea Duek Simantob – Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Andrea Duek Simantob, Caio Cesar Nader Quintella, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Adriana Gomes Rêgo (Presidente)

Relatório

Trata-se de recurso especial apresentado por VENEZA PLAZA HOTEL LTDA. (e-fls. 339/393) contra o Acórdão n.º 1021-00.322, pelo qual a 1ª Turma Ordinária da Segunda Câmara da Primeira Seção do CARF, em sessão de julgamento de 1 de setembro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, negar provimento ao seu recurso voluntário, nos seguintes termos:

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

A decisão teve a seguinte ementa:

EXCLUSÃO DO SIMPLES. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. A Lei 9.317/96 não exige seja dado ao contribuinte o direito de defesa antes de sua exclusão do SIMPLES, sendo-lhe, entretanto, possível impugnar sua exclusão *ex post factum*, na forma estabelecida no referido diploma legal.

EXCLUSÃO DO SIMPLES POR REITERADA INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. Deixar de contabilizar conta corrente bancária e omitir a movimentação financeira do Fisco por dois exercícios consecutivos configura prática reiterada de infração à legislação tributária, autorizando sua exclusão do SIMPLES com fundamento no inc. II, art. 14, Lei 9.317/96.

O sujeito passivo foi cientificado dessa decisão, em 28/03/2011, como comprova o AR à e-fl. 338, e apresentou recurso especial em 11/04/2011, como demonstra o carimbo de protocolo à primeira folha da peça de defesa. Com o recurso pretende discutir a matéria assim identificada: **“padece de vício de nulidade, por cerceamento de defesa do direito de defesa, procedimento de exclusão do regime tributário diferenciado sob a denúncia de prática reiterada de infração à legislação tributária”**. Indicou como paradigmas o Acórdão n.º 303-34.220 e o Acórdão n.º 303-33.022.

Ao detalhar os fundamentos para a reforma do acórdão a contribuinte afirma, em síntese, que *“jamais fora autuada e encontra-se em plena regularidade com suas obrigações fiscais e previdenciárias, conforme certidões, nem seu faturamento extrapolou os limites teto admitido para enquadramento no regime especial do simples, nem se cogitou na autuação qualquer outra anomalia, senão a escrituração da movimentação bancária.”* Mas que *“tal fato, considerado isoladamente, não pode ser suficiente para exclusão, do SIMPLES, quando não evidenciado qualquer intuito de burlar a legislação fiscal, constituindo mera irregularidade”*. Entende que devem ser tomadas *“como plausíveis, as justificativas apresentadas, posto que não constituem embaraços à administração fazendária, que dispunha de meios legais para obtenção das referidas movimentações.”*

Considera ter atendido devidamente às intimações para apresentação de livros contábeis e fiscais, sendo razoável a justificativa da demora pela ausência do sócio na ocasião. Mas que devem ser tomadas por atendidas as solicitações. No que respeita a forma de escrituração, aduz que a Receita Federal admite o lançamento por partidas, *desde que não excedam à mensalidade, transportando para o livro diário somente os totais mensais, tudo isso dentro do processo de escrita simplificada e favorecida às empresas optante pelo SIMPLES, que enquadram-se no tratamento tributário diferenciado da Constituição Federal.*

E sobre a recusa em apresentar os extratos bancários, argumenta:

Ao tempo da notificação acima, a exatoria fiscal, possuía nos seus arquivos toda a movimentação bancária do contribuinte, externado que fora no Termo de Intimação e Constatação (13/12/2004), quando se solicitou apresentação dos esclarecimentos sobre a Movimentação Financeira anexando-as à referida intimação, portanto, não se pode ter por configurado embaraço à Ao tempo da notificação acima, a exatoria fiscal, possuía nos seus arquivos toda a movimentação bancária do contribuinte, externado que fora no Termo de Intimação e Constatação (13/12/2004), quando se solicitou apresentação dos esclarecimentos sobre a Movimentação Financeira anexando-as à referida intimação, portanto, não se pode ter por configurado embaraço à fiscalização.

Eventual atraso na entrega da movimentação financeira pelo banco HSBG, noticiado pela autoridade administrativa, não pode ser creditada ao Contribuinte. Ademais, basta conferir no Termo de Intimação e Constatação, que o fisco encontrava-se de posse da movimentação bancária.

Desse modo, nenhum prejuízo restou a agente fazendário, que possuía todas as informações relativas a movimentação financeira, através meios corriqueiros admitidos na prática de fiscalização, não sendo nenhum obstáculo ou embaraço à regular fiscalização.

Reitera não haver “qualquer movimentação incompatível com os valores declarados”, pois “os valores indicados na movimentação financeira representam o somatório de todos e quaisquer valores lançados nas respectivas contas bancárias, obtido através dos extratos bancários, não sendo suscetível de constituir base de arbitramento de rendas auferidas, nem denotam qualquer sonegação”. Reafirma que não tem qualquer antecedente fiscal e assim deve-se considerar sua “primariedade”.

Requer ao final: (i) seja admitido e no mérito provido o recurso, para a reforma da decisão recorrida, “reconhecendo Afronta ao devido Processo Legal, caracterizando, por conseguinte o cerceamento de defesa do contribuinte”; (ii) como consequência reconheça também a improcedência da exigência fiscal contida no auto de infração; (iii) seja-lhe garantido o direito da parte de realizar sustentação oral.

Pelo despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 570/571, deu-se seguimento ao recurso, nos seguintes termos:

Trata-se de examinar a admissibilidade de recurso especial de divergência interposto por VENEZA PLAZA HOTEL LTDA. contra o Acórdão no 1201-00.322, de 16 de Outubro de 2010, proferido pela 2ª Câmara, da 1ª Turma Ordinária, do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF (fls. 331/333), mediante o qual foi negado provimento ao recurso voluntário interposto pela contribuinte, por unanimidade de votos.

A contribuinte interpôs recurso especial (fls. 339/353), em 11/04/2011, em relação à intimação de decisão sobre o não provimento do recurso voluntário datada de 28/03/2011, portanto, tempestivamente, em face do Acórdão no 1201-00.322, assim ementado:

Assunto: Simples

Ementa:

EXCLUSÃO DO SIMPLES. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA.

A Lei nº 9.317/96 não exige que seja dado ao contribuinte o direito de defesa antes de sua exclusão do SIMPLES, sendo-lhe, entretanto, possível impugnar sua exclusão ex post factum, na forma estabelecida do referido diploma legal.

EXCLUSÃO DO SIMPLES POR REITERADA INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Deixar de contabilizar conta corrente bancária e omitir a movimentação financeira do Fisco por dois exercícios consecutivos configura prática reiterada de infração à legislação tributária, autorizando sua exclusão do SIMPLES com fundamento no inc. II, art. 14, Lei 9.317/96.

Da leitura das fls. 339 a 353 do recurso especial, constata-se que a Recorrente trouxe ao processo paradigmas sobre a questão da nulidade do ato que a exclui do SIMPLES, além de decisão da Terceira Câmara sobre a matéria em si.

Por considerar atendidos os requisitos de admissibilidade do recurso especial (art. 67 do RICARF), opino pelo **SEGUIMENTO** do recurso especial do Contribuinte

A PGFN foi intimada da decisão recorrida, do recurso especial do sujeito passivo e do despacho que o admitiu e apresentou contrarrazões (e-fls. 573/582). Preliminarmente, contesta o seguimento do recurso especial por entender que o paradigma, por tratar de situação fática distinta, não caracterizaria a divergência suscitada. No mérito, lembra *a veracidade da informação fiscal no sentido de que o contribuinte não escriturou toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária, no Livro Caixa*, fato que teria sido reconhecido pela própria contribuinte e não impugnado. Afirma que o legislador determinou a exclusão da empresa da sistemática simplificada quando inobservada a obrigatoriedade de manutenção de, no mínimo, Livro Caixa, contendo escrituração de toda movimentação financeira, inclusive bancária. E prossegue:

[...]

Ocorre que, como já mencionado, o inciso II do art. 14 da Lei nº 9.317/96 está a merecer interpretação lógico-sistemática e de forma não dissociada desse conjunto de normas e da finalidade do regime. Como já ficou consagrado, os “**livros e documentos a que estiver obrigada**” a que alude o referido dispositivo, deve ser interpretado à luz do que dispõe o art. 7º do mesmo diploma, que estabelece quais são esses livros e documentos obrigatórios. Reza a norma que “A microempresa e a empresa de pequeno porte ficam dispensadas de escrituração comercial **desde que mantenham, em boa ordem e guarda** e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes: a) **Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária;**”.

Ou seja, bastasse a mera existência e apresentação do Livro Caixa, estaria satisfeita a norma, mas o legislador destacou expressamente que, além de estar em boa ordem e

guarda, o Livro Caixa deverá conter a escrituração de toda a movimentação financeira, inclusive bancária.

Então, como dissociar a interpretação do inciso II do art. 14 e do art. 7º, inciso I, ambos da Lei nº 9.317/96?

Nesse quadro, fica devidamente demonstrado que a infração descrita pela fiscalização se subsume ao disposto no inciso II, do art. 14 da Lei nº 9.317/96, razão pela qual merece reforma o acórdão recorrido.

Pede, ao fim, seja não conhecido o recurso ou, acaso conhecido, que no mérito seja-lhe negado provimento, *mantendo-se o acórdão proferido pela eg. Turma a quo por seus próprios fundamentos, bem como com fundamento nas razões expendidas acima.*

É o relatório.

Voto

Conselheira Andrea Duek Simantob, Relatora.

1 Conhecimento

A contribuinte foi cientificada da decisão recorrida, em 28/03/2011, como demonstra o AR à e-fl. 338, e apresentou recurso especial em 11/04/2011, conforme informa o carimbo de protocolo da repartição fiscal à primeira folha da peça de defesa, de modo que o recurso é tempestivo.

A PGFN discorda, em contrarrazões, do conhecimento do recurso em razão de que o paradigma apresentado não trataria de situação fática semelhante.

O despacho de exame de admissibilidade pronunciou-se pelo seguimento do apelo sem, contudo, promover, efetivamente, uma análise acerca da observância dos requisitos regimentais de admissibilidade e da caracterização da divergência, nem sequer pela comparação, ao menos, com as ementas dos paradigmas.

Portanto, iniciando a análise no tocante ao conhecimento do recurso especial interposto, vale dizer que a recorrente deduz os seguintes argumentos no intento de demonstrar divergência jurisprudencial entre a decisão recorrida e o paradigma que indica:

Para cumprir a formalidade da alínea "a" acima, passamos a reproduzir a ementa do acórdão do presente processo, sob a lavra da 2ª Câmara/1ª Turma Ordinária, que está assim redigida:

EXCLUSÃO DO SIMPLES. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. A Lei 9.317/96 **não exige seja dado ao contribuinte o direito de defesa antes de sua exclusão do SIMPLES**, sendo-lhe, entretanto, possível impugnar sua exclusão ex post factum, na forma estabelecida no referido diploma legal. (grifei)

EXCLUSÃO DO SIMPLES POR REITERADA INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. Deixar de contabilizar conta corrente bancária e omitir a movimentação financeira do Fisco por dois exercícios consecutivos **configura prática reiterada de infração à legislação tributária, autorizando sua exclusão do SIMPLES** com fundamento no inc.II, art.14, Lei 9.317/96. (grifei)

Agora vejamos o Acórdão da Terceira Câmara, onde por UNANIMIDADE, foi nulo o processo por cerceamento do direito de defesa como adiante se vê:

Câmara: TERCEIRA CÂMARA

Número do Processo 10920.002837/2004-05

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO

Recorrida/Interessado: DRJ-FLORIANOPOLIS/SC

Data da Sessão: 29/03/2007 14:00:00

Relator: TARÁSIO CAMPELO BORGES

Decisão Acórdão 303-34220

Resultado APU - **ANULADO POR UNANIMIDADE** (grifei)

Texto da Decisão : Por unanimidade de votos, declarou-se a nulidade do processo a partir do primeiro despacho da folha 44.

Ementa: Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003.

Ementa: Simples. Exclusão. Prática reiterada de infração à legislação tributária.

A exclusão de pessoa jurídica do Simples **pressupõe certeza quanto ao motivo**. Padece de **vício de nulidade**, por **cerceamento do direito de defesa**, procedimento de exclusão do regime tributário diferenciado sob a denúncia de prática reiterada de infração à legislação tributária, cujo **dies ad quem para inauguração da lide é antecedente à formalização da exigência fiscal** inerente às denunciadas infrações à legislação tributária. Processo que, se declara nulo a partir do primeiro despacho da folha 44, inclusive. (grifei)

A divergência de interpretação das normas quanto à exclusão de pessoa jurídica do Simples pela leitura do acórdão acima, pressupõe certeza quanto ao motivo. Por unanimidade entendeu os nobres conselheiros que padece de vício de nulidade, por cerceamento do direito de defesa, procedimento de exclusão do regime tributário diferenciado sob a denúncia de prática reiterada de infração à legislação tributária.

A ementa do presente processo funda suas razões de que "não exige seja dado ao contribuinte o direito de defesa antes de sua exclusão do simples..." e a ementa que serve de paradigma diz que padece de vício de nulidade, por cerceamento de defesa do direito de defesa, o procedimento de exclusão do simples por denúncia de prática reiterada de infração, o que terá que ser pacificado e unificado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais.

"A interessada obedeceu a todos os mandamentos da legislação aplicável às empresas optantes do SIMPLES, e forneceu à fiscalização todos os documentos exigíveis pela

legislação, pelo que fica claro que jamais incorreu em embaraço à fiscalização. Somente se caracteriza legalmente como embaraço à fiscalização a negativa não justificada de apresentar livros e documentos a que a contribuinte estiver obrigada. Se não estiver obrigada a manter tais livros ou documentos, não cabe ser suscitada a figura do embaraço, posto que eventual negativa seria justificada. Descaracterizada a causa excludente deve ser anulado o ADE. Presentes todas as condições para a opção pelo SIMPLES e, considerando que os atos da empresa, declarações e recolhimentos sempre deixaram clara sua intenção de opção, nada obsta a sua manutenção no regime simplificado."(Processo nº 10325.004298/2004/20, Recurso 132902, Acórdão nº 303-33.022),

De posse dos documentos bancários a exigência adicional de sua apresentação, constitui um excesso do agente fazendário, no exercício de suas atividades de fiscalização. Cumpridas todas as demais condições do enquadramento no SIMPLES, mostra-se de excessivo rigor, impor apresentação dos extratos de que tinha posse a exatoria.

Assim, restou muito bem demonstrada e devidamente fundamentada a divergência do tribunal administrativo sobre o prazo exclusão do simples, inclusive com a indicação de dois acórdãos em sentido contrário, cujas cópias de publicação são anexadas ao presente recurso especial.

Adentrando à análise dos acórdãos recorrido e paradigma, de início, entendo que deva ser trazido ao conhecimento as duas situações objeto de recurso especial: cerceamento do direito de defesa do procedimento de exclusão (seja qual fosse o motivo desta exclusão – prática reiterada ou qualquer outro) e do embaraço à fiscalização.

Como se vê das alegações acima, a recorrente assegura que a decisão recorrida afirmou que "**não exige seja dado ao contribuinte o direito de defesa antes de sua exclusão do simples...**", pretendendo comparar tal "tese" com "a ementa que serve de paradigma que diz que padece de **vício de nulidade**, por **cerceamento de defesa do direito de defesa**, o procedimento de exclusão do simples por denúncia de prática reiterada de infração".

Todavia, como pode-se conferir pelos trechos antes colacionados, a decisão recorrida não afirmou em nenhum momento que "**não exige seja dado ao contribuinte o direito de defesa antes de sua exclusão do simples...**".

Assim dispôs a decisão recorrida sobre a preliminar de cerceamento ao direito de defesa:

"(...) é necessário afastar a preliminar de cerceamento ao direito de defesa quando da prolação da decisão que excluiu o recorrente do SIMPLES, em atendimento ao princípio do devido processo legal.

Analisando os autos, nota-se que o despacho decisório está devidamente fundamentado, amparado que foi pelas conclusões e recomendações do Parecer SACAT n. 1222/2004.

De tudo foi o interessado cientificado, sendo-lhe facultada a apresentação de manifestação de inconformidade, processada e julgada pela DRJ.

Regularmente intimado daquela decisão, apresentou o recurso voluntário ora em julgamento.

Vê-se que o devido processo legal fixado na Lei n. 9.317/1996 foi integralmente respeitado, tendo o recorrente tido ampla possibilidade de apresentar defesa.

Afasto a preliminar."

Não tratou a decisão recorrida de mitigação dos efeitos do procedimento de exclusão, como o contribuinte trouxe em seu recurso especial. O acórdão recorrido, simplesmente, afastou a preliminar de cerceamento ao direito de defesa pelo fato de o despacho decisório estar devidamente fundamentado e amparado no Parecer Seort.

Assim, realmente, não vejo como agregar a similitude fática neste contexto entre o recorrido e o primeiro paradigma. As situações são bem diversas, em que pese a motivação de ambos (fato subsidiário) estar calcada na prática reiterada.

Ou seja, antes de adentrarmos ao segundo passo (motivo da exclusão) o conjunto fático entre recorrido e paradigma, a meu ver, são dissonantes.

Um traz como fundamento para negar o cerceamento a fundamentação correta do respectivo ato e o outro (paradigma) não se chegou sequer a verificar a fundamentação, já esgotando o caso no descompasso na cronologia dos procedimentos.

Segue trecho do primeiro acórdão paradigma (303-34.220):

(...) As infrações à legislação tributária motivadoras a exclusão da pessoa jurídica do Simples deram origem ao processo (...), no qual se exige o crédito tributário relacionado àquelas infrações. No entanto, a própria numeração deste processo administrativo revela a sua constituição no ano de 2005, quando já esgotado o prazo para oferecimento de manifestação de inconformidade relativa ao procedimento de exclusão, em 19 de dezembro de 2004.

Portanto, como a certeza quanto ao motivo da exclusão é dependente do julgamento daquele processo identificado no parágrafo imediatamente anterior, em sede de preliminar, entendo caracterizado cerceamento do direito de defesa pelo descompasso na cronologia dos procedimentos.

Portanto, fica claro, que, naquele caso, o processo administrativo para exclusão do SIMPLES foi formalizado **após a lavratura e a formalização do processo administrativo que cuidou dos lançamentos para exigência de tributos** sob outra forma de apuração em razão da exclusão do SIMPLES.

Para que não reste dúvida a respeito da distinção entre os fatos apreciados por cada uma das decisões comparadas, transcreve-se novamente a ementa do paradigma, seguida do inteiro teor do voto nele proferido:

Muito bem. No caso dos autos a recorrente aponta como divergência o tratamento do vício de nulidade, por cerceamento ao direito de defesa, ou seja o contribuinte se insurge em sede de recurso especial sobre o rito de defesa antes da sua exclusão e traz o paradigma 303-34.220 para confirmar a sua tese.

Repare-se que o voto é claro ao declinar os fundamentos para decretar a nulidade do procedimento de exclusão do SIMPLES. Aquela turma considerou que o sujeito passivo teve cerceado o seu direito de defesa em razão de o processo administrativo de exclusão do SIMPLES ter sido formalizado depois da lavratura dos autos de infração que exigiram tributos sob outra forma de apuração - o que deveria resultar do processo de exclusão, e não anteceder-lo. E tal situação não ocorreu no presente caso, de forma que este paradigma não é apto a caracterizar a divergência arguida pela recorrente.

No tocante à segunda divergência apontada pela interessada: Prática reiterada, vale dizer que o despacho de admissibilidade sequer a analisou, afirmando apenas que “a Recorrente trouxe ao processo paradigmas **sobre a questão da nulidade do ato** que a exclui do Simples, além de decisão da Terceira Câmara sobre a matéria em si.”

Na verdade, o despacho de admissibilidade do recurso especial (fls. 570/571) não trouxe a lume qualquer análise sobre a matéria objeto da segunda divergência, até pelo fato de no especial o contribuinte trazer como paradigma situação adstrita ao embaraço à fiscalização e não sobre a prática reiterada.

Vejamos, inicialmente, a ementa do segundo paradigma trazido para confirmar a divergência:

Acórdão nº 303-33.022

LEGALIDADE. INDEVIDA EXCLUSÃO POR **EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO**. A interessada obedeceu a todos os mandamentos da legislação aplicável às empresas optantes do SIMPLES, e forneceu à fiscalização todos os documentos exigíveis pela legislação, pelo que fica claro que jamais incorreu em embaraço à fiscalização. Somente se caracteriza legalmente como embaraço à fiscalização a negativa não justificada de apresentar livros e documentos a que a contribuinte estiver obrigada. Se não estiver obrigada a manter tais livros ou documentos, não cabe ser suscitada a figura do embaraço, posto que eventual negativa seria justificada. Descaracterizada a causa excludente deve ser anulado o ADE. Presentes todas as condições para a opção pelo SIMPLES e, considerando que os atos da empresa, declarações e recolhimentos sempre deixaram clara sua intenção de opção, nada obsta a sua manutenção no regime simplificado. Recurso voluntário provido.

Ora, a ementa deste paradigma trata de embaraço à fiscalização e a matéria arguida em sede de recurso especial é a prática reiterada.

Ou seja, outra temática, que sequer foi abordada pelo recorrido, que apenas tratou como suficiente o aspecto da prática reiterada, assim como o contribuinte no bojo do seu recurso especial, ab initio. Contudo, para demonstrar a divergência, traz como paradigma acórdão que versa unicamente sobre a constatação de embaraço à fiscalização, apesar de se referir à exclusão do simples, trazendo como problemática questão específica sobre exibição de livros a que não estava obrigada à época e não acerca da sua movimentação bancária, fato obrigatório, mesmo para as empresas em regime simplificado.

Vejamos a situação consignada no voto do paradigma:

[...]

Conheço o recurso, que trata de matéria de competência deste Colegiado e é tempestivo.

No caso concreto verifica-se que o ato declaratório foi expedido em 1 6/0 6/2 004.

È princípio geral de direito que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer o que não esteja expressamente previsto em lei.

Há nos autos a informação de que com relação ao ano-calendário 2000, antes de optar pelo SIMPLES (em 2002), a empresa apresentou declaração com base no lucro real.

Em 2004, pretendeu a fiscalização que entre os livros de escrituração estivesse o LALUR. Se o objeto da fiscalização fosse o ano 2000, por certo que seria exigível o LALUR referente especificamente àquele exercício. Pode até ser que fosse o caso de se chegar à necessidade de arbitramento do lucro tributável, mas não foi esse o desdobramento. (grifei)

A exclusão da empresa do regime do SIMPLES, após 2002, pela falta de LALUR para os exercícios subsequentes à opção pelo SIMPLES, simplesmente não faz sentido.

As empresas optantes pelo SIMPLES, a partir de sua opção, estão obrigadas a manter os livros e documentos especificados na lei de regência. A interessada obedeceu a todos os mandamentos da legislação aplicável às empresas optantes do SIMPLES, e forneceu à fiscalização todos os documentos exigíveis pela legislação, pelo que fica claro que jamais incorreu em embaraço à fiscalização.

Somente se caracteriza legalmente como embaraço à fiscalização a negativa não justificada de apresentar livros e documentos a que a contribuinte estiver obrigada. Se não estiver obrigada a manter tais livros ou documentos, não cabe ser suscitada a figura do embaraço, posto que eventual negativa seria justificada. (grifei)

Descaracterizada a causa excludente deve ser anulado o ADE. Estando presentes todas as condições para a opção pelo SIMPLES e, considerando que os atos da empresa, declarações e recolhimentos sempre deixaram clara sua intenção de opção, nada obsta a sua manutenção no regime simplificado.

[...]

No caso dos autos a matéria a ter por análise da divergência jurisprudencial deveria ser a prática reiterada, para devolver a matéria ao exame da CSRF e não no que concerne ao embaraço à fiscalização. Na verdade, se assim fosse, deveria o contribuinte opor embargos de declaração à decisão recorrida, o que não aconteceu.

Portanto, não há como confirmar qualquer semelhança entre as matérias Não há como saber se o colegiado paradigmático decidiria de forma diversa, se o contribuinte estivesse obrigado a apresentar documentação, escrituração e livros **a que estava obrigada** e não o fez. Os assuntos tratados são diversos.

Por todo o exposto, **não conheço do recurso especial.**

(documento assinado digitalmente)

Andrea Duek Simantob

Fl. 11 do Acórdão n.º 9101-005.380 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 10746.001196/2004-21

Declaração de Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

O litígio presente nestes autos trata de exclusão do SIMPLES Federal motivada por: i) embargo à fiscalização por recusa na entrega de extratos bancários (art. 14, inciso II da Lei nº 9.317/96; ii) prática reiterada de infração à legislação fiscal, por falta de contabilização da movimentação bancária nos períodos dos anos-calendário 2001 e 2002 (art. 14, inciso V da Lei nº 9.317/96, conforme relatado na Representação às e-fls. 1/2. O ato de exclusão à e-fl. 89/92 teve efeitos a partir de 01/01/2001, na forma do art. 15, inciso V da Lei nº 9.317/96.

O Colegiado *a quo* afastou a preliminar de nulidade por cerceamento ao direito de defesa e negou provimento ao recurso voluntário reconhecendo a existência de infração reiterada à legislação tributária por falta de contabilização da movimentação financeira por dois exercícios consecutivos, e afirmou desnecessário analisar o outro fundamento apontado para exclusão.

Em seu recurso especial, a Contribuinte reproduziu a ementa do paradigma nº 303-34.220 e afirmou o dissídio jurisprudencial porque *a ementa do presente processo funda suas razões de que "não se exige seja dado ao contribuinte o direito de defesa antes de sua exclusão do simples..." e a ementa que serve de paradigma diz que padece de vício de nulidade, por cerceamento de defesa do direito de defesa, o procedimento de exclusão do simples por denúncia de prática reiterada de infração, o que terá que ser pacificado e unificado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais.*

Na sequência, a Contribuinte expôs trecho de outro paradigma – Acórdão nº 303-33.022 – consignando que:

[...]

"A interessada obedeceu a todos os mandamentos da legislação aplicável às empresas optantes do SIMPLES, e forneceu à fiscalização todos os documentos exigíveis pela legislação, pelo que fica claro que jamais incorreu em embargo à fiscalização. Somente se caracteriza legalmente como embargo à fiscalização a negativa não justificada de apresentar livros e documentos a que a contribuinte estiver obrigada. Se não estiver obrigada a manter tais livros ou documentos, não cabe ser suscitada a figura do embargo, posto que eventual negativa seria justificada. Descaracterizada a causa excludente deve ser anulado o ADE. Presentes todas as condições para a opção pelo SIMPLES e, considerando que os atos da empresa, declarações e recolhimentos sempre deixaram clara sua intenção de opção, nada obsta a sua manutenção no regime simplificado."(Processo nº 10325.004298/2004/20, Recurso 132902, Acórdão nº 303-33.022),

De posse dos documentos bancários a exigência adicional de sua apresentação, constitui um excesso do agente fazendário, no exercício de suas atividades de fiscalização. Cumpridas todas as demais condições do enquadramento no SIMPLES, mostra-se de excessivo rigor, impor apresentação dos extratos de que tinha posse a exatoria.

Assim, restou muito bem demonstrada e devidamente fundamentada a divergência do tribunal administrativo sobre o prazo exclusão do simples, inclusive com a indicação de dois acórdãos em sentido contrário, cujas cópias de publicação são anexadas ao presente recurso especial.

O exame de admissibilidade, de forma sumária, deu seguimento ao recurso especial com base nos dois paradigmas. A PGFN, de seu lado, pretendeu-se a demonstrar a inexistência de similitude fática apenas em relação ao primeiro paradigma.

Neste cenário, o segundo paradigma deve ser descartado porque trata da impossibilidade exclusão do SIMPLES por embaraço à fiscalização e esta matéria não foi abordada no acórdão recorrido. Logo, carece de prequestionamento na forma do art. 67, §3º do Anexo II do Regimento Interno do CARF - RICARF na versão vigente à época da interposição do recurso especial aprovada pela Portaria MF nº 256/2009, assim como no art. 67, §5º do Anexo II do RICARF atual, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015.

Já com referência ao primeiro paradigma, tratava-se ali, também, de exclusão do SIMPLES, com efeitos a partir de 01/01/2001, *sob denúncia de prática reiterada de infração à legislação tributária*. O sujeito passivo arguiu a *nulidade do ato declaratório de exclusão tanto pela falta de descrição do fato que constituiu a infração quanto pela falta da produção de provas de sua ocorrência*, e o Colegiado do CARF entendeu que as *infrações à legislação tributária motivadoras da exclusão* somente foram constituídas em processo posterior à exclusão, *quando já esgotado o prazo para oferecimento de manifestação de inconformidade relativa ao procedimento de exclusão*. Afirmou-se, assim, o cerceamento do direito de defesa porque *a certeza quanto ao motivo da exclusão é dependente do julgamento do processo posteriormente formalizado*.

No presente caso, a exclusão foi cientificada à Contribuinte em 17/12/2004, ela apresentou manifestação de inconformidade em 17/01/2005, e a mencionada falta de contabilização da movimentação bancária nos períodos dos anos-calendário 2001 e 2002 resultou na presunção de omissão de receitas a partir de depósitos bancários de origem não comprovada e consequentes exigências tributárias objeto do outro processo em pauta nesta sessão de julgamento, nº 10746.000173/2005-81, cientificado à Contribuinte em 20/04/2005.

É certo que o paradigma não detalha quais foram as infrações que, sob prática reiterada, motivaram o ato de exclusão e o lançamento posteriormente formalizado, mas deixa patente que a infração reiterada resultou em crédito tributário passível de questionamento administrativo. E, no presente caso, há clara correspondência entre a infração de não contabilizar a movimentação financeira em 2001 e 2002 e a presunção de omissão de receitas a partir de depósitos bancários de origem não comprovada apontada como infração no lançamento posterior à exclusão. Ainda que a falta de contabilização de contas bancárias não seja o indício elegido pela lei para presunção de omissão de receitas, aquela ocorrência, associada à falta de comprovação da origem dos depósitos bancários por outro meio, conduz à infração que motiva a exigência tributária. Esta correspondência, portanto, também indicada genericamente no paradigma, é suficiente para estabelecer a similitude fática entre os casos comparados e evidenciar o dissídio jurisprudencial acerca da possibilidade de exclusão do Simples Federal por prática reiterada de infração que somente motiva lançamento tributário depois de expirado o prazo de defesa administrativa contra o ato de exclusão.

Por tais razões, o recurso especial da Contribuinte deve ser CONHECIDO PARCIALMENTE, excluindo-se a irresignação quanto à exclusão do por embaraço à fiscalização.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheira Livia De Carli Germano

Optei por apresentar a presente declaração de voto para esclarecer as razões pelas quais, com a devida vênia ao entendimento que acabou por prevalecer na Turma, orientei meu voto para conhecer do recurso especial.

E isso por ter uma leitura diferente do próprio recurso veiculado pelo sujeito passivo. É que, diferentemente da i. Relatora, compreendo que não há duas matérias no recurso, ou seja, compreendo que o Recorrente não pretende discutir duas matérias em seu apelo especial.

Não discordo que o voto condutor do acórdão recorrido, este sim, menciona dois fundamentos de mérito (*cerceamento do direito de defesa do procedimento de exclusão do SIMPLES e embaraço à fiscalização*), mas vejo o recurso do sujeito passivo como estando exclusivamente baseado em questão preliminar, qual seja, a alegação de nulidade do procedimento – aventada desde seu recurso voluntário, como bem observou a i. Relatora:

(...)

No recurso voluntário, em um único parágrafo (e-fl. 285), a contribuinte fez menção a uma possível inobservância do processo legal e do contraditório:

3. Mérito

3.1 - Opção pelo Simples e Regularidade Fiscal

Consoante se verifica pela intimação nº 425/2004 procedeu-se de forma sumária a EXCLUSÃO do SIMPLES por força da decisão administrativa exteriorizada no ADE nº 35/2004, sem que, para tanto houvesse o processo administrativo de exclusão, contrariando assim o devido processo legal e o contraditório regular (Art. 15, §3º, lei 9.137/96).

(...)

Sob esse prisma, observo que o voto condutor do acórdão recorrido supera tal alegação de nulidade do procedimento, e por isso passa à análise das duas situações acima mencionadas (quais sejam: *cerceamento do direito de defesa do procedimento de exclusão e embaraço à fiscalização*).

Especificamente: a decisão recorrida considerou irrelevante, para fins da análise da alegação de nulidade, a questão de haver ou não processo administrativo anterior. Neste sentido, considerou que o caso era de prática reiterada, independentemente da verificação acerca da existência ou não de procedimento prévio.

Por outro lado, o paradigma considerou que, para que se possa falar em prática reiterada, é necessário que tenha havido procedimento prévio -- e, por isso, foi analisar o caso concreto ali referido, as datas, etc.

É sob tal perspectiva que, entendo, o Recorrente pretendeu caracterizar o dissenso jurisprudencial, a meu ver com sucesso.

E, com a devida vênia, entendo que a divergência jurisprudencial também foi assim compreendida pelo despacho de admissibilidade de fls. 570/571, que ressaltou que a alegação foi de nulidade do procedimento (grifamos):

Trata-se de examinar a admissibilidade de recurso especial de divergência interposto por VENEZA PLAZA HOTEL LTDA. contra o Acórdão no 1201-00.322, de 16 de Outubro de 2010, proferido pela 2ª Câmara, da 1ª Turma Ordinária, do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF (fls. 331/333), mediante o qual foi negado provimento ao recurso voluntário interposto pela contribuinte, por unanimidade de votos.

A contribuinte interpôs recurso especial (fls. 339/353), em 11/04/2011, em relação à intimação de decisão sobre o não provimento do recurso voluntário datada de 28/03/2011, portanto, tempestivamente, em face do Acórdão no 1201-00.322, assim ementado:

Assunto: Simples

Ementa: EXCLUSÃO DO SIMPLES. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA.

A Lei nº 9.317/96 não exige que seja dado ao contribuinte o direito de defesa antes de sua exclusão do SIMPLES, sendo-lhe, entretanto, possível impugnar sua exclusão ex post factum, na forma estabelecida do referido diploma legal.

EXCLUSÃO DO SIMPLES POR REITERADA INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Deixar de contabilizar conta corrente bancária e omitir a movimentação financeira do Fisco por dois exercícios consecutivos configura prática reiterada de infração à legislação tributária, autorizando sua exclusão do SIMPLES com fundamento no inc. II, art. 14, Lei 9.317/96.

Da leitura das fls. 339 a 353 do recurso especial, constata-se que a Recorrente **trouxe ao processo paradigmas sobre a questão da nulidade do ato que a exclui do SIMPLES**, além de decisão da Terceira Câmara sobre a matéria em si.

Por considerar atendidos os requisitos de admissibilidade do recurso especial (art. 67 do RICARF), opino pelo **SEGUIMENTO** do recurso especial do Contribuinte

Sob tal perspectiva, compreendo como plenamente caracterizada a divergência jurisprudencial, quanto à preliminar de nulidade (alegada no recurso voluntário e superada pelo acórdão recorrido, que só por isso passou à análise de questões de mérito).

Daí porque, novamente pedindo licença aos respeitáveis entendimentos em contrário, orientei meu voto para conhecer do recurso especial.

É a declaração.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

