



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº 10920.002836/2004-52
Recurso nº 138.989
Assunto Solicitação de Diligência
Resolução nº 303-01.463
Data 13 de agosto de 2008
Recorrente NOTEBOOK INFORMÁTICA LTDA. ME
Recorrida DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

R E S O L U Ç Ã O Nº 303-01.01.463

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência à Repartição de Origem, nos termos do voto do relator.


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Nanci Gama, Luis Marcelo Guerra de Castro, Vanessa Albuquerque Valente, Heroldes Bahr Neto, Celso Lopes Pereira Neto e Tarásio Campelo Borges.

RELATÓRIO

Trata-se de Manifestação de Inconformidade apresentada pelo contribuinte face ao Ato Declaratório de Exclusão - ADE n.º 066, de 17/11/2004 (fl. 47), em razão de *“prática reiterada de infração à legislação tributária, conforme o disposto no inciso V do artigo 14º da Lei n.º 9.317/96, e demais informações contidas no processo administrativo n.º 10920.002836/2004-52”*.

A presente lide teve início com a ação fiscalizatória (fls. 1/14), na constatou-se que as seguintes vedações à opção Simples:

1. a não escrituração dos livros caixa de acordo com a legislação;
2. em razão da negativa de apresentar os dados bancários da empresa, assim como a negativa em reescrever o livro caixa de acordo com art. 190 da RIR/99 foram utilizados, a fim de apurar a receita bruta os extratos bancários enviados pelos Bancos BRADESCO e ITAÚ;
3. o contribuinte auferiu receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 nos anos de 2002 e 2003, sendo respectivamente de R\$1.967.942,87 (um milhão novecentos e sessenta e sete mil e novecentos e quarenta e dois reais e oitenta e sete centavos) e R\$ 5.081.318,62 (cinco milhões e oitenta e um mil e trezentos e dezoito reais e sessenta e dois centavos), reiteradamente, razão pela qual concluiu como necessária a exclusão de ofício, a partir de 01/01/2002.

Instrui a referida ação fiscalizatória as fls. 15/45 cópia do processo n.º 10920.000419/2004-75 (fls. 15/45).

O presente foi encaminhado à Seção de Controle e Acompanhamento Tributário – SACAT em Joinville (fl. 46), que através do r. Auditor Fiscal propôs a emissão do Ato Declaratório Executivo (fls. 47) para exclusão do contribuinte no SIMPLES, tendo em

vista as “diversas situações impeditivas à permanência na sistemática simplificada”, constatadas às fls. 01 a 14.

Cientificado do Ato Declaratório de Exclusão, o contribuinte apresentou a Manifestação de Inconformidade às fls. 50/58, na qual alega em síntese que:

1. Não constam no ADE os fatos praticados pelo contribuinte que ensejaram a sua exclusão do Simples;
2. A simples expressão “*por prática reiterada de infração à legislação tributária*” não é suficiente para um ato administrativo ter validade, exigindo-se a descrição do fato praticado pelo contribuinte que denotasse a aplicação da norma, desta forma garantindo o princípio do contraditório e da ampla defesa;
3. O auto de infração é nulo por não conter a descrição do fato, conforme estabelecido no Decreto nº 70.235 de 06/03/72, em seu artigo 10, inciso III;
4. No processo administrativo, há necessidade de constar na acusação a narração dos fatos indicados como ilícitos, a fim de que o acusado possa fazer uso do contraditório e da ampla defesa, uma vez que sem a ciência dos fatos tidos por ilegais, torna-se inviável a apresentação de resposta;
5. A Receita Federal não observou a necessidade da narração dos fatos imputados ao contribuinte, limitou-se tão somente a impor o desenquadramento do contribuinte do Simples sem motivação, não descrevendo os fatos que levaram à sua conclusão;
6. Compara o presente caso com a situação hipotética de um indivíduo acusado de praticar o crime previsto no art. 21 do CP, cuja pena é a reclusão, de 6 a 20 anos. Diante do explanado, não há como o acusado se defender sem saber os fatos que a ele foram imputados, impedido de fazer uso de sua garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa. É necessária a narração dos fatos para que o acusado possa defender-se com base na alegação dos fatos a ele imputados;
7. Não há como exercer o direito constitucional do contraditório e da ampla defesa baseado no presente ADE, tendo em vista a ausência da descrição dos fatos e das

circunstâncias pertinentes que levaram à conclusão praticou reiteradamente infrações à legislação tributária;

8. Não constam indícios probatórios confirmando a acusação de praticou reiteradamente infrações à legislação tributária;
9. A fim de corroborar seus argumentos cita estudo desenvolvido por Raquel Cavalcanti Ramos Machado, que esclarece caber ao fisco o ônus da prova em processos administrativos, já que é autor do processo;
10. Diante do estudo supracitado, extraiu-se algumas conclusões, quais sejam:
 - Para que um ato tenha presunção de validade ele necessita ser formalmente válido;
 - O ato que não conter descrição dos fatos e a indicação do dispositivo legal aplicado não é legítimo;
 - Assim sendo, o ADE do Simples que não possuir os requisitos acima expostos não são válidos;
 - Ademais, o autor do processo administrativo é o fisco, cabendo o ônus da prova a quem alega, devendo fundamentar e comprovar a ocorrência do fato gerador para que possa cobrar determinado tributo;

Do exposto, requer a declaração da improcedência do “Ato Declaratório”, determinando sua permanência no Simples, e no caso de procedência do Ato Declaratório, requer sejam os efeitos da exclusão operados a partir da ciência deste.

Para corroborar seus argumentos colaciona trechos doutrinários e jurisprudência dos Egrégios Tribunais Superiores.

Anexa aos autos cópia dos documentos de fls. 59/68, quais sejam: Procuração (fl. 59); Alterações Contratuais (fls. 60/65) e Contrato Social (fls. 66/68).

Encaminhados os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis/SC, a solicitação do contribuinte restou indeferida (fls. 70/75), conforme a seguinte ementa (fls. 70):

“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples

Ano-calendário: 2002, 2003

Ementa: Prática Reiterada de Infração à Legislação. Exclusão. Descrição dos fatos.

Os fatos que motivaram a exclusão da empresa do Simples encontram-se descritos na Proposta de Exclusão, peça fiscal que consta nos autos do presente processo, o qual é mencionado expressamente no Ato Declaratório de Exclusão.

As empresas optantes pelo Simples estão dispensadas de escrituração comercial, mas devem, dentre outras condições, manter Livro Caixa com toda a movimentação financeira e bancária. Se a empresa, por dois anos seguidos, não escritura seu Livro Caixa desta forma, além de ignorar explicar a origem dos créditos bancários em montantes superiores às receitas declaradas e ao limite legal para permanência no sistema, cabível a sua exclusão de ofício.

Solicitação Indeferida”.

Inconformado, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário à fls. 76/91, no qual reitera os argumentos já apresentados e acrescenta os seguintes:

1.A Lei nº 9.317/96, em seu artigo 15 parágrafo 3º, determina em suma, que a exclusão de ofício dar-se-á observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo. Desta forma, os requisitos estabelecidos no Decreto nº 70.235/72, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, devem ser observados no ADE por disposição expressa de lei;

2. Diante do Decreto nº 70.235/72 (artigo 10, III), interpretado sistematicamente com o parágrafo 3º do artigo 15 da Lei nº 9.317/96, o ADE é nulo;

3. O argumento do Relator no Processo Administrativo, de que o ADE justificou a exclusão do contribuinte vinculando o dispositivo legal às informações contidas no processo não deve ser admitido, uma vez que há expressa necessidade de descrição dos fatos na peça que imputa uma consequência ao contribuinte;

4. No processo de fiscalização, além de outros requisitos, deve haver a descrição dos fatos no auto de infração, sob pena de nulidade;

5. Para que o ADE seja válido deve conter a descrição dos fatos tidos por contrários à legislação tributária, motivando o ato administrativo. Logo, não deve o ADE fazer menção a documentos do procedimento;

7. Não se pode exigir que o contribuinte deduza os fatos ensejadores a exclusão do Simples, analisando os elementos constantes nos autos;

8. O Relator do presente processo administrativo fundamentou sua decisão com base em provas extraídas de outro processo administrativo de nº 10920.000172/2005-78;

9. Outrossim, o ADE em questão foi emitido em 19.11.2004, já o processo administrativo de nº 10920.000172/2005-78, teve sua constituição apenas em fevereiro de 2005;

10. Diante do Princípio da Presunção de Inocência, o Relator não poderia argumentar matéria constante em

outro procedimento administrativo, que sequer havia sido concluído, o que torna nulo o presente ADE;

11.O E. Conselho de Contribuintes que se posicionam pela nulidade do procedimento fiscal de lançamento de tributos enquanto pendente questão para julgamento;

12. É dever da administração pública aplicar o Direito Positivo vigente nos julgamentos de sua competência, inclusive analisando possíveis inconstitucionalidades;

13.Os estudiosos do direito posicionam-se no sentido de que todo o direito deve ser observado no processo administrativo, desde a Constituição Federal até as legislações infraconstitucionais, podendo as inconstitucionalidades ser declaradas na esfera do Executivo;.

Transcreve trechos de monografias, entendimentos doutrinários e decisões do Conselho de Contribuintes, que posicionam-se favoravelmente ao acima alegado.

Diante do exposto, requer a declaração de improcedência do “Ato Declaratório”, determinando a permanência do contribuinte no Simples, ou, no caso de procedência , sejam os efeitos da exclusão operados a partir da data da ciência do Ato Declaratório.

Anexa aos autos os documentos de fls. 92/136, dentre estes: Procuração (fl. 93); Relação de bens e direito para arrolamento e respectivas notas fiscais (fls. 94/136).

Como o Aviso de Recebimento não foi localizado, a SACAT propôs que o Recurso Voluntário seja considerado tempestivo (fls. 138).

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro em 18/06/2008, em único volume, constando numeração até à fl. 138, penúltima.

Desnecessário o encaminhamento do processo à Procuradoria da Fazenda Nacional para ciência quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, nos termos da Portaria MF nº 314, de 25/08/99.

É o relatório.



VOTO

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Relator

Presentes os requisitos de admissibilidade, tempestividade e matéria de competência deste 3º Conselho de Contribuintes, conhecimento do Recurso Voluntário.

Cabe ressaltar que o cerne da questão encontra-se na exclusão do Simples, com efeitos a partir de 01/01/2002, conforme Ato Declaratório Executivo nº03 (fls. 31), de 15/02/2006, em virtude de exercício de prática reiterada de infração à legislação tributária, com fundamento, respectivamente, no inciso XIII, inciso V, art. 14, ambos da Lei nº 9.317/96.

Consta também, na referida ação fiscal, que o contribuinte reiteradamente auferiu receita bruta superior a R\$ 1.200.000.00, ensejando sua exclusão, com fundamento na IN nº 355 de 29/08/2003.

Com efeito, a legislação do Simples veda a prática reiterada de infração à legislação tributária, conforme o artigo 14 da Lei nº 9.317/96, *in verbis*:

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

(...)

V – prática reiterada de infração à legislação tributária;"

Sendo o mesmo disposto no art. 29, inciso V e VIII, da Lei Complementar 123/2005, *in verbis*:

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

(...)

V – tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

(...)

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

Ocorre que a redação do art. 9º, inciso II, restou modificada (estabelecia que a receita global não poderia ultrapassar R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais)), tendo em vista alterações na Lei nº 9.317/96, advindas da Lei nº 11.196/2005.

Da nova redação, considera-se “empresa de pequeno porte a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais)”.

Nestes termos, o limite pertinente à receita bruta que garante ao contribuinte direito de opção ao Simples também restou alterado, passando o artigo 9º, da Lei nº 9.317/96, à seguinte redação:

“Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

...

*II – na condição de empresa de pequeno porte que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a **R\$ 2.400.000,00** (dois milhões e quatrocentos mil reais);”(Redação dada pela Lei nº 11.307/2006). grifei*

Neste sentido, verifica-se da “*Informação Fiscal Proposta Exclusão Simples*” de fls. 01/14, que o contribuinte, além de não ter escriturado a sua movimentação financeira no Livro Caixa (mesmo após intimação para reescrituração), também, segundo demonstrado, ultrapassou a receita bruta permitida legalmente, auferindo nos anos de 2002 e

2003, respectivamente, os valores de R\$ 1.967.942,87 e R\$ 5.081.318,62, o que ensejou a sua exclusão.

Como se vê, um dos fundamentos para a exclusão do contribuinte do Simples se deu com base na movimentação financeira da empresa fornecida pelos Bancos Bradesco e Itaú, no entanto, em que pese os r. auditores fiscais demonstrarem, com bases na informações prestadas junto às instituições mencionadas acima, os valores da receita bruta apurados através dos extratos bancários, estes não foram juntados aos autos.

Assim sendo, como não se encontram presentes nos autos quaisquer demonstrativo das movimentações financeiras da empresa Notebook Informática Ltda. ME, os quais entendo imprescindíveis ao julgamento da presente lide, e em respeito ao princípio da verdade material, entendo por mais justo converter o julgamento em diligência à repartição de origem, para que a autoridade competente apresente as devidas movimentações financeiras da referida empresa que levaram à apuração dos valores indicados nestes autos.

Por oportuno, informe a referida autoridade se contra esta empresa foram lavrados outros autos de infração relacionados com a presente exclusão.

Outrossim, intime-se o contribuinte para que se manifeste acerca dos termos da diligência e para que apresente Declarações do Imposto de Renda referente aos exercícios dos anos 2001 e 2002 (anos-calendários 2002 e 2003, respectivamente).

É como voto.

Sala das Sessões, em 13 de agosto de 2008.


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator