



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

Processo n° 10935.722212/2012-04
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1102-001.005 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 5 de dezembro de 2013
Matéria Simples Nacional. Exclusão. Arbitramento.
Recorrente TORRES, POPENGA E CIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

NULIDADE DE DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE PROVAS. DECISÃO BASEADA EM PREMISSA FALSA.

Apresenta vício de nulidade o julgado proferido com preterição ao direito de defesa, caracterizado pela ausência de análise de documentos juntados à impugnação/manifestação de inconformidade, bem como pela fundamentação baseada em uma premissa inexistente de fato.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, declarar a nulidade do acórdão recorrido, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé – Presidente e Relator.

Participaram do julgamento os conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, José Evande Carvalho Araujo, Marcelo Baeta Ippolito, Ricardo Marozzi Gregório, João Carlos de Figueiredo Neto, e Moisés Giacomelli Nunes da Silva.

Relatório

O processo versa sobre a exclusão do contribuinte TORRES, POPENGA E CIA LTDA do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01.07.2007, e dos lançamentos de

ofício do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ e reflexos (Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL) que lhe seguiram, efetivados na modalidade do lucro arbitrado.

Originariamente os processos eram distintos, constando os referidos lançamentos de ofício no Processo nº 10.935.722.244/2012-00, entretanto, foram posteriormente (mas antes do julgamento pela autoridade julgadora *a quo*) reunidos no presente.

No Termo de Representação para exclusão do Simples Nacional (fls. 2-11) detalha a fiscalização os motivos que conduziram à expedição do Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 005/2012, de 18.09.2012 (fls. 897).

Foram dois os motivos apontados: (i) ter deixado de escriturar a movimentação bancária; e (ii) ter auferido receita bruta em valor superior ao limite para permanência no regime. Pelo segundo motivo, sua exclusão surtiria efeitos a partir de janeiro de 2008, contudo, pelo primeiro motivo, sua exclusão retroagiu a 01.07.2007.

O contribuinte apresentou os extratos bancários de sua movimentação financeira, em atendimento a intimação fiscal para este fim.

De acordo com o relato contido no Termo de Verificação Fiscal (fls. 1276-1686), a fiscalização excluiu os valores que, pelo histórico do extrato bancário, denotavam não se tratar de receita (estornos, devoluções de cheques, resgates de aplicações, empréstimos e financiamentos, etc) e intimou a empresa a comprovar a origem dos demais créditos havidos. A fiscalizada não respondeu à intimação. Numa segunda intimação a respeito, apresentou alguns contratos de empréstimos bancários, os quais comprovaram a origem de apenas alguns créditos, restando a maior parte não comprovados.

A fiscalização constatou que a empresa informava em suas Declarações Anuais do Simples Nacional – DASN valores de receita bruta inferiores aos que constavam em sua escrituração comercial, conforme se expõe na tabela abaixo:

Período	Receita Bruta Informada DASN	Receita Bruta Escriturada
2º Sem-2007	400.234,28	788.348,01
2008	784.693,79	1.340.583,78
2009	831.995,00	1.244.113,12
2010	1.005.061,30	1.414.541,85
2011	1.497.824,00	3.163.574,56

A fiscalização também constatou que a empresa não escriturou a movimentação bancária relativa à conta mantida no Banco do Brasil (a conta de maior movimentação) nos anos de 2007, 2008, 2010 e 2011, limitando-se a escriturar apenas a movimentação bancária nos Bancos HSBC e SICOOB, de menor expressividade, naqueles períodos. E que, no ano de 2009, embora tenha escriturado a movimentação bancária no Banco do Brasil, esta se revelou muito superior (créditos totais de R\$ 6.179.811,32) à receita declarada.

Tendo em vista a exclusão da empresa do Simples Nacional, e o disposto no art. 32, §2º da LC nº 123/2006, a fiscalização intimou-a para que declinasse sua opção pela forma de tributação (Lucro Presumido, Lucro Real trimestral ou anual).

Registrou a fiscalização que a empresa não se pronunciou sobre a intimação, e que, não tendo ela manifestado qualquer opção por alguma forma de tributação, tacitamente aceitou o arbitramento. O arbitramento foi justificado com base no art. 530, inciso II, alínea 'a', do RIR/99 (imprestabilidade da escrituração para identificar a efetiva movimentação financeira), tendo em vista que a sua movimentação financeira bancária não fora escriturada na conta Bancos, e tampouco fora possível identificá-la na conta Caixa.

As receitas declaradas pela empresa nas declarações simplificadas (DASN) respectivas (receitas de vendas e receitas de prestação de serviços) foram tributadas pelo lucro arbitrado por meio dos percentuais específicos a cada atividade e subtraídas do montante dos depósitos bancários cuja origem não foi comprovada, ao entendimento de que já estariam incluídas no montante da movimentação bancária. Com relação à parcela da receita omitida, por não haver esclarecimentos quanto à sua origem, foi utilizado o percentual de arbitramento mais elevado, correspondente à prestação de serviços.

Os valores declarados no Simples Nacional foram aproveitados no lançamento de ofício. Sobre todos os valores lançados a multa de ofício cominada foi de 75%.

A ciência da exclusão do Simples Nacional ocorreu em 21.09.2012, e, dos lançamentos de ofício, em 17.11.2012.

Tempestivamente, o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade contra a exclusão (fls. 1220-1382) e contra os lançamentos de ofício (fls. 2847-2915), cujos argumentos sintetizo a seguir:

Quanto à exclusão

Preliminares:

- a) nulidade da exclusão por não ter o termo de exclusão sido registrado no portal do Simples Nacional, conforme previsto no artigo 4º da Resolução do CGNS nº 15 de 23/07/2007, com as alterações da Resolução CGSN nº 23, de 16/11/2007, bem como em razão de não ter sido aguardado o fim do processo administrativo instaurado para que fossem conferidos efeitos à exclusão.
- b) nulidade do procedimento por falta de comunicação acerca da prorrogação do prazo do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, conforme determina o artigo 9º da Portaria RFB nº 3.014, de 24/06/2011, circunstância que faz com que o contribuinte se sinta coagido, caracterizando ofensa ao devido processo legal, ao contraditório e ampla defesa, e ao princípio da legalidade;
- c) nulidade do procedimento por falta de alteração do MPF para inclusão do Simples Nacional, conforme determina o artigo 7º, §1º, da mesma Portaria;

Mérito:

- d) falta de fundamentação legal para a exclusão e não subsunção da situação de fato aos dispositivos invocados, pois: i) não houve falta na escrituração do livro caixa (a empresa apresentou os livros solicitados pelo fisco), e não houve falta de identificação da movimentação bancária (a empresa apresentou seus extratos bancários), e ii) não houve a suposta falta de comunicação da exclusão obrigatória, a hipótese utilizada pelo fisco é de exclusão por desrespeito ao limite de receita bruta permitida em razão das omissões de receita constatadas, cujo enquadramento legal correto seria o § 9º do artigo 3º da LC 123/2006, dispositivo não invocado pelo fisco;
- e) decadência do direito de lançar, relativa aos meses de julho, agosto e setembro de 2007, e consequente impossibilidade de considerar a receita supostamente omitida destes meses para o cálculo da receita total auferida no período de apuração considerado (julho a dezembro de 2007), o que faz com que a empresa fique dentro do limite estabelecido pela legislação de regência, e torna nula a exclusão efetuada;
- f) duplicidade de cômputo, na autuação, das receitas escrituradas, posto que a movimentação bancária foi somada à receita escriturada mas não declarada (vide tabela que instrui o item 4.13 do Termo de Representação Administrativa, às fls.8 do processo), isto é, foi considerado pela fiscalização que toda a receita escriturada da empresa foi movimentada pela conta Caixa, sem passar por bancos, o que é um absurdo;
- g) impossibilidade de fazer a juntada integral da documentação comprobatória, em razão de o Diário e demais documentos (exceto os extratos bancários, que foram devolvidos) ainda se encontrarem em poder da fiscalização;
- h) existência de equívocos na apuração dos valores omitidos, que serão oportunamente demonstrados, e necessidade de exclusão de outros valores da base de cálculo da omissão de receitas, conforme planilhas (empréstimos, desconto de títulos, cheques descontados, empréstimos de sócios – transferências e depósitos on line, desbloqueio de depósitos);
- i) necessidade de recomposição das receitas e da verificação quanto aos eventuais efeitos sobre a sua exclusão.

Quanto aos lançamentos de ofício

Preliminar:

- j) necessidade de reunião de todos os processos decorrentes da ação fiscal para o julgamento em conjunto: processos 10935.722212/2012-04 (exclusão do Simples Nacional), 10935.722244/2012-00 (lançamentos de ofício do IRPJ e reflexos), 10935.722242/2012-11 (lançamento das contribuições previdenciárias de julho/2007 a dezembro/2008), e 10935.722432/2012-57 (contribuições previdenciárias de janeiro/2009 a dezembro/2011), de modo a preservar a segurança jurídica e evitar decisões conflitantes;

Mérito:

- k) a impossibilidade do lançamento de ofício depois de protocolada a manifestação de inconformidade com efeito suspensivo contra o Termo de Exclusão do Simples Nacional;
- l) subsidiariamente, a inaplicabilidade da multa de ofício, caso se considere que o presente lançamento tenha ocorrido para fins de prevenir a decadência, uma vez que se encontrava suspensa a exigibilidade dos débitos;
- m) decadência dos fatos geradores ocorridos nos meses de julho e agosto de 2007;
- n) não subsunção da situação de fato aos dispositivos invocados para fundamentar a exclusão (letra 'd' acima);
- o) não superação do limite para permanência no regime em 2007, ante a comprovação da origem de parte da movimentação bancária, da decadência parcial, e duplicidade de cômputo das receitas escrituradas;
- p) ausência de explicação para o fato de a fiscalização ter descontado do valor de movimentação bancária o valor de receita declarada, mas não ter procedido da mesma forma com relação ao valor de receita não declarada, estando tanto uma quanto a outra escrituradas;
- q) quanto ao §9º do art. 3º, caso não se entenda pela sua aplicação com base na redação original da LC 123/06, que prevê a exclusão por excesso ao limite no ano-calendário seguinte, e se entenda pela sua aplicação com base na nova redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 2011, que prevê a exclusão por excesso ao limite no mês subsequente à ocorrência do excesso, exceto se o excesso não for superior a 20%, é importante identificar exatamente o mês em que se deu o excesso, para só então estabelecer o início dos efeitos da exclusão, o que a autoridade fiscal não fez, limitando-se a excluir a contribuinte com efeitos retroativos ao mês de julho de 2007;
- r) quanto ao PIS e à COFINS, erro no enquadramento legal, e necessidade de exclusão do ICMS das suas bases de cálculo;
- s) não incidência de juros sobre a multa de ofício;
- t) impossibilidade da utilização do arbitramento como forma de apuração, pois, embora a empresa não tenha contabilizado a conta Bancos, sua escrituração não apresenta fraudes, vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para identificar o que nela está disposto, ademais, a movimentação bancária é plenamente identificável por meio dos extratos apresentados;
- u) ilegal desconsideração da forma de apuração adotada por opção da empresa, e, subsidiariamente, obrigatoriedade da fiscalização de adotar o lucro real, e não o arbitrado, quando desconsidera a opção da empresa.

Analisando a peça de defesa, a 2ª Turma de Julgamento da DRJ/Curitiba julgou-a parcialmente procedente, proferindo o Acórdão nº 06-39.942, cuja ementa encontra-se assim redigida:

“Assunto: Simples Nacional

Período de apuração: 01/07/2007 a 31/12/2011

EXCLUSÃO DO SIMPLES. PRAZO DECADENCIAL.

O ato de exclusão ex officio do Simples constitui procedimento destinado a alterar o regime tributário a que se submete o contribuinte, medida esta que deverá ser implementada pela autoridade fiscal, no momento em que verificar quaisquer das condições impeditivas previstas na Lei Complementar nº 123 de 2006. Todavia, a eventual constituição de crédito tributário estará sujeita aos prazos de decadência estabelecidos no CTN.

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. ESCRITURAÇÃO QUE NÃO PERMITE IDENTIFICAR A MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA.

Restando comprovado que a escrituração mantida pela contribuinte não permite identificar a movimentação financeira, principalmente bancária, caracterizando afronta ao inciso VIII do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006 que instituiu o regime simplificado, é de se julgar procedente o Termo que determinou sua exclusão ao benefício.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2007

DECADÊNCIA

Impõem-se reconhecer decaído o direito de a Fazenda Pública efetuar o lançamento para exigir tributos relativos aos meses de julho, agosto e setembro de 2007, tendo em vista que a ciência do lançamento ocorreu em 17/11/2012.

MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA.

A multa de ofício integra a obrigação tributária principal e, por conseguinte, o crédito tributário, sendo legítima a incidência dos juros de mora.

INCONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS LEGAIS. DISCUSSÃO

As autoridades administrativas não podem negar aplicação às leis regularmente emanadas do Poder Legislativo. O exame da constitucionalidade ou legalidade das leis é tarefa estritamente reservada ao Poder Judiciário.

CITAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA OU DOUTRINA.

No julgamento de primeira instância, a autoridade administrativa observará apenas a legislação de regência, assim como o entendimento da Receita Federal do Brasil (RFB), expresso em atos normativos de observância obrigatória, não estando vinculada às decisões administrativas ou judiciais proferidas em processos dos quais não participe o interessado ou que não possuam eficácia erga omnes, e nem a opiniões doutrinárias sobre determinadas matérias.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

PROTESTO PELA JUNTADA DE NOVOS DOCUMENTOS E PELA PRODUÇÃO DE PROVAS.

O protesto pela juntada de novos documentos aos autos, deve ser fundamentado e concomitante à apresentação da correspondente documentação, ficando prejudicado, destarte, o pedido efetuado no desfecho da peça impugnatória, no sentido de posterior juntada de documentos, frisando-se que, até a data do presente julgamento, o suplicante não trouxe qualquer documentação adicional que pudesse justificar o referido pedido.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. FALTA DE INDICAÇÃO DO TRIBUTOS FISCALIZADO. NULIDADE DE LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA.

Mesmo que restasse caracterizada a falta de indicação do tributo ou contribuição no Mandado de Procedimento Fiscal, instrumento de controle interno da administração tributária, não constituiria causa à nulidade do lançamento.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL CIÊNCIA DAS PRORROGAÇÕES VIA INTERNET. PREVISÃO LEGAL.

A ciência pelo sujeito passivo das prorrogações e demais alterações no curso do procedimento se dá por intermédio da Internet, mediante a utilização de código de acesso consignado no termo que formalizar o início do procedimento fiscal.

PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONEXÃO. JULGAMENTO CONJUNTO. LIMITAÇÃO À COMPETÊNCIA QUANTO À MATÉRIA DESIGNADA A CADA TURMA DE JULGAMENTO

As normas que regem o processo administrativo fiscal não trazem a previsão de julgamento conjunto de processos distintos. Todavia, tratando-se de processos relativos aos mesmos fatos, eles devem ser distribuídos preferencialmente para a mesma Turma de Julgamento, em atendimento ao princípio da eficiência no serviço público e evitando-se a prolação de decisões conflitantes sobre os mesmos fatos, observada a limitação quanto à matéria designada via Portaria específica a cada uma das Turmas de Julgamento que compõem a DRJ.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2007, 31/03/2008, 30/06/2008, 30/09/2008, 31/12/2008, 31/03/2009, 30/06/2009, 30/09/2009, 31/12/2009, 31/03/2010, 30/06/2010, 30/09/2010, 31/12/2010, 31/03/2011, 30/06/2011, 30/09/2011, 31/12/2011

ARBITRAMENTO DO LUCRO.

A falta de escrituração da movimentação financeira registrada em contas-correntes bancárias demonstra a existência de falhas na escrituração contábil da pessoa jurídica, autorizando o arbitramento do lucro, no caso presente, com base na receita bruta conhecida, composta por receitas escrituradas e receitas omitidas.

LIVROS FISCAIS. MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. INSUFICIÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO. OMISSÃO DE RECEITA. CARACTERIZAÇÃO.

Configura omissão de receita a escrituração insuficiente, nos correspondentes livros comerciais/fiscais das receitas auferidas pelo contribuinte e verificadas em sua movimentação bancária.

CRÉDITOS BANCÁRIOS.

Por expressa previsão legal caracterizam-se omissão de receita os valores creditados em contas de depósito mantidas juntos a instituições financeiras, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Data do fato gerador: 31/12/2007, 31/03/2008, 30/06/2008, 30/09/2008, 31/12/2008, 31/03/2009, 30/06/2009, 30/09/2009, 31/12/2009, 31/03/2010, 30/06/2010, 30/09/2010, 31/12/2010, 31/03/2011, 30/06/2011, 30/09/2011, 31/12/2011

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS

Na apuração da base de cálculo do PIS/Pasep é incabível a exclusão do ICMS.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

Data do fato gerador: 31/12/2007, 31/03/2008, 30/06/2008, 30/09/2008, 31/12/2008, 31/03/2009, 30/06/2009, 30/09/2009, 31/12/2009, 31/03/2010, 30/06/2010, 30/09/2010, 31/12/2010, 31/03/2011, 30/06/2011, 30/09/2011, 31/12/2011

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS

Na apuração da base de cálculo da Cofins é incabível a exclusão do ICMS.”

Em síntese, a DRJ julgou improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo a exclusão da empresa do Simples Nacional nos moldes em que efetuada, e julgou parcialmente procedente a impugnação, para reconhecer decadente o direito de efetuar o lançamento para exigência dos tributos referentes aos meses de julho, agosto e setembro de 2007, e para manter, na íntegra, as exigências relativas aos demais períodos alcançados pela autuação.

Cientificada desta decisão em 15.04.2013, conforme AR de fls. 3031, e com ela inconformada, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 14.05.2013, fls. 3038-3151, no qual reprisa integralmente os argumentos expostos na inicial, e acrescenta, ainda, o seguinte:

A decisão recorrida não analisou os autos do processo e ignorou a manifestação expressa e inequívoca da recorrente acerca do regime de apuração do lucro a ser utilizado em decorrência da sua exclusão do sistema do Simples Nacional, pois ratificou a equivocada afirmação da fiscalização de que, ao ser intimada a respeito, nada respondera.. Às fls. 1505-1506 encontra-se a resposta dada pela recorrente em 08.10.2012, na qual informa sua opção pelo lucro presumido, nos seguintes termos:

“Assim, informa a Requerente que irá optar pelo recolhimento do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido na forma do Lucro Presumido.”

A decisão recorrida também não apreciou os diversos documentos apresentados pela recorrente, alegando que teriam sido juntadas somente notas fiscais sem outras provas que as correlacionassem a questionamentos da autoridade fiscal, os quais a recorrente torna a insistir e especificar onde se encontram nos autos.

Esclareça-se que todas as indicações de folhas neste voto dizem respeito à numeração digital do e-processo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Procede o protesto da recorrente com relação à falta de análise, por parte da autoridade recorrida, de parte dos documentos apresentados na impugnação.

Transcreve-se a seguir trecho do acórdão recorrido a respeito (destaquei):

“Da solicitação para exclusão de valores

92. A manifestação de inconformidade vem repleta de planilhas, algumas das quais estão reproduzidas no relatório, onde a contribuinte solicita a desconsideração de valores que seriam decorrentes de cobranças, cheques descontados empréstimos dos sócios e outros. Ocorre que embora o contribuinte tivesse alegado que apresentaria a documentação comprobatória em sessenta dias ou afirmasse que a documentação comprobatória se encontrava nos autos, **nada foi apresentado** e, desta forma nenhum valor foi considerado comprovado. Quanto aos documentos juntados à manifestação de inconformidade, como já mencionado anteriormente, **tratam-se apenas de notas fiscais emitidas no ano calendário de 2011**, sem outras provas que possam correlacionar a valores que tenham sido objeto de questionamento pela autoridade fiscal.”

Entretanto, a manifestação de inconformidade é acompanhada de diversos anexos, contendo documentação relativa aos valores que pretende a recorrente ver excluídos: as notas fiscais a que se refere a DRJ estão no Anexo IV, e a ele seguem-se os Anexos V a XIII, contendo outros itens, entre empréstimos bancários, desconto de títulos, desconto de cheques, etc, os quais não foram mencionados pela autoridade julgadora *a quo*.

É compreensível que a DRJ possa ter sido induzida ao erro, em razão da má qualidade na instrução dos autos na sua forma eletrônica. Explico: a manifestação de inconformidade inicia às fls. 1220 e segue (já nos anexos citados pela DRJ) até as fls. 1496. Contudo, ela continua às fls. 903 e segue até as fls. 1216 (nesta parte contendo os anexos não citados pela DRJ).

Ainda que escusável ou justificado o equívoco perpetrado pela DRJ, resta patente que a recorrente teve o seu direito de defesa cerceado, uma vez que parte significativa da sua peça de defesa não foi analisada por aquele colegiado.

Entendo que esta falha não pode ser suprida ou sanada nesta instância. Deste modo, em respeito ao duplo grau de jurisdição a que está submetido o Processo Administrativo

Fiscal, e visando a garantir o exercício do direito à ampla defesa, necessário se faz declarar a nulidade do acórdão recorrido, para que outro seja proferido, contemplando a análise dos citados documentos.

Além disto, procede também o protesto da recorrente com relação ao fato de ter a DRJ ignorado a sua manifestação acerca do regime de apuração do lucro a ser utilizado em decorrência da sua exclusão do sistema do Simples Nacional.

Transcreve-se a seguir trecho do acórdão recorrido a respeito (destaquei):

“DO RECLAMO DE QUE DEVERIA TER SIDO TRIBUTADA PELO LUCRO REAL

(...)

136. Eis mais uma alegação que não prospera. (...)

137. A contribuinte, por meio do Termo de Intimação Fiscal nº 04/2012, recepcionado em 21/09/2012, foi chamada a optar pela forma de tributação que pretendia adotar, posto que fora excluída do Simples Nacional, **mas nada respondeu**. Desta forma, **foi adotado o arbitramento por aceitação tácita, conforme consta do Termo de Verificação Fiscal**.

Assim, nenhuma irregularidade foi constatada. Todos os atos observaram os ditames legais vigentes, no caso o previsto no §2º do artigo 32 da Lei Complementar nº 123, de 2006, que expressamente prevê a consulta feita. Se algum equívoco ocorreu, foi por parte da interessada que se furtou a responder ao questionamento do fisco e agora vem contestar o lançamento.”

Conforme relatei ao norte, de fato a fiscalização, equivocadamente, também mencionara que o contribuinte não teria respondido à intimação, o que caracterizaria aceitação tácita do arbitramento levado a efeito. Entretanto, o arbitramento propriamente dito foi justificado pela fiscalização, conforme também ao norte relatado, com base no art. 530, inciso II, alínea ‘a’, do RIR/99 (imprestabilidade da escrituração para identificar a efetiva movimentação financeira), tendo em vista que a sua movimentação financeira bancária não fora escriturada na conta Bancos, e tampouco fora possível identificá-la na conta Caixa.

Ou seja: o fato de a fiscalização ter equivocadamente afirmado que o contribuinte não respondera à intimação não caracterizou qualquer vício que inquine o procedimento fiscal de nulidade, uma vez que não foi a suposta falta de resposta à intimação a causa do arbitramento levado a efeito.

Contudo, por parte da DRJ, o fundamento utilizado para a manutenção do arbitramento foi tão somente a falta de resposta à intimação, a qual, conforme visto, não ocorreu de fato.

A ementa do acórdão recorrido, já ao norte transcrita, a bem da verdade, aponta outros fundamentos para o arbitramento do lucro, que não a falta de resposta à intimação. Contudo, neste caso, há que se destacar o descompasso entre o que da ementa constou e o fundamento apontado no voto para justificar o arbitramento.

Assim, também por este motivo há de ser proferida uma nova decisão. Afinal, considerando que o contribuinte respondeu à intimação fiscal para declinar sua opção pela

Processo nº 10935.722212/2012-04
Acórdão n.º **1102-001.005**

S1-C1T2
Fl. 12

forma de tributação que pretendia adotar ao ser excluída do Simples Nacional, cumpre à DRJ fundamentar adequadamente os motivos pelos quais entende cabível (ou não), no caso, o arbitramento.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso voluntário, para declarar a nulidade do acórdão recorrido, para que outro seja proferido na boa e devida forma.

É como voto.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé - Relator