



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

Processo n° 10950.006381/2009-00
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-001.142 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de novembro de 2014
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO E AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente M. JANUARIO LTDA. - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2006

OPÇÃO PELO SIMPLES. LIMITE LEGAL DE RECEITA BRUTA.

Se o sujeito passivo, optante pelo Simples, auferir no ano-calendário receita bruta em montante superior ao limite estabelecido em lei para sua permanência no regime simplificado, deverá obrigatoriamente comunicar sua exclusão e, se não o fizer, será excluída de ofício desse regime.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

LUCRO ARBITRADO.

Se não há nos autos prova de que a fiscalização intimou o sujeito passivo a apresentar os livros exigidos pela legislação empresarial e fiscal, mas apenas o livro Caixa, não há como se manter o arbitramento do lucro da pessoa jurídica sob o argumento de falta de apresentação daqueles livros

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em DAR PARCIAL provimento ao recurso voluntário, para indeferir a preliminar de nulidade, manter as exclusões do Simples Federal e do Simples Nacional e afastar as exigências dos tributos lançados relativamente aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2007.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto - Relator

Participaram do presente julgado os Conselheiros: Rafael Vidal de Araújo (Presidente), Marcelo Cuba Netto, Rafael Correia Fuso, Roberto Caparroz de Almeida, André Almeida Blanco (Suplente Convocado) e Luis Fabiano Alves Penteado.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto nos termos do art. 33 do Decreto nº 70.235/72, contra o acórdão nº 06-26.086, exarado pela 2ª Turma da DRJ em Curitiba - PR.

Por bem descrever os fatos litigiosos objeto do presente processo, tomo de empréstimo o relatório contido na decisão de primeiro grau (fl. 621 e ss.):

O presente processo trata dos seguintes atos a serem analisados:

a) manifestação de inconformidade ao conteúdo do Ato Declaratório Executivo nº 61 (fl. 509), de 19/11/2009, que determinou sua exclusão ao Simples Federal, desde 01/01/2007; b) manifestação de inconformidade ao conteúdo do Ato Declaratório Executivo nº 60 (fl. 510), de 19/11/2009, que determinou sua exclusão ao Simples Nacional, a partir de 01/07/2007 e; c) a impugnação aos autos de infração de fls. 524-557, onde está sendo exigido o crédito tributário de R\$ 121.671,37 de imposto de renda pessoa jurídica arbitrado, ao amparo do no disposto no artigo 530, inciso I do RIR199, R\$ 53.344,13 de CSLL, R\$ 38.940,95 de contribuição ao PIS e, R\$ 163.647,23 de contribuição à COFINS.

Do Ato declaratório Executivo nº 61, de 19/11/2009

2. O ADE nº 61, de 19/11/2009 foi expedido em face de ter restado comprovado que no ano calendário de 2006 a contribuinte omitiu receitas caracterizadas por depósitos bancários cuja origem não logrou justificar e, assim, extrapolou o limite estabelecido pela legislação do Simples, que era de R\$ 2.400.000,00. A fundamentação para a emissão do ato foi afronta ao disposto nos artigos 2º, § 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 9º, inciso I e 14 inciso I, todos da Lei no 9.317, de 1996, com efeitos a partir de 01/01/2007.

3. Na manifestação de inconformidade de fls. 572-573 afirma que o ato não poderia ter sido emitido posto que à época encontrava-se em pleno exercício do direito de defesa contra os autos de infração relativos ao ano calendário de 2006, objeto do processo nº 10950.006382/2009-46, o que torna nulo o ADE. Sustenta que enquanto não esgotadas todas as instâncias administrativas para o questionamento daquelas exigências o ato não poderá surtir qualquer efeito jurídico e que a autoridade fiscal antecipou-se desmotivadamente, não havendo autorização para a emissão, devendo, assim, ser declarada sua nulidade.

Do Ato declaratório Executivo nº 60, de 19/11/2009

4. O ADE nº 60, de 19/11/2009 foi expedido em face de ter restado comprovado que no ano calendário de 2006 a contribuinte omitiu receitas caracterizadas por depósitos bancários cuja origem lido logrou justificar e, assim, extrapolou o limite de receitas estabelecido pela legislação do Simples, que era de R\$ 2.400.000,00. A fundamentação para a emissão do ato foi com base no disposto no inciso II do artigo 3º e artigo 16 da Lei Complementar nº 123, de 2006, artigo 12 da Resolução CGSN nº 04, de 2007 e artigo 5º da Resolução CGSN nº 15, de 2007, com efeitos a partir de 01/07/2007.

5. Na manifestação de inconformidade de fls. 563-564 afirma que o ato não poderia ter sido emitido posto que à época encontrava-se em pleno exercício do direito de defesa contra os autos de infração relativos ao ano calendário de 2006, objeto do processo nº 10950.006382/2009-46, o que o torna nulo. Sustenta que enquanto não esgotadas todas as instâncias administrativas para o questionamento daquelas exigências o ato não poderá surtir qualquer efeito jurídico e que a autoridade fiscal antecipou-se desmotivadamente, não havendo autorização para a emissão, devendo, assim, ser declarada sua nulidade.

Do lançamento

6. Conforme consta do Termo de Verificação da Ação Fiscal de fls. 493-503, em face de no ano-calendário de 2006 o contribuinte ter ultrapassado os limites de receita bruta permitido para sua permanência no Simples, foram emitidos os ADE nº 60 e 61 a fim de formalizar sua exclusão àquele regime de tributação. Os fatos geradores ocorridos no ano de 2006 foram objeto do PAF nº 10950.006382/2009-46, já julgado por essa DRJ conforme Acórdão nº 26.085.

7. Dando continuidade à ação impetrada contra a impugnante a autoridade fiscal constatou que em relação ao ano calendário de 2007 também ocorreu omissão de receitas em face de depósitos bancários de origem não comprovada, no importe de R\$ 5.387.707,64. Portanto, como o excesso de receitas auferidas no ano de 2006 acarretou sua exclusão ao Simples, os autos de infração de fls. 524-557 foram formalizados com base no arbitramento, ao amparo do disposto no inciso I do artigo 530 do RIR/99.

8. Como já mencionado anteriormente estão sendo exigidos créditos no importe de R\$ 121.671,37 de imposto de renda pessoa jurídica; R\$ 53.344,13 de CSLL, R\$ 38.940,95 de contribuição ao PIS e, R\$ 163.647,23 de contribuição à COFINS, além de multa de ofício e juros.

9. As infrações imputadas são: depósitos bancários de origem não comprovada somado ao valor declarado na Declaração Simplificada PJ Simples, a título de receitas operacionais.

(...)

11. A multa de ofício, para todos os casos, foi de 75% e está amparada no art. 44, inciso I da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11 488, de 15/06/2007.

12. A ciência da exigência ocorreu em 24/11/2009, na pessoa do sócio Mauro Januário que, em 23/12/2009 protocolou a impugnação de fls. 581-608, onde inicialmente faz um breve histórico da autuação e, em preliminar sustenta que o auto de infração é nulo posto estar pautado em exclusão ao benefício do Simples para as quais só agora apresentou manifestação de inconformidade, tendo ocorrido desrespeito ao princípio da legalidade, contraditório e ampla defesa. Sustenta que primeiramente lhe deveria ser oportunizado questionar os atos de exclusão, para só então, com base no resultado da análise da manifestação de inconformidade, apurar-se acerca da necessidade de lavrar os autos de infração.

13. Alega que as decisões administrativas estão sujeitas ao contraditório e que a lavratura do auto de infração antes mesmo de o contribuinte ter sido cientificado dos atos de exclusão implica em presunção de culpa, devendo ser declarada sua nulidade, posto que nem mesmo o lançamento para prevenir a decadência justifica tal ato. E prossegue afirmando ter sido obrigada a abrir mão de direitos em nome do exercício ao direito de defesa; que como recebeu conjuntamente os atos de exclusão e os autos de infração, teve que abrir mão do direito à redução da multa prevista nos autos; que caso tivesse tido oportunidade de contestar amplamente os atos de exclusão, poderia definir com clareza se optava pelo parcelamento (com redução de 40% do valor da multa) ou pelo pagamento à vista (com 50% de dedução do valor da multa); que a autuação está em completa dissonância com as normas que regulamentam o PAF e deve ser declarada nula.

14. Afirma que a autoridade fiscal teria desconsiderado parte das informações prestadas, bem como documentos capazes de afastar a presunção de omissão de receitas; que, no exercício de sua atividade, ele considerou como receita toda e qualquer movimentação efetuada em suas contas correntes; que o ora impugnante tornou-se vítima de lançamento pautado em presunção o que, não é reconhecido nem pela doutrina e nem pela jurisprudência e, muito menos justificativa suficiente para excluí-la do regime de tributação do Simples.

15. Sustenta que as presunções jurídicas podem ser utilizadas pelo legislador ordinário, desde que obedecidos os limites estabelecidos pelo constituinte e que as presunções do homem ou meros indícios não são suficientes para embasar o procedimento administrativo que constitui o crédito tributário; que o procedimento administrativo jamais pode declarar a existência de fato jurídico tributável com base em meros indícios ou presunções do homem; que o procedimento viola os princípios da estrita legalidade e da tipicidade fechada; que é impertinente a relação feita pelo fisco entre eventual e discutível excesso de

receita bruta no período de 2006, que culminaria com sua exclusão ao regime do Simples em 2007, quando sequer foi oportunizado de forma eficiente e plausível, seu direito de defesa.

16. Alega que o procedimento foi iniciado em outubro e já no mês seguinte presumiu-se como receitas todos os valores que transitaram por suas contas correntes, sem se proceder às devidas exclusões cabíveis; que o fisco está vinculado ao disposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional e, em assim sendo, não pode presumir a ocorrência de fato descrito como hipótese de incidência; que a autoridade fiscal só pode constituir o crédito tributário, quando efetivamente comprovada a ocorrência do fato imponible; que no presente caso isso não restou caracterizado posto a total falta de provas; que falta ao procedimento amor à legalidade, visto que iniciado por ato inválido e pautado em presunção e por não lhe ter sido garantido tempo hábil à conciliação destes créditos entre as contas e a própria contabilidade da empresa.

17. Protesta que não lhe foi oportunizado apresentar a contabilidade, refeita, agora, nos termos ditados pela autoridade fiscal, com o regime que melhor lhe aprouvesse; que descabe o arbitramento; que não lhe foi passado o comando de refazer a contabilidade, o que seria possível ante a recuperação de seus dados por meio de backup de suas máquinas e, também, não lhe foi garantido tempo hábil à conciliação destes créditos entre as contas e a própria contabilidade da empresa.

18. Solicita que lhe seja oportunizada a apresentação de laudo técnico que efetuará com base em documentos e dados a serem localizados a fim de contrapor à presente autuação. Afirma que está impossibilitada de elaborar o laudo neste momento em razão da necessidade de restaurar seus arquivos; que o pedido de prorrogação de prazo para a apresentação do laudo se deve ao exíguo tempo entre o início do MPF e sua conclusão e, ante a complexidade da conciliação pretendida; que assim, impugna todos os lançamentos, bem como os abatimentos por ela efetuados e que estejam em dissonância com seu real direito.

19. Discorda da aplicação da multa escalonada. Sustenta que a previsão de aumento da multa caso exercida a defesa administrativa ofende o princípio da ampla defesa; que a multa é abusiva e não pode prevalecer por absoluta falta de consonância entre a previsão legal e os critérios de razoabilidade que devem pautar as decisões fiscais. Por fim, ataca a aplicação da taxa SELIC, taxando-a de inconstitucional e pede o cancelamento da exigência.

20. Na conclusão, volta a atacar os autos de infração alegando estarem eivados de vícios devendo ser declarados inválidos e imprestáveis por estarem embasados em atos de exclusão os quais sequer foram discutidos, fato que lhe acarretou prejuízo pois usurpou-lhe o direito de obtenção do benefício decorrente da redução da multa e, entende que será necessário devolver-lhe

o direito a optar entre a defesa e a redução das multas e que o auto de infração será certamente desconsiderado quando da apresentação do laudo técnico a ser elaborado.

Examinadas as razões de defesa a DRJ de origem julgou improcedente a impugnação.

Irresignada, a interessada interpôs recurso voluntário onde, em síntese, reproduz os argumentos expostos na impugnação e, ademais, afirma ser nula a decisão de primeiro grau por cerceamento do direito de defesa.

Voto

Conselheiro Marcelo Cuba Netto, Relator.

1) Da Admissibilidade do Recurso

O recurso atende aos pressupostos processuais de admissibilidade estabelecidos no Decreto nº 70.235/72 e, portanto, dele deve-se tomar conhecimento.

2) Das Preliminares de Nulidade

Afirma a defesa serem nulos tanto o lançamento de que trata o presente processo, relativo ao ano de 2007, quanto à decisão de primeiro grau, sob o argumento de que tais atos deveriam aguardar a decisão administrativa definitiva a ser proferida no âmbito do processo nº 10950.006382/2009-46, relativo ao ano de 2006, onde a contribuinte é acusada de haver omitido receitas e, assim, ultrapassado o limite legal de permanência no Simples, que é de R\$ 2.400.000,00, motivo pelo qual foi excluída do sistema simplificado a partir de 01/01/2007.

Não assiste razão à recorrente. É certo que o julgamento do processo nº 10950.006382/2009-46 é prejudicial ao julgamento do presente processo, o que significa dizer que, em cada fase de julgamento, aquele deve ser apreciado antes deste. Mas a lei não exige o trânsito em julgado daquele processo como condição, nem para realização do lançamento de que cuidam os presentes autos, nem para seu julgamento em primeiro grau. Até porque, se houvesse necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado, não mais haveria possibilidade de realização do lançamento objeto do presente processo, em razão do decurso do prazo decadencial. O assunto é objeto de súmula de Conselho, *in verbis*:

Súmula CARF nº 77:

A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.

Afirma ainda a recorrente ser nula a decisão de primeiro grau em razão de a DRJ de origem não haver deferido pedido para juntada dos documentos capazes de afastar a incidência dos fatos geradores ora combatidos.

Também aqui não assiste razão à defesa. De fato, conforme se verifica na decisão recorrida (em especial às fls. 631-verso e 632), a DRJ de origem fundamentou sua negativa no art. 16, §§ 4º e 5º, do Decreto nº 70.235/72, que estabelece que a petição para juntada posterior de prova deve ser feita mediante requerimento onde se demonstre a ocorrência de motivo de força maior, fato ou direito superveniente ou para contrapor fatos ou razões trazidas posteriormente aos autos.

Nesse sentido, como a petição da impugnante deixou de demonstrar a ocorrência de quaisquer daquelas situações, correto o indeferimento da juntada posterior de provas.

3) Da Exclusão do Simples

A contribuinte foi excluída do Simples Federal (de 01/01/2007 a 30/06/2007) e do Simples Nacional (01/07/2007 em diante), em razão de haver auferido receita bruta no ano-calendário de 2006 em montante superior ao limite para sua permanência no sistema simplificado, qual seja, R\$ 2.400.000,00.

A receita bruta auferida no ano de 2006, superior a R\$ 2.400.000,00, adveio de omissão de receita apurada no âmbito do processo nº 10950.006382/2009-46. A impugnação ao referido lançamento foi julgada improcedente pela DRJ de origem, ademais, esta Turma, nesta mesma Sessão de novembro de 2014, negou provimento ao recurso voluntário interposto.

Isso posto, ultrapassado, em 2006, o limite legal para permanência da contribuinte no Simples a partir de 2007, correta a sua exclusão do regime simplificado.

4) Do Arbitramento do Lucro

Alega a defesa que o arbitramento do lucro somente tem lugar quando o contribuinte, regularmente intimado para tanto, deixa de atender à fiscalização. Afirmar haver atendido as intimações que lhe foram dirigidas, razão pela qual é ilegítimo o arbitramento.

Pois bem, pelo exame do termo de verificação fiscal (fl. 493 e ss.) é possível constatar que a autoridade, em momento algum, cita a razão pela qual promoveu o arbitramento do lucro da contribuinte relativamente ao ano de 2007.

Na descrição dos fatos e enquadramento legal contidos no auto de infração consta o seguinte (fl. 530):

*Razão do arbitramento no(s) período(s): 03/2007 06/2007
09/2007 12/2007*

Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte, sujeito a tributação com base no Lucro Real, não possui escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, fato este, por ele declarado conforme ...

Enquadramento Legal:

A partir de 01/04/1999

Art. 530, inciso I, do RIR/99.

Compulsando-se os autos do processo é possível verificar que somente no termo de início de procedimento fiscal (fl. 02) a contribuinte é intimada a apresentar livros fiscais. E nem sequer na aludida intimação foi solicitada a apresentação de livros Diário e Razão, mas somente livro Caixa.

Isso posto, não restou comprovada nos autos a afirmação da autoridade segundo a qual a contribuinte não possuía escrituração na forma das leis comerciais e fiscais.

Ademais, especialmente em relação ao período de 01/07/2007 em diante, em razão da exclusão da contribuinte do Simples Nacional, deveria a autoridade tê-la intimado a manifestar sua opção pelo lucro presumido ou real, ao invés de pressupor a opção pelo lucro real. É o que estabelece o art. 32, § 2º, da Lei Complementar nº 123/2006, *in verbis*:

Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

(...)

§ 2º Para efeito do disposto no caput deste artigo, o sujeito passivo poderá optar pelo recolhimento do imposto de renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido na forma do lucro presumido, lucro real trimestral ou anual.

(...)

Afastada a exigência do IRPJ com base no lucro arbitrado, mesmo caminho deverá seguir o lançamento da CSLL. Ademais, quanto à contribuição para o PIS e à Cofins, o lançamento com base no sistema cumulativo deve igualmente ser afastado, pois, como visto, não ficou provado que a contribuinte não possuía os livros e documentos para apuração do lucro real, o que lhe autorizaria a apuração dessas contribuições com base no sistema não-cumulativo, conforme disposto no art. 8º, II, da Lei nº 10.637/2002 e no art. 10, II, da Lei nº 10.833/2003.

5) Conclusão

Tendo em vista todo o exposto, voto por indeferir as preliminares de nulidade e, no mérito, por dar parcial provimento ao recurso para:

a) manter a exclusão da contribuinte do Simples Federal e do Simples Nacional, haja vista que no ano de 2006 ultrapassou o limite legal de receita bruta para permanência no sistema, conforme processo nº 10950.006382/2009-46;

b) afastar as exigências do IRPJ, contribuição para o PIS, Cofins e CSLL relativamente aos fatos geradores ocorridos no ano de 2007.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto

Processo nº 10950.006381/2009-00
Acórdão n.º **1201-001.142**

S1-C2T1
Fl. 10

CÓPIA