



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10970.720241/2015-40
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1003-002.157 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**
Sessão de 14 de janeiro de 2021
Recorrente PRATA INDÚSTRIA DE PISCINAS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DEFINITIVO.

O Ato Declaratório Executivo é definitivo quando não instaurada a fase litigiosa no procedimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso voluntário. Votou pelas conclusões a Conselheira Bárbara Santos Guedes.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva– Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (Presidente), Bárbara Santos Guedes e Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça.

Relatório

Ato Declaratório Executivo

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/UBL/MG nº 136, de 30.11.2015, com efeitos a partir de 01.01.2015, motivado nos fundamentos de fato e de direito, e-fl. 45:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a pessoa jurídica, a seguir identificada, em virtude de ter excedido o limite de receita bruta no ano-calendário 2014, incorrendo na hipótese de exclusão de ofício descrita no art. 2º, §§ 1º, 2º e 3º da Resolução CGSN nº 94/2011.

Nome Empresarial: PRATA – INDÚSTRIA DE PISCINAS LTDA - EPP

CNPJ: 17.300.114/0001-50

Endereço: Rod. BR 153 Km 106, S/N – À Esq. 30 m – Zona Rural – Prata – MG – 38.140-000

Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir do dia 01/01/2015, nos termos do art. 2º, § 3º da Resolução CGSN n.º 94/2011.

Art. 3º Somente no caso de exclusão por débitos, tornar-se-á sem efeito a exclusão, caso a totalidade dos débitos da pessoa jurídica sejam pagos ou parcelados no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência deste Ato Declaratório Executivo (ADE).

Art. 4º A pessoa jurídica poderá apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência deste ADE, manifestação de inconformidade dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento, protocolada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de sua jurisdição, nos termos do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972 - Processo Administrativo Fiscal (PAF).

Art. 5º Não havendo apresentação de manifestação de inconformidade no prazo de que trata o art. 4º, a exclusão tornar-se-á definitiva.

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado no Acórdão da 2ª Turma DRJ/JFA/MG n.º 09-60.940, de 20.10.2016, e-fls. 69-75:

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.

Não se toma conhecimento da manifestação de inconformidade/impugnação no tocante à matéria objeto de ação judicial, tendo em vista a supremacia da instância judicial.

Manifestação de Inconformidade Não Conhecida

Recurso Voluntário

Notificada em 19.12.2016, e-fl. 79, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 17.01.2017, e-fls. 80-88, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que:

III. DAS RAZÕES DO RECURSO

Em primeiro lugar a Recorrente não reconhece a existência da suposta ocorrência de excesso no limite de receita bruta no ano-calendário 2014, que autorizaria seu desenquadramento do "Simples". A Empresa, sendo optante do regime de tributação especial (Simples Nacional), sempre cumpriu com todas as exigências fiscais, e seu faturamento nunca ultrapassou os limites estabelecidos na LC 123/2006.

Além do mais, os referidos créditos tributários devem ter sua exigibilidade suspensa, em observância do que prevê o artigo 151,111 do CTN.

Mesmo que se considere válido os lançamentos de ofício realizados pelo Fisco (admitido somente por hipótese), o faturamento anual do ano calendário 2014, estaria dentro dos limites previstos na LC 123/2006, para a permanência do enquadramento da Recorrente no Regime do Simples Nacional (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 3º, inciso II).

Ademais, em que pese o procedimento fiscal, instaurado pelo agente fiscal da Receita Federal, sob o n.º- 06.1.09.00-2014-00395-1, do qual foi lançado de ofício, supostas "vendas de mercadorias industrializadas", e tributado esse "fato gerador",

essa decisão foi fundamentada apenas na PRESUNÇÃO do agente, que atribuiu que a recorrente teria omitido receita, com base no extrato bancário.

Portanto, a simples consideração de depósitos bancários não serve para demonstrar a existência de renda tributável, podendo a movimentação financeira escapar inteiramente à hipótese de incidência dos tributos.

O agente fiscal que autuou a empresa lastreou sua tese, de modo frágil, na mera conjectura de que os valores depositados na conta bancária da empresa fosse m derivados de venda de produtos industrializados, o que verdadeiramente não ocorreu. Importa anotar que no período de janeiro a agosto de 2013, as instalações da empresa ainda estavam em construção (obras), portanto não houve qualquer operação comercial praticada pela autora nesse período de início de atividades.

Ilustríssimos julgadores, consoante se demonstra nos anexos carreados aos autos do caderno processual, a empresa foi extremamente diligente em todos os requerimentos formulados pelo Fisco, ou seja, em todo o procedimento de fiscalização. No entanto, o agente fiscal atribuiu de maneira arbitrária (meras suspeitas, sem provas, e sem aprofundar nas diligências), que a empresa teria efetuado "vendas de mercadorias". Fato este, que verdadeiramente não ocorreu.

No caso em análise, se porventura, tenha havido alguma falha na escrituração contábil da empresa, ou seja, se os depósitos bancários não foram corretamente registrados contabilmente, caberia por parte do Fisco, a aplicação de penalidade administrativa quanto a essa eventual falha da contabilidade, e não fazer conjecturas de vendas inexistentes, lançando-as e tributando de ofício.

Ao tributar de ofício, as fantasiosas "vendas de mercadorias", o Fisco está na verdade, penalizando a empresa de forma extremamente severa, e violando os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Como já esclarecido, a natureza das operações que originaram os depósitos na conta corrente da recorrente não são decorrentes de atividade comercial desenvolvida pela fiscalizada.

O Fisco não rastreou a origem dos créditos, portanto não se pode constatar que houve pagamentos de eventuais serviços/produtos fornecidos pela recorrente. Não houve venda por parte da recorrente, por conseguinte não houve sonegação de tributos. Importante ressaltar que, a suposta omissão de receitas, foi a todo momento infirmada pela recorrente nas diversas peças impugnativas ofertadas pela recorrente.

A recorrente, desde que foi notificada pela primeira vez pelo fisco, prestou todos os esclarecimentos sobre a origem dos numerários depositados na conta bancária de sua titularidade. Portanto, deve ser afastada a presunção relativa à omissão de receitas.

Os processos administrativos em geral, atraem a aplicação inexorável dos princípios constitucionais, na medida em que são elementares para o funcionamento e a própria realização do Estado Democrático de Direito (art. 1.2, V, CF).

Dessa maneira, não se poderia conceber justiça, serenidade e imparcialidade sem que houvesse essa harmonia, que parte do pressuposto inquestionável de que o Contraditório e a Ampla Defesa são princípios inerentes à própria natureza do Estado Democrático de Direito e que são seus alicerces fundamentais.

Como bem esclarece Gilmar Ferreira Mendes¹, o contraditório e a ampla defesa não se constituem em meras manifestações das partes em processos judiciais e administrativos, mas, e principalmente uma pretensão à tutela jurídica.

Insere-se nesta tutela, assim como visto na doutrina alemã a pretensão à tutela jurídica (Anspruch auf rechtliches Gehör), os direitos de informação, de manifestação e o direito em ver seus argumentos devidamente apreciados.

José Afonso da Silva² em brilhantes linhas nos ensina que o devido processo legal está baseado em três princípios, quais sejam: o acesso à justiça, o contraditório e a plenitude de defesa.

Ora, em se falando de devido processo legal, trazemos à tona se haveria de fato um processo administrativo fiscal, ou apenas um mero procedimento.

Caso tratar-se de mero procedimento (como ocorreu no caso em tela), fica afastada por simples dedução a observância do devido processo legal, amordaçando o credor perante o Fisco, o que sem dúvidas caracteriza uma absurda injustiça. [...]

Com relação ao caso em comento, cumpre destacar que, diante do vultoso débito (impostos), que injustamente estão sendo exigidos pelo Fisco, derivado dos lançamentos de ofício (presumidos), e pela situação atual pelo qual o Brasil e a empresa vêm passando, não restou alternativa a não ser buscar esse Tribunal Administrativo, para corrigir essa injustiça perpetrada por um agente fiscal, que de maneira discricionária e arbitrária, fez constar no auto de infração, supostas vendas de mercadorias que nunca existiram.

Outrossim, a decisão proferida pela 2ª turma da DRJ/JFA faz menção que houve interposição de ação judicial na Justiça Federal (Subseção Judiciária de Ituiutaba). Trazem ainda como fundamento da decisão, a informação de que tenha sido proferida decisão judicial no referido processo.

Contudo, faz se necessário esclarecer que a decisão existente nos autos do processo judicial nº 0000206-61.2016.4.01.3824, não foi decisão de mérito, e sim uma decisão interlocutória, especificamente sobre o pedido de liminar quanto a exclusão da recorrente do Regime Tributário SIMPLES.

Em relação a essa decisão interlocutória proferida na ação, importante esclarecer que a empresa promoveu Recurso de Agravo de Instrumento dirigido ao Tribunal Regional Federal. Recurso esse, já distribuído para o gabinete do relator Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa. Portanto, a decisão administrativa de primeira instância desconsiderou que a decisão interlocutória proferida no processo judicial, não é decisão de mérito, ou seja é decisão interlocutória, e a mesma encontra-se sob análise da segunda instância daquele Tribunal.

IV. DO PARECER COSIT N2 7/14

O acórdão recorrido fundamentou decisão com base no Parecer COSIT nº 7/14, no sentido de que a propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública com o mesmo objeto do processo administrativo fiscal, implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie interposto.

Tal regra é considerada inconstitucional, tendo em conta o entendimento do STF no sentido de independência das esferas administrativa, cível e criminal, nas quais a atuação pode ser simultânea.

O Min. Marco Aurélio, relator do processo STF RE nº 233.583- 2/RJ, proferiu voto nesse sentido, ou seja, o Iminente Ministro defende a independência das esferas administrativa, cível e criminal, nas quais a atuação pode ser simultânea. O Ministro relatou seu voto no sentido de dar provimento ao recurso para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único, do art. 38, da Lei 6.830/80, e determinar o prosseguimento do processo administrativo - que, na espécie, havia sido obstado em

decorrência da tramitação de mandado de segurança anteriormente impetrado pela recorrente. Entendeu o relator que o dispositivo mencionado ofende o direito de livre acesso ao judiciário, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da CF.

Acompanhou o voto do relator o Min. Carlos Britto.

Em consonância com a tese defendida pelos eminentes Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, qual seja, o processo administrativo tributário deve prosseguir com o julgamento, pelas Delegacias ou Conselhos, de todas as matérias suscitadas nessa via, mesmo havendo a interposição paralela de alguma medida judicial contra o crédito lançado (ou parte dele), sob pena de calcar aos pés o livre acesso ao judiciário.

Do contrário, estar-se-ia permitindo, em plena vigência do Estado Democrático de Direito, penalizar aos contribuintes ou equiparados que buscassem amparo ao Estado-juiz com uma "penalidade administrativa": - ter imediatamente inscrito em dívida ativa o suposto crédito tributário em discussão judicial, daí vindo ajuizamento de Execução Fiscal, inscrição do nome no CADIN, impossibilidade de obter CND, etc.

Além disso, o referido Parecer COSIT nº 7/14, desconsidera a dicotomia entre as ações preventivas e repressivas. Não pode haver litispendência (CPC, art. 337, VI) entre processo judicial e administrativo, pois inexiste relação processual triangular no processo administrativo; e não há coisa julgada no processo administrativo.

V. DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Há necessidade de requerer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, visto a existência do artigo 151, III, do CTN.

Tendo em vista a interposição do presente Recurso Voluntário, requer-se que a Ilma. Autoridade Administrativa reconheça a suspensão da exigibilidade do crédito tributário aqui rechaçado pela recorrente, em razão da existência do artigo 151, III, do CTN que confere tal direito.

Requer ainda, a suspensão do ato declaratório executivo (Ato Declaratório Executivo DRF/UBL N22054190, de 09/09/2016), até que seja julgado o mérito do presente recurso.

Conforme denota-se dos documentos que instruem o recurso, a empresa recorrente reúne os requisitos necessários ao implemento da suspensão do ato declaratório executivo que pode excluir a empresa do Simples Nacional, por decisão arbitrária e desprovida de fundamentação idônea, por parte do Fisco, que busca antecipar eventual medida sancionatória, ainda não julgada na segunda instância administrativa e também na esfera judicial.

Cumprir destacar que, diante desse vultoso débito exigido pelo Fisco, e pela situação atual pelo qual o país e a empresa vêm passando, não restou alternativa para a empresa a não ser promover o presente recurso para corrigir essa injustiça perpetrada por um agente fiscal, que de maneira imperativa e arbitrária, fez constar no auto de infração, supostas vendas de mercadorias que nunca existiram.

O ato fiscal ora combatido, trouxe e trará conseqüências irreversíveis para a recorrente, caso haja o prosseguimento da exigibilidade do crédito tributário lançado ex officio pelo agente fiscal.

Nesse caso, há a necessidade da suspensão da exigibilidade do crédito tributário e de outros atos derivados, até que se resolva o caso na instância superior.

Caso não haja a suspensão da exigibilidade fiscal, a empresa recorrente (já sufocada pela recessão atual brasileira) encerrará suas atividades, demitirá

funcionários e provavelmente não terá meios de honrar compromissos assumidos com fornecedores e clientes.

Do exposto, a penalidade imputada pelo Fisco à recorrente, se levada adiante, trará como consequência, a "morte" da empresa, e prejudiciais consequências envolvendo os funcionários, fornecedores, clientes, e até mesmo o próprio Fisco que perderá um contribuinte.

Repisa-se que o dano irreparável ou de difícil reparação está configurado na iminência da Receita Federal excluir a autora do enquadramento do regime especial (SIMPLES Nacional).

Além disso, como já dito alhures, a empresa está sendo extremamente penalizada, sem que lhes dessem oportunidade de defender e provar que nunca existiram as supostas vendas de mercadorias, que o agente lançou indevidamente.

Estando evidenciado o presente requisito do receio de dano irreparável, pois são evidentes os prejuízos decorrentes da previsível majoração da carga tributária, além do expressivo aumento na carga tributária, que incidirá caso mude o enquadramento fiscal da empresa/autora.

A partir do exposto, faz-se necessário que este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais reconheça os elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano, e consequentemente seja concedida a suspensão do crédito tributário, no sentido de ordenar a suspensão dos procedimentos administrativos decorrentes da referida autuação fiscal, incluindo o Ato Declaratório de desenquadramento do regime de tributação Simples, até julgamento do mérito do presente recurso, que tem como objetivo a elucidação dos fatos, e provar que houve arbitrariedade e excessiva discricionariedade por parte do agente fiscal, que lançou de ofício fatos geradores tributáveis inexistentes.

No que concerne ao pedido conclui que:

VI. DO PEDIDO

Por tais razões, presentes os requisitos ensejadores para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, requer a recorrente seja conhecido e provido o presente recurso voluntário, por via de decisão monocrática ou colegiada, para re-analisar os seguintes pedidos:

a) A notificação do recorrido, para que, querendo, apresente resposta a este recurso voluntário.

b) Que reconheça a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em razão da existência do artigo 151, III do CTN que confere tal direito.

c) Determinar a revogação do Ato Declaratório Executivo DRF/UBL Nº 22054190, de 09/09/2016, que exclui a recorrente do regime especial de tributação (SIMPLES).

d) Determinar a suspensão de demais procedimentos sancionatórios, lançados pela recorrida em face da recorrente, até o julgamento do mérito do presente recurso.

e) No mérito, que seja provido o presente recurso a fim de reformar a decisão do Acórdão 09-60.940, proferido pela 2-a- Turma da DRJ/JFA, e determinar que a autoridade fiscal a quo proceda no sentido de anular os lançamentos fiscais, conforme fundamentação supra.

É o Relatório.

Fl. 7 do Acórdão n.º 1003-002.157 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 10970.720241/2015-40

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

Tempestividade

O recurso voluntário foi apresentado pela Recorrente no prazo legal.

Delimitação da Lide

Conforme princípio de adstrição do julgador aos limites da lide, a atividade judicante está constricta ao exame do mérito ao Ato Declaratório Executivo DRF/UBL/MG n.º 136, de 30.11.2015, com efeitos a partir de 01.01.2015, motivado nos fundamentos de fato e de direito, e-fl. 45 (art. 15, art. 141 e art. 492 do Código de Processo Civil, que se aplica supletiva e subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal - Decreto n.º 70.235, de 02 de março de 1972).

Suspensão da Exigibilidade

A Recorrente diz que os débitos que fundamentam o indeferimento da opção estão com a exigibilidade suspensa.

O Código Tributário Nacional prevê:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: [...]

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

Processo n.º 10675.721557/2017-55

O processo n.º 10675.721557/2017-55 que versa sobre o Ato Declaratório Executivo DRF/UBL/MG n.º 2054190, de 09.09.2016 com efeitos a partir de 01.01.2017, por possuir débitos, cuja exigibilidade não esteja suspensa, sem que fosse instaurada a fase litigiosa no procedimento na esfera administrativa, encontra-se no Arquivo Digital Órgãos Centrais RFB/MF desde 28.09.2017, e-fls. 96-97.

Processo n.º 10675.722155/2015-14

O processo n.º 10675.722155/2015-14 que se refere ao Auto de Infração dos débitos do período de janeiro do ano-calendário de 2003 a outubro do ano-calendário de 2004, com base na apuração pelo Simples Nacional de omissão de receitas previsto no art. 42 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, sem que fosse instaurada a fase litigiosa no procedimento na esfera administrativa, encontra-se na Procuradoria da Fazenda Nacional da Secional de Uberlândia/MG desde 28.05.2018, e-fls. 92-93.

Verifica-se que não foi apresentado o acervo fático-probatório de que os débitos referidos estão com exigibilidade suspensa, de acordo art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, não cabe razão a Recorrente.

Opção pela Via Judicial

A Recorrente diz que sobre o excesso de receita optou pela via judicial.

Sobre a matéria o Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, determina:

Art. 16. A impugnação mencionará: [...]

V - se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição.

O Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011, prescreve:

Art. 87. A existência ou propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial com o mesmo objeto do lançamento importa em renúncia ou em desistência ao litígio nas instâncias administrativas (Lei nº 6.830, de 1980, art. 38, parágrafo único).

Parágrafo único. O curso do processo administrativo, quando houver matéria distinta da constante do processo judicial, terá prosseguimento em relação à matéria diferenciada.

O Código Tributário Nacional prevê:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: [...]

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

A Recorrente ajuizou a Ação Cível Comum nº 0000206-61.2016.4.01.3824 de “suspensão da exigibilidade”, que tramita no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ainda sem trânsito em julgado, porém com sentença exarada em 09.02.2018 que lhe foi desfavorável, e-fls. 94-95. É certo que a decisão liminar possui natureza provisória, como modalidade de tutela de urgência (art. 300 do Código de Processo Civil). Assim, a sentença, por se tratar de provimento de cognição exauriente, irá confirmar ou revogar o provimento antecipatório. Desta feita, conclui-se que, se de improcedência a sentença, resta revogado o provimento liminar.

No presente caso, verifica-se a existência, pela Recorrente, de opção por ação judicial com matéria com mesmo objeto daquela constante do presente processo administrativo, caso em que não há seu prosseguimento. Ademais, não foi apresentado o acervo fático-probatório de que os débitos referidos estão com exigibilidade suspensa, conforme art. 151 do Código Tributário Nacional.

Instauração da Fase Litigiosa no Procedimento

A Recorrente discorda do resultado do julgamento de primeira instância.

No que se refere ao processo administrativo fiscal, o Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, prevê:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento. [...]

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência. [...]

Art. 16. A impugnação mencionará: [...]

V - se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição. [...]

Art. 28. Na decisão em que for julgada questão preliminar será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis, e dela constará o indeferimento fundamentado do pedido de diligência ou perícia, se for o caso.

O Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011, prescreve:

Art. 87. A existência ou propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial com o mesmo objeto do lançamento importa em renúncia ou em desistência ao litígio nas instâncias administrativas (Lei nº 6.830, de 1980, art. 38, parágrafo único).

Parágrafo único. O curso do processo administrativo, quando houver matéria distinta da constante do processo judicial, terá prosseguimento em relação à matéria diferenciada.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de

pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal).

A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, que é gerido pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irrevogável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida nos termos legais. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos que conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade. Para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente (art. 2º da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

A exclusão é feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes. Verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória no caso de incorrer em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o procedimento é efetivado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente. A pessoa jurídica excluída do Simples Nacional sujeita-se, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas (art. 29 e art. 32 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006).

Declaração de Concordância

Consta no voto condutor do Acórdão da 2ª Turma DRJ/JFA/MG n.º 09-60.940, de 20.10.2016, e-fls. 69-75, que a impugnação não foi conhecida, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015):

O objeto central da lide é a discussão acerca da caracterização como receita, por presunção legal, dos valores creditados em conta corrente sem que a sua origem fosse comprovada.

Naturalmente, tal discussão deveria se dar no bojo do processo administrativo que tem por objeto o lançamento dos tributos incidentes sobre tais valores.

Instaurados os litígios, a exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte é mera decorrência do que for decidido no processo que abriga o auto de infração (10675.722155/2015-14). Basicamente, o ponto central da controvérsia, a

caracterização dos créditos em conta corrente como receita, é tratado naquele processo.

Por questões lógicas, a análise do litígio relativo ao lançamento, em regra, deveria preceder à análise do litígio que envolve a exclusão. Contudo, este caso concreto, como veremos, merece tratamento diferenciado pois o ingresso da manifestante com ação judicial desloca para o judiciário toda a apreciação do litígio, tornando possível a solução do processo sem apreciação do mérito, como veremos.

Como foi informado pela própria manifestante, fl. 61, houve interposição de ação judicial, processo n.º 0000206-61.2016.4.01.3824 da Vara Única da Subseção Judiciária de Ituiutaba, onde foi proferida decisão judicial (ver sítio do Tribunal Regional Federal, Subseção de Ituiutaba, Consulta Processual, Inteiro Teor, decisão de 26/04/2016)., negando a liminar pleiteada, nos seguintes termos:

"Ademais, o confronto entre aquela tabela, o livro caixa nas fls. 27/92 e as movimentações bancárias descritas nas fls. 101/110 indicam diversas inconsistências entre os valores registrados e aqueles que teriam sido recebidos a título de empréstimo; assim, ainda que se trate de mero erro de escrituração contábil, subsiste, a princípio, a obrigação da parte autora de justificar os valores que recebeu em conta corrente. Indefiro a liminar."(grifos no original)

Do relatório da citada decisão podemos extrair o objeto da demanda, ou seja, o pedido que teria sido feito pela manifestante em sede de processo judicial:

"Requer a parte autora, liminarmente, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, multas e demais procedimentos sancionatórios decorrentes do processo administrativo n.º 0610900201400395, bem como a suspensão do ato declaratório executivo DRF-UBL n.º 0136/2015, de 30/11/2015, que excluiu a empresa do Simples Nacional. Ao final, requer a anulação definitiva dos expedientes supracitados ou, subsidiariamente, a redução da multa, juros e correção do débito."(grifos acrescidos)

Ainda do relatório da decisão judicial em comento, podemos extrair as alegações que fundamentaram os pedidos realizados na ação judicial. Vejamos:

"Alega a parte autora, em síntese, que dedica-se à fabricação de piscinas, e que, no período compreendido entre janeiro de 2013 até a primeira quinzena de agosto do mesmo ano, as instalações da empresa estavam em construção, sendo que a primeira piscina foi vendida em 28/08/2013; que, para obter os recursos necessários à aquisição de matérias-primas e construção da infraestrutura da empresa, seus sócios efetuaram empréstimos, que tiveram como origem recursos próprios de seus sócios; que, tão logo a empresa passou a gerar lucro, tais empréstimos foram devolvidos aos sócios; que a Receita Federal do Brasil (RFB) apresentou à parte autora um termo do início de procedimento fiscal, solicitando documentos relativos à movimentação bancária da empresa; que, apresentados tais documentos, a RFB intimou a parte autora para justificar a origem dos depósitos efetuados em sua conta corrente, tendo sido informado ao Fisco que os créditos originaram-se de recursos próprios dos sócios, obtidos mediante empréstimos, e esclarecido que a empresa não operava comercialmente no período supracitado; que, após o início das atividades comerciais, os sócios continuaram a emprestar dinheiro à empresa, devido às dificuldades financeiras advindas da crise hídrica ocorrida na época; que todos os documentos comprobatórios das operações foram apresentados à RFB; que a RFB lavrou auto de infração e lançou diversos tributos de ofício, entendendo que houve omissão de receitas em relação ao período de 01/2013 a 10/2014, nos termos do art. 42 da Lei 9.430/96, visto que a parte autora não comprovou a origem dos valores depositados na conta corrente da empresa, presumindo-se que seriam originários da venda de mercadorias industrializadas; que o fisco desconsiderou completamente a as

justificativas e documentos apresentados pela parte autora, que comprovam a origem dos recursos; que a RFB excluiu a empresa do Simples Nacional, em função dos valores supostamente omitidos; que o art. 42 da Lei 9.430/96 é inconstitucional, pois permite que o fisco lance tributos por presunção, sem que se comprove a efetiva ocorrência do fato gerador (acréscimo patrimonial); que depósitos bancários não são aptos a comprovar, por si sós, o aferimento de renda pelo sujeito passivo; que os depósitos realizados em conta corrente constituem meros indícios, não sendo lícito presumir que sejam eles, necessariamente, acréscimo patrimonial e/ou vendas de mercadorias pelo contribuinte; que o fisco não logrou provar, por meio de prova cabal, o suposto ilícito cometido pela parte autora; que a RFB alegou que os empréstimos não foram registrados nos livros caixa da empresa; logo, caso tenha havido alguma falha na escrituração contábil, à empresa deveria ter sido aplicada apenas uma penalidade administrativa, e não presumido-se que as receitas adviriam da venda de mercadorias; que a conduta da RFB ofende o disposto na Súmula n.º 182 do extinto TFR (É ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários), pois não foram consideradas as justificativas apresentadas pela parte autora; que o auto de infração lavrado contra a empresa é eivado de vício, pois os valores dos depósitos em conta corrente não condizem com as bases de cálculo que foram utilizadas; que a aplicação da taxa SELIC é ilegal, pois o art. 161 do CTN apenas autoriza a aplicação de juros moratórios aos créditos tributários em atraso, e não de juros compensatórios; que a multa de 75% sobre o montante do crédito tributário apurado é abusiva e viola o princípio da vedação ao confisco (art. 150, VI, da CF)."

Vê-se, então, que o objeto deste processo administrativo está inserido no objeto da ação declaratória de anulação de débito fiscal, que é mais amplo pois abarca também o lançamento de ofício (o mesmo se dá com o processo administrativo relativo ao lançamento, naturalmente).

Havendo concomitância de discussões em processos administrativo e judicial aplica-se a disposição contida no art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 6.830/80:

"Parágrafo Único - a propositura, pelo contribuinte, de ação judicial com o mesmo objeto do processo administrativo, importa em renúncia à discussão na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto".

Nesse sentido, foi expedido o Parecer Normativo COSIT n.º 7/14, esclarecendo que:

“Assunto: Processo Administrativo Fiscal Ementa: CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E PROCESSO JUDICIAL COM O MESMO OBJETO. PREVALÊNCIA DO PROCESSO JUDICIAL. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. DESISTÊNCIA DO RECURSO ACASO INTERPOSTO.

A propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública com o mesmo objeto do processo administrativo fiscal implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie interposto.

Quando contenha objeto mais abrangente do que o judicial, o processo administrativo fiscal deve ter seguimento em relação à parte que não esteja sendo discutida judicialmente. A decisão judicial transitada em julgado, ainda que posterior ao término do contencioso administrativo, prevalece sobre a decisão administrativa, mesmo quando aquela tenha sido desfavorável ao contribuinte e esta lhe tenha sido favorável.

A renúncia tácita às instâncias administrativas não impede que a Fazenda Pública dê prosseguimento normal a seus procedimentos, devendo proferir decisão formal, da decisão recorrida.

É irrelevante que o processo judicial tenha sido extinto sem resolução de mérito, na forma do art. 267 do CPC, pois a renúncia às instâncias administrativas, em decorrência da opção pela via judicial, é insuscetível de retratação.

A definitividade da renúncia às instâncias administrativas independe de o recurso administrativo ter sido interposto antes ou após o ajuizamento da ação.

Dispositivos Legais: Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN), art. 145, c/c art. 149, art. 151, incisos II, IV e V; Decreto-lei n.º 147, de 3 de fevereiro de 1967, art. 20, § 3º; Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, arts. 16, 28 e 62; Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC), arts. 219, 267, 268, 269 e 301, § 2º; Decreto-lei n.º 1.737, de 20 de dezembro de 1979, art. 1º; Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980, art. 38; Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV; Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 53; Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009, art. 22; Portaria CARF n.º 52, de 21 de dezembro de 2010; Portaria MF n.º 341, de 12 de julho de 2011, art. 26; art. 77 da IN RFB n.º 1.300, de 20 de novembro de 2012. e-processo n.º 10166.721006/2013-16” (grifo meu)

Com efeito, a coisa julgada a ser proferida no âmbito do Poder Judiciário jamais poderia ser alterada no processo administrativo, pois tal procedimento feriria a Constituição Federal, que adota o princípio da unicidade da jurisdição.

No mesmo sentido a Súmula CARF n.º 1:

“Súmula CARF n.º 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.”

Logo, entendo ser definitivo na esfera administrativa o ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/UBL N.º 0136/2015, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2015, que excluiu a manifestante do regime especial de tributação. Nesta nova situação, somente o magistrado que conheceu da causa poderá decidir acerca da suspensão ou desconstituição dos efeitos do ato, ficando prejudicados os pedidos neste sentido.

Do todo exposto, voto por não conhecer da manifestação de inconformidade no mérito e declarar a definitividade, na esfera administrativa, da exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Consta no voto condutor do Acórdão da 2ª Turma DRJ/JFA/MG n.º 09-60.940, de 20.10.2016, e-fls. 69-75, que a impugnação não foi conhecida. Trata-se de questão preliminar incompatível com julgamento do mérito.

A causa de pedir é o fato jurígeno e o objeto é o que se pede na aplicação da lei ao caso concreto. Para fins de caracterização da pretensão resistida qualificada no contexto do rito da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006 e do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, o nexo de causalidade entre estes dois institutos deve restar configurado.

Por conseguinte, ainda que o recurso voluntário tenha sido apresentado pela Recorrente no prazo legal, o Ato Declaratório Executivo DRF/UBL/MG n.º 136, de 30.11.2015,

com efeitos a partir de 01.01.2015, e-fl. 45, é definitivo, pois não foi instaurada a fase litigiosa no procedimento.

Princípio da Legalidade

Tem-se que nos estritos termos legais este procedimento está de acordo com o princípio da legalidade ao qual o agente público está vinculado em razão da obrigatoriedade da aplicação da lei de ofício (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de julho de 2015).

Dispositivo

Em assim sucedendo, voto em não conhecer do recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva