



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

Processo n° 11020.001345/2009-13
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1803-002.560 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 03 de março de 2015
Matéria LUCRO ARBITRADO
Recorrente JRM SILVA COMÉRCIO DE SUCATAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2005, 2006

SIMPLES. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. EXCESSO DE RECEITA BRUTA APURADO PELA FISCALIZAÇÃO. ANO-CALENDÁRIO ANTERIOR DECAÍDO.

Tratando-se de ano-calendário anterior decaído e, pois, não passível de ação fiscal e de autuação, não pode, esse, se prestar a embasar exclusão de ofício do Simples fundada em excesso de receita bruta apurado pela fiscalização.

LUCRO ARBITRADO. AUTOS DE INFRAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.

Sendo irregular o desenquadramento da empresa do Simples, sem a competente autuação fiscal relativa ao ano-calendário anterior, a alterar a receita bruta declarada, também não procede o lançamento de ofício efetuado com base no lucro arbitrado, nos anos-calendário seguintes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Carmen Ferreira Saraiva e Ricardo Diefenthaler. Designado o Conselheiro Sérgio Rodrigues Mendes para redigir o voto vencedor. Ausente momentaneamente a Conselheira Cristiane Silva Costa.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Relatora e Presidente

(assinado digitalmente)

Sérgio Rodrigues Mendes - Redator Designado

Composição do colegiado. Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sérgio Rodrigues Mendes, Arthur José André Neto, Cristiane Silva Costa, Ricardo Diefenthaler, Meigan Sack Rodrigues e Carmen Ferreira Saraiva.

Relatório

Exclusão do Simples

A Recorrente optante pelo Sistema Integrado de Pagamentos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/CXL nº 11, de 14.04.2009, fl. 86, com efeitos a partir de 01.01.2004:

Art. 1º O contribuinte JRM SILVA COMÉRCIO DE SUCATA LTDA, CNPJ nº 05.050.691/0001-51, excluído de sua opção pela sistemática de pagamentos de tributos e contribuições de que trata o artigo 3º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, denominada SIMPLES, em virtude da mesma ter auferido receita bruta em valor superior ao limite a que se refere o inciso II do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996; inciso II do art 192 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999.

Art. 2º Os efeitos da exclusão ocorrem a partir de 01/01/2004, de acordo com o disposto no inciso IV do artigo 15 da Lei 9.317, de 05 de dezembro de 1996; no inciso IV do, artigo 196 do Decreto nº 3.000 de 26 de março de 1999.

Autos de Infração

I - Contra a Recorrente acima identificada foi lavrado o Auto de Infração às fls. 02-07 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$106.801,05 a título de Imposto Sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), juros de mora e multa de ofício proporcional, apurado pelo regime de tributação com base no lucro arbitrado referente aos segundo, terceiro e quarto trimestres do ano-calendário de 2004 e ainda aos quatro trimestres do ano-calendário de 2005.

Consta na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal:

Razão do arbitramento no(s) período(s): 06/2004 09/2004 12/2004 03/2005 06/2005 09/2005 12/2005

Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que a escrituração mantida pelo contribuinte é imprestável para determinação do Lucro Real, em virtude dos erros e falhas abaixo enumeradas: [...]

A partir de 01/04/1999 Art. 530, inciso II, do RIR/99.

001 - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA
DEPÓSITO BANCÁRIO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

Valor apurado conforme relatório de auditoria em anexo. [...]

Arts. 27, inciso I, e 42 da Lei nº 9.430/96; Arts. 532 e 537 do RIR/99. [...]

002- RECEITAS OPERACIONAIS (ATIVIDADE NÃO IMOBILIÁRIA) -
REVENDA DE MERCADORIAS

Valor apurado conforme relatório de auditoria em anexo. [...]

Art. 532 do RIR/99.

Em decorrência de serem os mesmos elementos de provas indispensáveis à comprovação dos fatos ilícitos tributários foram constituídos os seguintes créditos tributários pelos lançamentos formalizados neste processo:

II – O Auto de Infração às fls. 08-13 a exigência do crédito tributário no valor de R\$72.913,55 a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), juros de mora e multa de ofício proporcional.

Consta na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal:

001 - CSLL SOBRE O LUCRO ARBITRADO

Valor apurado conforme relatório de auditoria fiscal em anexo. [...]

Art. 2º e §§, da Lei nº 7.689/88; Art. 20 da Lei nº 9.249/95; Art. 29 da Lei nº 9.430/96; Art. 37 da Lei nº 10.637/02.

002 - CSLL SOBRE OMISSÃO DE RECEITA

Valor apurado conforme relatório de auditoria em anexo. [...]

Art. 2º e §§, da Lei nº 7.689/88; Art. 24 da Lei nº 9.249/95; Art. 29 da Lei nº 9.430/96; Art. 37 da Lei nº 10.637/02.

III - O Auto de Infração às fls. 14-17 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$47.930,19 a título de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), juros de mora e multa de ofício proporcional.

Consta na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal:

001 - PIS (FATURAMENTO)

FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO E/OU DECLARAÇÃO

Valor apurado conforme relatório da Auditoria Fiscal em anexo. [...]

Arts. 1º e 3º, da Lei Complementar nº07/70; Arts. 2º, inciso I, alínea "a" e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/02.

IV – O Auto de Infração às fls.18-21 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$209.999,93 a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), juros de mora e multa de ofício proporcional.

Consta na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal:

001 - COFINS

FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO E/OU DECLARAÇÃO

Valor apurado conforme relatório da Auditoria Fiscal em anexo. [...]

Arts. 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/02.

Instauração do Litígio

Cientificada, a Recorrente apresentou as impugnações, fls. 505-533, em face dos Autos de Infração e da exclusão do Simples.

Em relação aos Autos de Infração faz um relato sobre a ação fiscal e suscita:

I – 1ª PRELIMINAR: DA NULIDADE DA AUTUAÇÃO POR MANIFESTA ILEGALIDADE EM SUA FUNDAMENTAÇÃO:

O lançamento tributário impugnado tem como pressuposto fático a exclusão do contribuinte, ora Impugnante, do sistema SIMPLES de apuração e recolhimento de tributos.

Entretanto, a citada exclusão do programa se deu de maneira indevida. [...]

A determinação objetiva da norma conformada pelos dispositivos legais supra indica:

(a) na hipótese de exclusão de ofício, por quaisquer situações excludentes, a expedição de ato declaratório por parte da Autoridade Administrativa;

(b) imperiosa determinação de notificação do contribuinte;

(c) expressa indicação das modalidades de notificação aceitas. [art. 37 da Constituição Federal, art. 15 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e art. 7º e art. 23 do Decreto nº 70.235, de 06 de janeiro de 1972].

Realiza-se, assim, a imposição constitucional contida no princípio da publicidade dos atos da Administração Pública [...].

Tal regra foi positivada pela Lei do SIMPLES (art. 15, § 3º), cuja norma não pode ser violada - sequer por sentença judicial - os Tribunais pátrios confirmam sua validade e compulsória observância.

Assim, pois, ausente a prévia notificação pessoal do contribuinte pretensamente excluído do sistema SIMPLES, tem-se por nulo o ato declaratório - ainda que publicado no órgão de imprensa. [...]

Como acima demonstrado e comprovado, dada a nulidade do ato administrativo de exclusão da Impugnante do sistema SIMPLES, tem-se por inválida a fundamentação do lançamento tributário hostilizado.

II – 2ª PRELIMINAR: DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE EXCLUIR O CONTRIBUINTE DO SIMPLES:

Operou-se a decadência de a Autoridade Fiscal excluir o Impugnante do SIMPLES considerando as receitas do ano de 2003 - forte no transcurso do prazo quinquenal sem que houvesse ato anterior.

Dessa feita, é indevida a consideração de efeitos a partir de janeiro de 2004.

III - DA PERFECTIBILIZAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES COMO PRESSUPOSTO NECESSÁRIO PARA A VALIDADE DO LANÇAMENTO IMPUGNADO:

O ato administrativo de exclusão do SIMPLES é objeto de Manifestação de Inconformidade.

Logo, dada a incidência das regras do processo administrativo tributário, restam suspensos (inexigíveis) os seus efeitos - inclusive o lançamento tributário hostilizado nesta peça.

Por conseguinte, deve ser sobrestada a análise, avaliação e exigência do lançamento impugnado até que seja proferida definitiva decisão administrativo sobre a validade do Ato Declaratório Executivo nº 11, de 14/04/2009, publicado no DJU de 15/04/2009.

IV - DA IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SIMPLES:

O Ato Declaratório Executivo de nº 11, de 14/04/2009, publicado no DOU de 15/04/2009, opera em sentido contrário ao ordenamento jurídico pátrio. [...].

Ora, o crédito tributário constituído e quitado em consonância com a legislação pertinente a cada fato gerador, é perfectibilizado e extinto - em conformidade com as normas gerais de Direito Tributário contidas no CTN, notadamente dos artigos 156, VII, e 149, § único, impossibilitando, pois, a sua desconstituição por meio de (irrazoável e desproporcional) sanção. [...]

Por conseguinte, deve ser anulada a produção retroativa de efeitos da exclusão do Impugnante do sistema SIMPLES - após a perfectibilização de ato excludente adequado à legislação aplicável.

V - DA IMPOSSIBILIDADE DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO SOBRE MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS DE NATUREZA DIVERSA DA BASE DE CÁLCULO LEGAL DOS TRIBUTOS LANÇADOS (RECEITA):

Incorre em manifesta legalidade o lançamento tributário impugnado quando aponta como base de cálculo rubricas não previstas na norma de imposição tributária - in casu, receita e faturamento.

Ao pretender exigir tributo sobre movimentações que não representam receita ou faturamento, a Autoridade Fiscal desbordou os limites da imposição tributária, incorrendo em manifesta ilegalidade. [...]

Cumpra referir que os valores retro indicados não podem ser arbitrariamente imputados como base de cálculo das exações lançadas.

Fulcra-se a assertiva acima no fato de que a legislação tributária não admite a alteração de natureza das movimentações financeiras, transmutando trânsito de valores em receitas/faturamento em absoluta desconsideração dos institutos próprios do Direito Civil - a teor do preceituado no art. 110, Codex Tributário. Reconhecer como válida a exigência tributária sobre as rubricas acima indicadas [cobranças interbancárias, operação de desconto de título, TED] significaria conceder válida a uma ficção da Autoridade Fiscal, silente de demonstração e fundamentação.

VI - DA PRESTABILIDADE DA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE IMPUGNANTE:

Justificada por evasivas, incorre em manifesta legalidade o lançamento tributário por arbitramento com base na imprestabilidade da contabilidade do contribuinte, ora Impugnante. [...]

Ademais, inexistente elemento objetivo à desconsideração de instrumentos contábeis apurados por profissional habilitado, é descabida a, desconsideração da escrita contábil apresentada. [...]

Repisa-se: não há demonstração de evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária, ou determinar o lucro real (art. 530, Decreto nº 3.000/1999 -RIR/1999).

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui que:

Isso posto, com fulcro no acima aduzido, o Impugnante REQUER:

- a) Seja recebida e processada a presente Impugnação à Auto de Infração (Lançamento Tributário) em seus regulares efeitos;
- b) Seja acolhida a preliminar de nulidade do lançamento tributário em tela, face a inexistência de notificação prévia do contribuinte de ato administrativo de sua exclusão do sistema SIMPLES;
- c) Seja acolhida a 2ª preliminar e declarada a decadência de a Autoridade Fiscal excluir o Impugnante do sistema SIMPLES em relação às receitas auferidas no exercício de 2003, anulando-se os correspectivos efeitos apontados na peça impugnada;
- d) Seja sobrestada a análise e exigibilidade da notificação de lançamento e auto de infração em tela até que sobrevenha decisão administrativa definitiva a cerca da validade do ato de exclusão do SIMPLES;
- e) Seja desconsiderada a produção retroativa de efeitos da exclusão do sistema SIMPLES - após a perfectibilização de ato de exclusão, em conformidade à espécie legislativa aplicável; logo, se restarem valores subsistentes da autuação, que sejam exigidos com aplicação da incidência tributária prevista na Lei nº 9.317/1996;

f) Seja declarada a nulidade do Auto de Infração RFB processo nº 11020.001345/2009-13 (MPF nº 1010600/00092/08), e, caso persista o lançamento ou a autuação, sejam excluídos os valores que não possuam natureza própria da base de cálculo legal das exações em comento, ou seja, aqueles que diferem de receita e faturamento típicos;

g) Seja deferido o direito de produção de prova por todos os meios admitidos pelo ordenamento pátrio;

h) Seja reconhecido como válido o instrumento de mandato já apensado aos presentes autos.

No que diz respeito à exclusão do Simples faz um relato sobre o procedimento e argumenta:

I - DA NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO ATACADO:

A hostilizada exclusão do sistema SIMPLES em tela se deu de maneira indevida.

Coerente com a principiologia constitucional - e zelosa com as diretrizes que determinam e norteiam o sistema jurídico pátrio -, a Lei do SIMPLES (Lei nº 9.317/1996) contempla expressamente as hipóteses de exclusão e, fundamental para o caso em comento, a forma dessa exclusão.

Ao não considerar o positivado no artigo 15, § 3º, da Lei nº 9.317/96, a Autoridade Fiscal, promove ato administrativo contrário à lei federal - em oposição ao sistema jurídico positivado e vigente. [...]

A determinação objetiva da norma conformada pelos dispositivos legais supra indica:

(a) na hipótese de exclusão de ofício, por quaisquer situações excludentes, a expedição de ato declaratório por parte da Autoridade Administrativa;

(b) imperiosa determinação de notificação do contribuinte;

(c) expressa indicação das modalidades de notificação aceitas. [art. 37 da Constituição Federal, art. 15 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e art. 7º e art. 23 do Decreto nº 70.235, de 06 de janeiro de 1972].

Realiza-se, assim, a imposição constitucional contida no princípio da publicidade dos atos da Administração Pública [...].

Tal regra foi positivada pela Lei do SIMPLES (art. 15, § 3º), cuja norma não pode ser violada - sequer por sentença judicial - os Tribunais pátrios confirmam sua validade e compulsória observância.

Assim, pois, ausente a prévia notificação pessoal do contribuinte pretensamente excluído do sistema SIMPLES, tem-se por nulo o ato declaratório - ainda que publicado no órgão de imprensa. [...]

Como acima demonstrado e comprovado, dada a nulidade do ato administrativo de exclusão da Impugnante do sistema SIMPLES, tem-se por inválida a fundamentação do lançamento tributário hostilizado.

II - DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE EXCLUIR O CONTRIBUINTE DO SIMPLES:

Operou-se a decadência de a Autoridade Fiscal excluir o Impugnante do SIMPLES considerando as receitas do ano de 2003 - forte no transcurso do prazo quinquenal sem que houvesse ato anterior.

Dessa feita, é indevida a consideração de efeitos a partir de janeiro de 2004.

III - DA IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SIMPLES:

O Ato Declaratório Executivo de nº 11, de 14/04/2009, publicado no DOU de 15/04/2009, opera em sentido contrário ao ordenamento jurídico pátrio.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui que:

Por conseguinte, deve ser anulada a produção retroativa de efeitos da exclusão do Impugnante do sistema SIMPLES - após a perfectibilização de ato excludente adequado à legislação aplicável.

Isso posto, com fulcro no acima aduzido, o Impugnante REQUER:

a) Seja recebida e processada a presente Manifestação de Inconformidade contra ato de exclusão do em seus regulares efeitos;

b) Seja acolhida a preliminar de nulidade do ato administrativo em comento, face a inexistência de notificação prévia do contribuinte de ato administrativo de sua exclusão do sistema SIMPLES;

c) Seja acolhida a 2ª preliminar e declarada a decadência de a Autoridade Fiscal excluir o Impugnante do sistema SIMPLES em relação às receitas auferidas no exercício de 2003, anulando-se os correspondentes efeitos apontados no ato impugnado;

d) Seja sobrestada a análise e exigibilidade da notificação de lançamento e auto de infração RFB nº 11020.001345/2009-13 até que sobrevenha decisão administrativa definitiva a cerca da validade do ato de exclusão do SIMPLES;

e) Seja desconsiderada a produção retroativa de efeitos da exclusão do sistema SIMPLES - após a perfectibilização de ato de exclusão, em conformidade à espécie legislativa aplicável; logo, se restarem valores subsistentes da autuação, que sejam exigidos com aplicação da incidência tributária prevista na Lei nº 9.317/1996;

f) Seja julgada procedente a presente manifestação de inconformidade para anular o Ato Declaratório Executivo nº 11 de 14/04/2009, publicado no DJU de 15/04/2009, ou alternativamente restringir seus efeitos ao exercício de 2005 (uma vez que decaído o direito de exclusão quanto ao exercício de 2003) e desconsiderada a retroação de efeitos, tal qual acima demonstrado e comprovado;

g) Sejam os efeitos produzidos pelo julgamento desta peça estendidos ao Auto de Infração RFB processo 11020.001345/2009-13 (MPF nº 1010600/00092/08);

h) Seja deferido o direito de produção de prova por todos os meios admitidos pelo ordenamento pátrio.

Está registrado como ementa do Acórdão da 2ª TURMA/DRJ/SDR/BA nº 15-27.244, de 25.05.2011, fls. 546-558:

Assunto: Norma Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2004, 2005

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

O afastamento da aplicabilidade de lei ou de ato normativo pelos órgãos judicantes da Administração Fazendária está necessariamente condicionado à existência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal declarando sua inconstitucionalidade.

DECADÊNCIA. EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES.

É insustentável a alegação de decadência do ato administrativo que excluiu a pessoa jurídica do Simples, mormente quando os lançamentos tributários decorrentes dessa exclusão foram realizados antes de transcorrido o prazo quinquenal contado a partir da data da ocorrência dos respectivos fatos geradores.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2004, 2005

NULIDADE.

Descabe a arguição de nulidade quando se verifica que o ato declaratório questionado foi emitido pela autoridade fiscal competente para fazê-lo, e em consonância com a legislação vigente, o mesmo ocorrendo em relação aos Autos de Infração lavrados.

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

Ano-calendário: 2004, 2005

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. EXCESSO DE RECEITA BRUTA. EFEITOS.

Ultrapassado o limite anual de receita bruta estabelecido pela legislação de regência, resta autorizada a exclusão de ofício da empresa de pequeno porte do Simples Federal, a partir do ano-calendário subsequente àquele em que o limite foi excedido.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005

ARBITRAMENTO DO LUCRO. VÍCIOS E FALHAS NA ESCRITA.

Procede o arbitramento do lucro da pessoa jurídica, quando se verifica que sua escrituração apresenta erros e deficiências que não permitem a correta determinação do lucro real.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Caracterizam receitas omitidas os valores creditados em contas correntes mantidas junto a instituições financeiras, cuja origem não é comprovada pela pessoa jurídica titular, quando regularmente intimada, mediante a apresentação de documentação hábil e idônea.

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS/Pasep Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins Confirmada, quando da apreciação do lançamento principal, a ocorrência dos fatos geradores que deram causa aos lançamentos decorrentes, há que ser dado a estes igual entendimento.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Notificada em 28.06.2011, fl. 563, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 26.07.2011, fls. 565-580, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade.

Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge e reitera as alegações apresentadas na pela impugnatória.

Vale transcrever essencialmente:

I – 1ª PRELIMINAR: DA NULIDADE DA AUTUAÇÃO POR MANIFESTA ILEGALIDADE EM SUA FUNDAMENTAÇÃO: [...]

O lançamento tributário impugnado tem como pressuposto fático a exclusão do contribuinte, ora Impugnante, do sistema SIMPLES de apuração e recolhimento de tributos.

Entretanto, a citada exclusão do programa se deu de maneira indevida. [...]

A determinação objetiva da norma conformada pelos dispositivos legais supra indica:

(a) na hipótese de exclusão de ofício, por quaisquer situações excludentes, a expedição de ato declaratório por parte da Autoridade Administrativa;

(b) imperiosa determinação de notificação do contribuinte;

(c) expressa indicação das modalidades de notificação aceitas. [art. 37 da Constituição Federal, art. 15 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e art. 7º e art. 23 do Decreto nº 70.235, de 06 de janeiro de 1972].

Realiza-se, assim, a imposição constitucional contida no princípio da publicidade dos atos da Administração Pública [...].

Tal regra foi positivada pela Lei do SIMPLES (art. 15, § 3º), cuja norma não pode ser violada - sequer por sentença judicial - os Tribunais pátrios confirmam sua validade e compulsória observância.

Assim, pois, ausente a prévia notificação pessoal do contribuinte pretensamente excluído do sistema SIMPLES, tem-se por nulo o ato declaratório - ainda que publicado no órgão de imprensa. [...]

Como acima demonstrado e comprovado, dada a nulidade do ato administrativo de exclusão da Impugnante do sistema SIMPLES, tem-se por inválida a fundamentação do lançamento tributário hostilizado.

II – 2ª PRELIMINAR: DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE EXCLUIR O CONTRIBUINTE DO SIMPLES:

Operou-se a decadência de a Autoridade Fiscal excluir o Impugnante do SIMPLES considerando as receitas do ano de 2003 - forte no transcurso do prazo quinquenal sem que houvesse ato anterior.

Dessa feita, é indevida a consideração de efeitos a partir de janeiro de 2004.

III - DA PERFECTIBILIZAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES COMO PRESSUPOSTO NECESSÁRIO PARA A VALIDADE DO LANÇAMENTO IMPUGNADO:

O ato administrativo de exclusão do SIMPLES é objeto de Manifestação de Inconformidade.

Logo, dada a incidência das regras do processo administrativo tributário, restam suspensos (inexigíveis) os seus efeitos - inclusive o lançamento tributário hostilizado nesta peça.

Por conseguinte, deve ser sobrestada a análise, avaliação e exigência do lançamento impugnado até que seja proferida definitiva decisão administrativo sobre a validade do Ato Declaratório Executivo nº 11, de 14/04/2009, publicado no DJU de 15/04/2009.

IV - DA IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SIMPLES:

O Ato Declaratório Executivo de nº 11, de 14/04/2009, publicado no DOU de 15/04/2009, opera em sentido contrário ao ordenamento jurídico pátrio. [...].

Ora, o crédito tributário constituído e quitado em consonância com a legislação pertinente a cada fato gerador, é perfectibilizado e extinto - em conformidade com as normas gerais de Direito Tributário contidas no CTN, notadamente dos artigos 156, VII, e 149, § único, impossibilitando, pois, a sua desconstituição por meio de (irrazoável e desproporcional) sanção. [...]

Por conseguinte, deve ser anulada a produção retroativa de efeitos da exclusão do Impugnante do sistema SIMPLES - após a perfectibilização de ato excludente adequado à legislação aplicável.

V - DA IMPOSSIBILIDADE DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO SOBRE MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS DE NATUREZA DIVERSA DA BASE DE CÁLCULO LEGAL DOS TRIBUTOS LANÇADOS (RECEITA):

Incorre em manifesta legalidade o lançamento tributário impugnado quando aponta como base de cálculo rubricas não previstas na norma de imposição tributária - in casu, receita e faturamento.

Ao pretender exigir tributo sobre movimentações que não representam receita ou faturamento, a Autoridade Fiscal desbordou os limites da imposição tributária, incorrendo em manifesta ilegalidade. [...]

Cumpra referir que os valores retro indicados não podem ser arbitrariamente imputados como base de cálculo das exações lançadas.

Fulcra-se a assertiva acima no fato de que a legislação tributária não admite a alteração de natureza das movimentações financeiras, transmutando trânsito de valores em receitas/faturamento em absoluta desconsideração dos institutos próprios do Direito Civil - a teor do preceituado no art. 110, Codex Tributário. Reconhecer como válida a exigência tributária sobre as rubricas acima indicadas [cobranças interbancárias, operação de desconto de título, TED] significaria conceder válida a uma ficção da Autoridade Fiscal, silente de demonstração e fundamentação.

VI - DA PRESTABILIDADE DA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE IMPUGNANTE:

Justificada por evasivas, incorre em manifesta legalidade o lançamento tributário por arbitramento com base na imprestabilidade da contabilidade do contribuinte, ora Impugnante. [...]

Ademais, inexistente elemento objetivo à desconsideração de instrumentos contábeis apurados por profissional habilitado, é descabida a, desconsideração da escrita contábil apresentada. [...]

Repisa-se: não há demonstração de evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária, ou determinar o lucro real (art. 530, Decreto nº 3.000/1999 -RIR/1999).

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui que:

Isso posto, com fulcro no acima aduzido, o Impugnante REQUER:

- a) Seja recebida e processada o presente Recurso Voluntário em seus regulares efeitos;
- b) Seja acolhida a preliminar de nulidade do lançamento tributário em tela, face a inexistência de notificação prévia do contribuinte de ato administrativo de sua exclusão do sistema SIMPLES;
- c) Seja acolhida a 2ª preliminar e declarada a decadência de a Autoridade Fiscal excluir o Impugnante do sistema SIMPLES em relação às receitas auferidas no exercício de 2003, anulando-se os correspectivos efeitos apontados na peça impugnada;
- d) Seja sobrestada a análise e exigibilidade da notificação de lançamento e auto de infração em tela até que sobrevenha decisão administrativa definitiva a cerca da validade do ato de exclusão do SIMPLES;
- e) Seja desconsiderada a produção retroativa de efeitos da exclusão do sistema SIMPLES - após a perfectibilização de ato de exclusão, em conformidade à espécie legislativa aplicável; logo, se restarem valores subsistentes da autuação, que sejam exigidos com aplicação da incidência tributária prevista na Lei nº 9.317/1996;

f) Seja declarada a nulidade do Auto de Infração RFB processo nº 11020.001345/2009-13 (MPF nº 1010600/00092/08), e, caso persista o lançamento ou a autuação, sejam excluídos os valores que não possuam natureza própria da base de cálculo legal das exações em comento, ou seja, aqueles que diferem de receita e faturamento típicos;

g) Seja deferido o direito de produção de prova por todos os meios admitidos pelo ordenamento pátrio;

h) Seja reconhecido como válido o instrumento de mandato já apensado aos presentes autos.

Toda numeração de folhas indicada nessa decisão se refere à paginação eletrônica dos autos em sua forma digital ou digitalizada.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele tomo conhecimento, inclusive para os efeitos do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional.

A Recorrente pugna pela "inexistência de notificação prévia do contribuinte de ato administrativo de sua exclusão do sistema SIMPLES" e que deve ser "reconhecido como válido o instrumento de mandato já apensado aos presentes autos".

A intimação é o ato formal pelo qual se chama o sujeito passivo ao processo administrativo fiscal a fim de que ele possa se defender e assim, completar-se a relação processual e para que o torne vinculado aos efeitos do ato de exclusão do Simples e dos lançamentos de ofício. A instauração na fase litigiosa no procedimento implementa as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório com a citação válida para o aperfeiçoamento da relação processual e com a observância de todos os requisitos legais que conferem existência, validade e eficácia aos atos administrativos, nos estritos termos dos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal e do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

A Recorrente foi notificada pessoalmente do ato de exclusão e das exigências em 15.04.2009 com assinatura do Sr. José Gilberto da Silva, cargo de diretor, CPF 311.679.609-49, fls. 03, 09, 15, 19, 54, 85 e 86 e da decisão de primeira instância em 28.06.2011, fl. 563.

O mencionado preposto consta do Contrato Social, fls. 118-120 e na procuração por meio da qual nomeou seu bastante procurador para fins de atuar no presente processo, fl. 53, estando essa última assinatura com firma reconhecida pelo Terceiro Tabelionato de Notas de Caxias do Sul/RS.

O recurso voluntário é apresentado pelo representante legal da Recorrente, Dr. José Eduardo Schuh, OAB/RS nº 21.578, fl. 580, em conformidade com a Procuração com assinatura do Sr. José Gilberto da Silva, fls. 582-591, também com firma reconhecida pelo Serviço Notarial e Registro de Ana Rech da Comarca de Caxias do Sul/RS.

Restaram comprovadas as ciências válidas para se defender do ato de exclusão, das exigências em 15.04.2009, fls. 03, 09, 15, 19, 54, 85 e 86, e da decisão de primeira instância em 28.06.2011, fl. 563. A afirmação suscitada pela defendente, destarte, não é pertinente.

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos e que o julgamento do recurso voluntário pertinente aos Autos de Infração devem ficar sobrestado até o julgamento definitivo do recurso voluntário relativo ao ato de exclusão do Simples.

Cabe ao Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, no exercício da competência da RFB, em caráter privativo constituir o crédito tributário pelo lançamento. Esta atribuição é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, ainda que ele seja de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo. É a autoridade legitimada para proceder ao exame da escrita fiscal da pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador.

Nos casos em que dispuser de elementos suficientes, o ato de exclusão e os Autos de Infração podem ser lavrados sem prévia intimação à pessoa jurídica no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do seu estabelecimento, cujos autos devem estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. Estes atos administrativos (o ato de exclusão e os Autos de Infração), sim, não prescindem da intimação válida para que se instaure o processo, vigorando na sua totalidade os direitos, deveres e ônus advindos da relação processual de modo a privilegiar as garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes¹.

As manifestações unilaterais da RFB foram formalizadas por atos administrativos que, como uma espécie de ato jurídico, devem estar revestidos dos atributos que lhes conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade, ou seja, para que produzam efeitos que vinculem o administrado deve ser emitidos (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. Tratando-se de ato vinculado, a Administração Pública tem o dever de motivá-lo no sentido de evidenciar sua expedição com os requisitos legais².

A Ato Declaratório Executivo DRF/CXL nº 11, de 14.04.2009, à fl. 86 e os Autos de Infração foram lavrados por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, que verificou o ilícito e as determinações legais respectivamente à exclusão do Simples e ainda a

¹ Fundamentação legal: inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 142 e art. 195 do Código Tributário Nacional, art. 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, art. 9º, art. 10, art. 23 e 59 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, Decreto nº 6.104, de 30 de abril de 2007, art. 2º e art. 4º da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999 e Súmulas CARF nºs 6, 8, 27 e 46.

² Fundamentação legal: art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e

ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo, aplicou a penalidade cabível e determinou as exigências com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-las ou impugná-las no prazo legal, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional, art. 23 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e § 3º do art. 15 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

As Autoridade Fiscais agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Tendo em vista que a atividade do lançamento é vinculada, a escrituração e os documentos comprobatórios dos lançamentos nela efetuados podem ser examinados pelo Erário e a pessoa jurídica tem o dever de exibi-los e prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.³ Ademais, as exigências de ofício podem ser realizadas sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário, de acordo com a Súmula CARF nº 46.

A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente e da qual a pessoa jurídica foi regularmente cientificada. Ainda, na apreciação da prova, a autoridade julgadora formou livremente sua convicção, em conformidade do princípio da persuasão racional.⁴ Assim, o Ato Declaratório Executivo DRF/CXL nº 11, de 14.04.2009, fl. 86, os Autos de Infração, fls. 02-45 e o Acórdão da 2ª TURMA/DRJ/SDR/BA nº 15-27.244, de 25.05.2011, fls. 546-558, contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

Da decisão de primeira instância em 28.06.2011, fl. 563, foi intimada por via postal, observando que é “válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário”, conforme Súmula CARF nº 9.

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos no processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos, em observância às garantias ao devido processo legal. O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício.

Além disso, o julgamento do recurso voluntário pertinente aos Autos de Infração não pode ficar sobrestado até o julgamento definitivo do recurso voluntário relativo ao ato de exclusão do Simples, tendo em vista que falta de previsão legal para tanto e que ambos os feitos foram formalizados nos presentes autos e devem ser analisados concomitantemente já que são decorrentes (Portaria RFB nº 666, de 24 de abril de 2008). A proposição afirmada pela defendente, desse modo, não tem cabimento.

A Recorrente solicita a realização de todos os meios de prova.

³ Fundamentação legal: art. 142 e art. 195 do Código Tributário Nacional, art. 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, art. 10 e art. 59 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 2º e art. 4º da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal.

⁴ Fundamentação legal: art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

Sobre a matéria, vale esclarecer que no presente caso se aplicam as disposições do processo administrativo fiscal que estabelece que a peça de defesa deve ser formalizada por escrito incluindo todas as teses e instruída com os todos documentos em que se fundamentar, precluindo o direito de a Recorrente praticar este ato e apresentar novas razões em outro momento processual, salvo a ocorrência de quaisquer das circunstâncias ali previstas, tais como fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos⁵.

Consta no Relatório de Atividade Fiscal, fls. 46-54, cujas informações estão comprovadas nos autos e cujos fundamentos cabem ser adotados de plano:

Amparado pelo Mandado de Procedimento Fiscal-Diligência nº 10.1.06.00-2007-00396-2 o sujeito passivo acima identificado foi intimado do início do procedimento fiscal em 09/1.0/2007 (fls. 116/118), onde foram solicitados os extratos, em meio magnético, da movimentação financeira nas contas de depósito, de sua titularidade, mantidas junto às instituições financeiras: União de Brasileiros S/A - UNIBANCO e Banco Itaú S/A, do período de 01/01/2003 a 31/12/2005.

Em 16/10/2007 e 17/10/2007 o contribuinte encaminha ao Unibanco e ao Banco Itaú, pedido de fornecimento dos extratos bancários em meio magnético (fls. 1.19/120). Em 18/12/2007 foi intimado a apresentar as justificativas que levaram a não apresentação dos extratos em meio magnético e apresentar autorização, por escrito, para que a RFB solicite diretamente às instituições financeiras os referidos extratos (fls. 123/124). Em manifestação de 20/12/2007 junta as autorizações solicitadas (fl. 125). O Banco União de Brancos Brasileiro S/A - Unibanco encaminha a RFB em 31/10/2007 os extratos bancários em meio magnético do período 06/11/2003 a 23/12/2005 (fls. 128/129). [...]

Diante destes fatos, amparado pelo Mandado de Procedimento Fiscal nº 10.1.06.00-2008-00092-4 (fls. 130/131), damos continuidade ao procedimento fiscal, intimando o sujeito passivo, em 17/02/2009 (fls. 132/165) a comprovar a origem, dos créditos em contas de depósito. Em 09/03/2009, manifestando-se sobre a intimação, por intermédio de seu procurador José Eduardo Schuh, (fl. 114) apresenta cópia dos atos constitutivos da sociedade, a contabilidade (livros diário e razão) e pleiteia prorrogação de prazo para apresentação dos demais documentos/informações, no que é atendido. O prazo foi prorrogado para 18/03/2009 (fl. 166). Tendo em vista que a contabilidade (livros diário e razão), isoladamente, não faz prova plena da origem dos recursos movimentados, reintimamos em 19/03/2009 (fls. 243/244) a apresentar o plano de contas e justificar a origem dos créditos relacionados nos anexos (I e II) desta intimação (fls. 245/276).

Em 26/03/2009 em resposta à intimação de 19/03/2009 apresenta o plano de contas (rol de contas), folhas contendo a relação das vendas que o sujeito passivo as denominou de registro de saídas, do período de 01/2003 a 12/2005 [fls. 277/313] e notas fiscais de aquisição, emitidas pelos clientes. Por não ter apresentado os documentos e esclarecimentos comprobatórios da origem dos créditos o sujeito passivo é outra vez reintimado; em data de 27/03/2009 (fls. 314/315), concedendo-se novo prazo para comprovar a origem dos créditos, mediante apresentação de documentação hábil e idônea e apresentar os documentos que dão suporte à escrituração contábil do período de 01/01/2003 a 31/12/2005. [...]

⁵ Fundamentação legal: art. 16 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e art. 170 do Código Tributário Nacional.

Constata-se que após contato com representantes do sujeito passivo em 31/01/2007 o mesmo refez sua contabilidade e encaminhou à RFB, via internet, nova declaração (retificadora) aumentando o valor da receita bruta mediante auto arbitramento da receita. [...]

A Recorrente foi cientificada do ato de exclusão e das exigências em 15.04.2009, fls. 03, 09, 15, 19, 54, 85 e 86, e da decisão de primeira instância em 28.06.2011, fl. 563.

Embora lhe fossem oferecidas várias oportunidades no curso do processo a Recorrente não apresentou a comprovação inequívoca de quaisquer fatos que tenham correlação com as situações excepcionadas pela legislação de regência (§ 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

A realização desses meios probantes é prescindível, uma vez que os elementos probatórios produzidos por meios lícitos constantes nos autos são suficientes para a solução do litígio. A justificativa arguida pela defendente, por essa razão, não se comprova.

A Recorrente afirma que fez a opção pelo Simples nos termos legais, e por essa razão os efeitos da exclusão não podem ser retroativos, mesmo porque o procedimento foi alcançado pela decadência.

A citação válida tem o efeito legal de fazer cessar o prazo decadencial, ou seja, entende-se que não mais se opera a caducidade relativamente aos tributos que já foram objeto de lançamento de ofício. Vale lembrar que a caducidade é uma objeção, ou seja, matéria de ordem pública que pode ser conhecida a requerimento da parte ou de ofício, a qualquer tempo e em qualquer instância e definida como a perda do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário pelo lançamento, tendo em vista decurso do lapso temporal de cinco anos previsto em lei.

Nesse sentido, esse direito extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. Observe-se que a partir da notificação do sujeito passivo, de acordo com as formalidades legais, o crédito tributário já existe não podendo se cogitar do transcurso da decadência⁶.

As normas previstas no §4º do art. 150 e o art. 173 do Código Tributário Nacional aplicam-se a constituição do crédito tributário e não a exclusão do Simples.

Sobre a exclusão, tem-se que o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido denominado Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) é mensal e uma opção do sujeito passivo para todo ano-calendário, desde que observados os requisitos legais, devendo ser manifestada mediante a alteração cadastral no prazo previsto em lei.

⁶ Fundamentação legal: § 4º do art. 150 do art. 173 do Código Tributário Nacional. PAULSEN, Leandro. Direito tributário. Porto Alegre: Esmafe, 2002. p. 818-819.

NEDER, Marcos Vinicius et al. Processo administrativo fiscal federal comentado. São Paulo: Dialética, 2010. p.

A pessoa jurídica que auferir, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$1.200.000,00 não pode optar pelo Simples. No caso de incorrida em situação excludente, a optante deve obrigatoriamente formalizar alteração cadastral, sob pena de ser excluída de ofício mediante ato declaratório da autoridade fiscal.

A norma trata o ato da exclusão do Simples como declaratório de uma circunstância impeditiva preexistente expressamente prevista em lei, permitindo a retroação de seus efeitos, independentemente se efetuado por comunicação da pessoa jurídica ou de ofício. Tendo em vista a falta do procedimento voluntário, a exclusão de ofício deve ser efetivada por ato declaratório da autoridade fiscal que jurisdicione o sujeito passivo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo administrativo fiscal.

No presente caso o ato de exclusão surte efeito no ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite da receita bruta, termo a partir do qual fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas⁷. Este é o entendimento constante na decisão definitiva de mérito proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em recurso especial repetitivo nº 1124507/MG, cujo trânsito em julgado ocorreu em 16.06.2010 e que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF⁹.

Consta no Relatório de Atividade Fiscal, fls. 46-54, cujas informações estão comprovadas nos autos e cujos fundamentos cabem ser adotados de plano:

A receita bruta anual aferida com base nas notas fiscais de vendas a vista e por presunção pelos depósitos bancários de origem não comprovada, não permite ao sujeito passivo, nos exercícios de 2003, 2004 e 2005, enquadrar-se no regime tributário das Microempresas e das empresas de pequeno porte - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das empresas de Pequeno Porte - SIMPLES. Sendo então excluída do SIMPLES através do Ato Declaratório Executivo DRF/CSL nº. 11, DE 14/04/2009, publicado no Diário Oficial da União de 15/04/2009, produzindo seus efeitos a partir de 01/01/2004 (fl. 86). [...]

[...] na posse dos extratos bancários das contas de depósitos mantidas junto aos bancos: Itaú e Unibanco e das Declarações Simplificada da Pessoa Jurídica - PJSI/SIMPLES do período de 01/01/2003 a 31/12/2005 (em anexo ficha. 04-A Demonstração das Receitas e do Simples a Pagar) da Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - PJSI/SIMPLES (Original e Retificadora) (fls. 169/242) e confrontando a movimentação financeira com a receita bruta, constata-se que embora as declarações retificadoras aumentaram a receita bruta, ainda assim, os valores movimentados nestas contas de depósitos são incompatíveis com a receita bruta declarada, conforme demonstrado no quadro abaixo:

PERÍODOS	MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA	RECEITA BRUTA DECLARADA	% DA MOVIMENTAÇÃO
----------	-------------------------	-------------------------	-------------------

⁷ Fundamentação Legal: art. 2º, art. 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Repetitivo nº 1124507/MG. Ministro Relator: Benedito Gonçalves, Primeira Seção, Brasília, DF, 28 de abril de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=966764&sReg=200900296277&sData=2010506&formato=PDF>. Acesso em: 31 ago. 2014.

⁹ Fundamentação legal: art. 179 da Constituição Federal, Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996 e art. 62-A do

			FINANCEIRA SOBRE A RECEITA BRUTA DECLARADA
2003	1.874.821,31	239.035,81	684,32%
2004	1.546.759,90	218.793,89	606,95%
2005	1.902.016,43	198.198,50	859,65%

Embora o ano-calendário de 2003 não tenha sido objeto de ação fiscal, restou comprovado no conjunto probatório produzidos nos autos de ofício que a Recorrente no período auferiu receita bruta superior a R\$1.200.000,00 e por essa razão a partir de 01.01.2004 não poderia manter-se na sistemática do Simples, uma vez que a partir da data dos efeitos do ato, a Recorrente ficou sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Vale esclarecer que o lançamento de ofício não é condição de procedibilidade da exclusão do Simples, que impõe que a causa da situação excludente fique comprovada nos autos. Esse requisito foi observado pelas autoridades fiscais, que demonstraram de forma clara, explícita e congruente que no ano-calendário de 2003 que a Recorrente auferiu receita bruta superior a R\$1.200.000,00.

Por essa razão, não há qualquer vício no procedimento fiscal, tampouco foi alcançado pela decadência. A inferência denotada pela defendente, nesse caso, não é acertada.

A Recorrente discorda do procedimento fiscal.

A autoridade fiscal tem o direito de examinar a escrituração e os documentos comprobatórios dos lançamentos nela efetuados e a pessoa jurídica tem o dever de exibi-los e conservá-los até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram que modifiquem ou possam vir a modificar sua situação patrimonial, bem como de prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

O pressuposto é de que a pessoa jurídica deve manter os registros de todos os ganhos e rendimentos, qualquer que seja a denominação que lhes seja dada, independentemente da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorram de ato ou negócio. A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor dela dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais, cabendo à autoridade a prova da não veracidade dos fatos registrados.

A autoridade fiscal verificando que a pessoa jurídica deixou de cumprir as obrigações acessórias relativas à determinação do lucro real ou presumido, conforme o caso, deve adotar regime de tributação com base no lucro arbitrado trimestral válido para todo ano-calendário, sendo conhecida ou não a receita bruta, de acordo com as determinações legais. Este regime aplica-se no caso de a pessoa jurídica não mantiver a escrituração na forma das leis comerciais e fiscais ou a escrituração revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências ou deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal ou optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido ou deixar de escriturar e apurar o lucro da sua atividade separadamente do lucro proveniente do exterior.

Em relação à receita bruta ser conhecida, o lucro arbitrado é determinado pelo somatório do ganho de capital, da receita financeira e das demais receitas auferidas incluindo os valores recuperados correspondentes a custos e despesas inclusive com perdas no recebimento de créditos, bem como do valor resultante da aplicação do coeficiente legal correspondente a sua atividade econômica sobre a receita bruta total auferida no período de apuração fixado para o lucro presumido acrescido de 20% (vinte por cento). Quando se tratar de pessoa jurídica com atividades diversificadas serão adotados os percentuais específicos para cada uma das atividades econômicas, cujas receitas deverão ser apuradas separadamente.

A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia incluído o ICMS. Somente podem ser excluídos da receita bruta as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos e os impostos não cumulativos cobrados destacadamente do comprador dos quais o vendedor ou prestador é mero depositário, uma vez que se presume que uma parcela da receita bruta foi consumida na produção dos rendimentos decorrentes da atividade econômica. Vale esclarecer que permanece a obrigatoriedade de comprovação das receitas efetivamente recebidas ou auferidas.

Este regime não é uma sanção, tanto que a pessoa jurídica, desde que preencha as condições legais, pode optar pelo lucro arbitrado com base na receita conhecida mediante o pagamento da primeira quota ou da quota única do imposto devido correspondente ao período. Também pode adotar a tributação com base no lucro presumido nos demais trimestres do ano-calendário, desde que não esteja obrigada à apuração pelo lucro real.

Caracteriza-se como omissão a falta de registro de receita, ressalvada à pessoa jurídica a prova da improcedência, oportunidade em que a autoridade determinará o valor dos tributos com base no lucro arbitrado. Esta apuração de ofício, todavia, não é invalidada pela apresentação, posterior ao lançamento, de livros e documentos imprescindíveis para a apuração do crédito que, após regular intimação, deixaram de ser exibidos no procedimento fiscal, nos termos do enunciado da Súmula CARF nº 59¹⁰.

Ademais, a presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996 dispensa o Erário de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada. Na tributação da omissão de rendimentos ou receitas caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, os depósitos de um mês não servem para comprovar a origem de depósitos havidos em meses subsequentes, em conformidade com as Súmulas CARF nºs 26 e 30.

Constatada a disparidade a pessoa jurídica é intimado a demonstrar a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito. Os valores, em relação aos quais não foram evidenciadas as origens, presumem receitas omitidas, o que dispensa a autoridade administrativa de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada¹¹.

¹⁰ Fundamentação legal: art. 195 do Código Tributário Nacional, art. 51 da Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985, art. 9º e art. 47 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, art. 15, art. 16 e art. 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 1º, art. 25, art. 26 e art. 27 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 e Súmula CARF nº 59.

¹¹ Fundamentação legal: art. 195 do Código Tributário Nacional, art. 51 da Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985, art. 9º e art. 47 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, art. 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de

Os tributos foram apurados de ofício com no lucro arbitrado, conforme está explicado de forma explícita, clara e congruente no Relatório de Atividade Fiscal, fls. 46-54, cujas informações estão comprovadas nos autos e cujos fundamentos cabem ser adotados de plano:

Os créditos de origem, a ser comprovada estão relacionados nos anexos I e II dos termos de intimação de 17/02/2009 e 19/03/2009 (fls. 134/165 e 245/276). Entre os créditos de origem a ser comprovada estão aqueles que constam nos extratos bancários com o histórico: MOV TIT COBRANÇA, CRÉDITO : UNI COBRANÇA e CHEQUES DESCONTADOS (fls. 316/388v) pelo fato de que a empresa, conforme contabilidade; não realizou vendas a prazo. E justificar, também, as bases utilizadas para auto arbitramento das vendas que foram lançadas na conta contábil: 3.1.1.10.40.7405 - Vendas de Mercadorias E S - Vendas Arbitradas, no valor de R\$189.119,01, em 2003, R\$108.096,11 em 2004 e R\$93.869,84 em 2005 (fls: 436/440).

Vencidos todos os prazos estabelecidos nas intimações para apresentação dos documentos e esclarecimentos sobre a origem dos créditos em contas bancárias, o contribuinte limitou-se a apresentar a contabilidade do período (livros diário e razão), o plano de contas (rol de contas), as relações, das vendas com as respectivas notas fiscais e as Declarações Simplificadas da pessoa Jurídica - PJSI - SIMPLES, normais e retificadoras, do período 01/2003 a 12/2005.;

DA CONTABILIDADE [...]

O resultado deste auto arbitramento foi lançado a crédito, na conta contábil "3.1.1.10.40.7405 - Vendas de Mercadorias e S —. Vendas Arbitradas" e, a débito, na conta 1.1.1.10.10.0001- CAIXA, como ingresso de numerários. Com a escrituração dos lançamentos desta operação o saldo do caixa aumentou, passando de R\$33.325,82 em 01/01/2003 para R\$330.275,38 em 31/12/2005 (fls. 389/435). [...]

Constatou-se que na contabilidade apresentada pelo sujeito passivo do período 01/01/2003 a 31/12/2005, (Sem registro na Junta comercial) não estão escriturados os lançamentos nas contas de clientes/créditos das vendas a prazo, embora conste na movimentação financeira créditos relativos a cobrança de títulos (DUPLICATAS DESCONTADAS, MOV TIT COBRANÇA/MOV TIT COB DISP - BANCO ITAÚ E CRÉDITO OPERAÇÃO DESCONTO DE DUPLICATAS, CRÉDITO OPERAÇÃO DESCONTO DE CHEQUES).

Confrontando os extratos bancários com o caixa (conta contábil caixa), verifica-se que os cheques liquidados, via compensação bancária, ingressaram no caixa da empresa na data de sua liquidação, mas os lançamentos correspondentes as suas saídas, pelo pagamento de despesas/custos, não foram escriturados. A empresa escriturou corretamente os lançamentos de entrada no caixa, porém deixou de escriturar os lançamentos de saída pelos pagamentos. À existência de pagamentos é comprovada pela liquidação dos cheques emitidos e liquidados, via compensação bancária, sem a escrituração destes pagamentos. Desta forma a contabilidade não contempla a totalidade das operações realizadas, deixando, portanto, de representar a real situação patrimonial do sujeito passivo. [...]

Pelos fatos relatados acima a contabilidade do sujeito passivo não oferece condições para cálculo do imposto devido pela sistemática do Lucro Real. As

1995, art. 1º e art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 2º, art. 5º e art. 18 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996 e Súmulas CARF nºs 06, 30, 32 e 61.

omissões dos lançamentos relativos aos créditos em contas de depósitos mantidas junto às instituições financeiras (fls. 55/84). E também dos pagamentos efetuados por intermédio de cheques liquidados via compensação bancária e a/alta de apresentação dos respectivos documentos impossibilitaram a apuração do imposto com base nesta sistemática de apuração (Lucro Real).

DA DECLARAÇÃO ANUAL SIMPLIFICADA DA PESSOA JURÍDICA - PJSI, NOTAS FISCAIS E REGISTRO DE SAÍDA.

Apresentou relação de vendas do período de 01/01/2003 a 31/12/2005 com as respectivas notas fiscais que correspondem aos valores da receita bruta inicialmente declarada (declaração normal fls. 169/180, 193/206 e 219/230). Porém Verifica-se que os valores creditados em contas bancárias não guardam correspondência com os valores das notas fiscais de venda. De acordo com as notas fiscais emitidas e os registros contábeis, todas as vendas foram realizadas mediante pagamentos à vista.

DA RECEITA BRUTA

A receita bruta anual aferida com base nas notas fiscais de vendas a vista e por presunção dos depósitos bancários de origem não comprovada, não permite ao sujeito passivo, nos exercícios de 2003, 2004 e 2005, enquadrar-se no regime tributário das Microempresas e das empresas de pequeno porte - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das empresas de Pequeno Porte - SIMPLES. Sendo então excluída do SIMPLES através, do Ato Declaratório Executivo DRF/CSL nº 11, de 14/04/2009, publicado no Diário Oficial da União de 15/04/2009, produzindo seus efeitos a partir de 01/01/2004 (fl. 86).

Demonstramos abaixo a receita bruta total (declarada e não declarada) que se refere a vendas com emissão de notas fiscais e de créditos em contas de depósitos mantidas junto às instituições financeiras cuja origem não foi comprovada e que, por presunção legal considera-se emissão de receita:

COMPETÊNCIA	CRÉDITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA	RECEITA BRUTA AUTO ARBITRADA E DECLARADA	RECEITA BRUTA NÃO DECLARADA ORIUNDA DE DEPÓSITOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA	RECEITA BRUTA DECLARADA CONFORME NOTAS FISCAIS RECEITA DECLARADA ORIUNDO DO AUTO ARBITRAMENTO	RECEITA BRUTA TOTAL = DECLARADA + NÃO DECLARADA
2003	1.557.496,54	189.119,01	1368.377,53	9.916,80	1.418.294,33
01/2004	153.199,69	15.623,36	137.576,33	23.298,36	160.874,69
02/2004	120.628,99	9.894,61	109.734,38	18.424,51	128.158,89
03/2004	152.810,46	9.095,48	143.714,98	23.689,48	167.404,46
04/2004	132.686,87	5.403,83	127.283,04	16.593,33	143.876,37
05/2004	109.339,14	9.882,28	99.456,86	16.934,08	116.390,94
06/2004	102.771,28	12384,46	90.386,82	15.944,46	106.331,28
07/2004	93.737,39	5.143,03	88.594,36	14.152,11	102.746,47
08/2004	114.471,88	6.558,78	107.913,10	17.827,20	125.740,30
09/2004	163.542,01	9.621,03	153.920,98	20.075,17	173.996,15
10/2004	139.870,64	8.955,18	130.915,46	26.317,51	157.232,97
11/2004	101.643,52	153,97	101.489,55	8.557,91	110.047,46
12/2004	114.260,56	9.383,10	104.877,46	16.979,77	121.857,23
TOTAIS/2004	1.498.962,43	103.099,11	1.395.863,37	218.793,89	1.614.657,21

01/2005	145.503,56	6.279,31	139.224,25	14.633,06	153.857,31
02/2005	156.311,62	7.891,38	148.420,24	20.287,60	168.707,84
03/2005	176.759,33	7.399,74	169.359,59	9.503,88	178.863,47
04/2005	166.569,35	12.415,59	154.153,76	12.792,14	166.945,90
05/2005	169.847,15	14.664,25	155.182,90	15.124,34	170.307,24
06/2005	230.756,13	11.917,33	218.838,80	17.593,21	236.432,01
07/2005	183.319,39	6.171,33	177.148,06	15.284,03	192.432,09
08/2005	162.643,66	10.470,19	152.173,47	15.325,83	167.499,30
09/2005	206.973,14	16.660,72	190.312,42	20.190,84	210.503,26
10/2005	154.239,74	0,00	154.239,74	24.104,77	178.344,51
11/2005	168.663,13	0,00	168.663,13	11.970,00	180.633,13
12/2005	137.514,98	0,00	137.514,98	21.388,80	158.903,78
TOTAIS/2005	2.059.101,1	93.869,84	1.965.231,34	198.198,50	2.163.429,84

A apuração dos tributos de ofício pelo regime de tributação com base no lucro arbitrado está correta, porque os assentos contábeis não contemplam a totalidade das operações realizadas, deixando, portanto, de representar a real situação patrimonial da Recorrente. Durante o procedimento fiscal, a Recorrente foi notificada em 17.02.2009, fls. 148-149, 19.03.2009, fls. 257-258 e 27.03.2009, fls. 328-329, a apresentar os documentos comprobatórios da origem dos numerários creditados em suas contas bancárias, mas não logrou fazê-lo na ocasião, como tampouco o fez agora na fase recursal. No Demonstrativo anexo aos Autos de Infração, fls. 50-51, restaram demonstradas as receitas não declaradas relativas aos depósitos bancários e as receitas declaradas constantes das DIPJ retificadoras.

Em relação às cobranças interbancárias, às operação de desconto de título, e aos TED, tem-se que não foram escriturados os lançamentos nas contas de clientes/créditos das vendas a prazo e ainda não restaram comprovadas que as mencionadas transferências de numerário entre contas bancárias são do mesmo titular.

Não foram produzidos no processo novos elementos de prova, de modo que o conjunto probatório já produzido evidencia que o procedimento de ofício está correto. A inferência denotada pela defendente, nesse caso, não é acertada.

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais indicados pela Recorrente, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso¹². A alegação relatada pela defendente, conseqüentemente, não está justificada.

Atinente aos princípios constitucionais que a Recorrente aduz que supostamente foram violados, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade¹³.

Tem-se que nos estritos termos legais o procedimento fiscal está correto, conforme o princípio da legalidade a que o agente público está vinculado (art. 37 da

¹² Fundamentação legal: art. 100 do Código Tributário Nacional e art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

¹³ Fundamentação legal: art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e Súmula CARF nº 2.

Processo nº 11020.001345/2009-13
Acórdão n.º **1803-002.560**

S1-TE03
Fl. 618

Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 41 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de julho de 2009). A proposição afirmada pela defendente, desse modo, não tem cabimento.

O nexa causal entre as exigências de créditos tributários, formalizados em autos de infração instruídos com todos os elementos de prova, determina que devem ser objeto de um único processo no caso em que os ilícitos dependam da mesma comprovação e sejam relativos ao mesmo sujeito passivo¹⁴. Os lançamentos de PIS, de COFINS e de CSLL sendo decorrentes das mesmas infrações tributárias, a relação de causalidade que os informa leva a que os resultados dos julgamentos destes feitos acompanhem aqueles que foram dados à exigência de IRPJ.

Em assim sucedendo, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva

¹⁴ Fundamentação legal: art. 9º do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Voto Vencedor

Conselheiro Sérgio Rodrigues Mendes, Redator Designado

Constou da decisão recorrida (fls. 553):

No caso concreto, não foi efetuado qualquer lançamento referente ao ano-calendário de 2003. Apenas buscou-se identificar o montante das receitas auferidas naquele período, para efeito de verificar se o sujeito passivo atendia aos requisitos necessários - limite da receita bruta - para, no ano subsequente (2004), optar por sua inclusão no regime do Simples.

Desse modo, embora o ato declaratório tenha produzido efeitos a partir de 01/01/2004, os lançamentos tributários efetuados em 15/04/2009, alcançaram, tão-somente, os fatos geradores trimestrais ocorridos a partir do 2º trimestre de 2004 (em 30/06/2004), no caso do IRPJ e da CSLL, e os fatos geradores mensais ocorridos a partir de 30/04/2004, no caso do PIS e da COFINS. Isso, justamente, em respeito ao prazo decadencial. Logo, não se operou a decadência no presente caso.

Ou seja, reconhece a própria decisão recorrida que o ano-calendário de 2003 **não poderia ser objeto de autuação**, em face do prazo decadencial, tanto que não se lançou esse ano-calendário, mas apenas os períodos subsequentes.

Ora, se o ano-calendário de 2003 não poderia ser objeto de autuação, como se admitir que se busque “identificar o montante das receitas auferidas naquele período, para efeito de verificar se o sujeito passivo atendia aos requisitos necessários - limite da receita bruta - para, no ano subsequente (2004), optar por sua inclusão no regime do Simples”? (fls. 553).

Constou do Voto Vencido:

Embora o ano-calendário de 2003 não tenha sido objeto de ação fiscal, restou comprovado, no conjunto probatório produzido nos autos de ofício, que a Recorrente, no período, auferiu receita bruta superior a R\$1.200.000,00 e, por essa razão, a partir de 01.01.2004 não poderia manter-se na sistemática do Simples, uma vez que, a partir da data dos efeitos do ato, a Recorrente ficou sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Ou seja, reconhece o próprio Voto Vencido que o ano-calendário de 2003 **não foi objeto de ação fiscal**.

Ora, se o ano-calendário de 2003 não foi objeto de ação fiscal, como se admitir a existência de um “conjunto probatório produzido nos autos, de ofício, que a Recorrente, no período, auferiu receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00”?

A contradição, em ambos os casos, é evidente.

Acrescente-se, ainda, que o lançamento de ofício relativo ao ano-calendário de 2003 é, no caso, **condição de procedibilidade da exclusão do Simples**, no ano-calendário subsequente (2004), uma vez que a receita bruta constante da declaração retificadora apresentada pela empresa, para aquele primeiro ano-calendário (2003), **não ultrapassou** o limite para permanência naquele regime de tributação (fls. 47 e 192).

Dessa forma, o desenquadramento da empresa do Simples se deu de forma **irregular** (sem a competente autuação fiscal relativa ao ano-calendário anterior, a alterar a receita bruta declarada pela Recorrente), sendo, pois, o respectivo ADE inválido (se se entender que se trata de um pressuposto de validade) ou ineficaz (se se interpretar que se trata de um pressuposto de eficácia).

Por decorrência, também **não procede** o lançamento de ofício efetuado com base no lucro arbitrado nos dois anos-calendário seguintes (2004 e 2005).

Dou provimento ao Recurso.

(assinado digitalmente)

Sérgio Rodrigues Mendes