



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	11080.732061/2013-36
ACÓRDÃO	1001-004.253 – 1ª SEÇÃO/1ª TURMA EXTRAORDINÁRIA
SESSÃO DE	4 de março de 2026
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	PAULO ALBERTO DALPIAN
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010

ATO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DETALHADAS NA REPRESENTAÇÃO FISCAL QUE PROPÔS A EXCLUSÃO. CIÊNCIA PELO CONTRIBUINTE. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

A representação fiscal com proposta de exclusão do contribuinte do Simples Nacional descreve minuciosamente as condutas incorridas pelo fiscalizado, justificadoras da exclusão retroativa do Simples Nacional.

Não configura causa de nulidade o fato da descrição dos motivos que configuraram a hipótese e a fundamentação legal de exclusão constarem da Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional, em relação aos quais, inequivocamente, o contribuinte teve pleno conhecimento.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. FALTA DE COMUNICAÇÃO DE EXCLUSÃO OBRIGATÓRIA.

Constatada a ocorrência de quaisquer das situações de vedação ao ingresso ou permanência na sistemática tributária favorecida, é cabível a exclusão de ofício da empresa que não comunicar sua exclusão obrigatória.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

A multa de lançamento de ofício decorre de expressa determinação legal e é devida nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, não cumprindo à administração afastá-la sem lei que assim regulamente.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2009, 2010

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

Estende-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da estreita relação de causa e efeito que os vincula.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

Assinado Digitalmente

Gustavo de Oliveira Machado – Relator

Assinado Digitalmente

Carmen Ferreira Saraiva – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Ana Claudia Borges de Oliveira, Gustavo de Oliveira Machado, Paulo Elias da Silva Filho, Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

RELATÓRIO

Trata o presente de recurso voluntário interposto em face do Acórdão nº 14-104.078, proferido em 27 de Novembro de 2019, pela 7ª Turma da DRJ/RPO, que por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário.

A DRF de Porto Alegre- RS elaborou no dia 09 de dezembro de 2016, a Representação Fiscal para Fins de Exclusão do Simples Nacional em face da PAULO ALBERTO DALPIAN - EPP (e-fls. 741/755), cujo teor segue em síntese abaixo:

“REPRESENTAÇÃO FISCAL

PARA FINS DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

(...)

IV- Do tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte

Analizando a legislação que estabelece as normas gerais relativas ao tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, constatamos que a situação, aqui referida, implica em exclusão do SIMPLES

NACIONAL, quando combinada ao fato das receitas brutas, de ambas pessoas jurídicas, ultrapassarem o limite legal estabelecido no inciso V, do parágrafo 4º, do art. 30, da Lei Complementar 123/2006, que, à época dos fatos, estava redigido da seguinte forma:

(...)

Ou seja, em ambos os períodos o limite global, estabelecido no dispositivo acima reproduzido, foi ultrapassado, configurando a hipótese de exclusão aqui referida.

V- Da exclusão do SIMPLES NACIONAL

Com base no que foi exposto, entendemos que se configurou a hipótese de exclusão prevista no artigo 29, inciso I da Lei Complementar 123/2006:

-verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

Os efeitos da exclusão neste caso se_ dão, de acordo com o Inc. II do art. 31 da mesma Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva, ou seja: outubro/2009, em virtude que a atividade empresarial da pessoa jurídica SUZANE LETÍCA BAGATINI DALPINA iniciou-se, de fato, no mês de setembro de 2009.

Diante do exposto acima, propomos a exclusão da pessoa jurídica fiscalizada do regime denominado SIMPLES NACIONAL a partir de 01.10.2009.

(...)”.

A DRF de Porto Alegre- RS confeccionou o Termo de Exclusão do Simples Nacional, excluindo de ofício a contribuinte PAULO ALBERTO DALPIAN - EPP do Simples Nacional no período de 01/08/2014 a 31/12/2015, cujo teor segue abaixo, (e-fl. 756):

“ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/POA Nº 093, DE 12 DE NOVEMBRO DE 2013.

Exclui do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) de que tratam os arts. 12 a 41 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, com a redação dada pela Lei Complementar nº 127, de 14 de agosto de 2007, a pessoa jurídica que menciona.

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM PORTO ALEGRE - RS, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo inciso II do art. 280 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 125, de 04 de março de 2009, publicada no DOU de 06 de março de 2009, e tendo em vista o disposto no art. 33 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, com a redação dada pela Lei Complementar nº 127, de 14 de agosto de 2007, e no art. 4º da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, declara:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), com base no processo nº 11080.730.341/2011-48, a pessoa jurídica, a seguir identificada, em virtude de falta de comunicação obrigatória, conforme disposto no inciso I do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no inciso I do art. 5º da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007:

Nome Empresarial: PAULO ALBERTO DALPIAN - EPP

CNPJ: 03.812.570/0001-74

Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir do dia 01-10-2009, conforme disposto no parágrafo 1º do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Art. 3º 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 nº 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.

(...)”.

A DRF de Porto Alegre- RS lavrou o Auto de Infração- Imposto de Renda da Pessoa Jurídica no dia 26/novembro/2013, cujos dados seguem abaixo e-fls. 789/807:

“Auto de Infração

IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA

(...)

DESCRIÇÃO DOS FATOS E ENQUADRAMENTO LEGAL

IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo supracitado, efetuamos o presente lançamento de ofício, nos termos dos arts. 904 e 926 do Decreto nº 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99), em face da apuração das infrações abaixo descritas aos dispositivos legais mencionados.

0001 RECEITA DA ATIVIDADE ESCRITURADA E NÃO DECLARADA

RECEITA BRUTA NA REVENDA DE MERCADORIAS

Receita bruta na revenda de mercadorias escriturada e não declarada pelo regime do Lucro Presumido. A fiscalizada estava indevidamente tributando seus resultados pela sistemática do SIMPLES NACIONAL, intimada, após exclusão do

SIMPLES NACIONAL, optou pelo regime do Lucro Presumido, conforme relatório fiscal em anexo.

(...)

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/10/2009 e 31/12/2010:

art. 3º da Lei nº 9.249/95.

Arts. 518 e 519 do RIR/99

parágrafo 2º art 32 da Lei Complementar 123/2006

(...)

DEMONSTRATIVO DE MULTA E JUROS DE MORA

IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA

(...)

ENQUADRAMENTO LEGAL

Vencimento do Tributo

Fatos Geradores entre 01/10/2009 e 31/12/2010:

Art. 5º da Lei nº 9.430/96.

Multas Passíveis de Redução

Fatos Geradores entre 01/10/2009 e 31/12/2010:

75,00% Art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96 com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/07

Juros de Mora

A PARTIR DE JANEIRO DE 1997 (para Fatos Geradores a partir de 01/01/1997): percentual equivalente à taxa referencial TAXA DO SIST. ESPEC. DE LIQ. E CUSTODIA - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

Art. 61, § 3º, da lei nº 9.430/96”.

A DRF de Porto Alegre- RS lavrou o Auto de Infração- Contribuição Social sobre o Lucro Líquido no dia 26/novembro/2013, cujos dados seguem abaixo e-fls. 808/821:

“Auto de Infração

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO

(...)

DESCRIÇÃO DOS FATOS E ENQUADRAMENTO LEGAL

CONTRIBUIÇÃO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo supracitado, efetuamos o presente lançamento de ofício, com a observância do Decreto nº 70.235/72, e alterações posteriores, em face da apuração da(s) infração(ões) abaixo discriminada(s), com fundamento em fatos cuja apuração serviu para a determinação de infrações à legislação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

0001 RECEITAS ESCRITURADAS E NÃO DECLARADAS

FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA CSLL SOBRE RECEITAS DA ATIVIDADE ESCRITURADAS E NÃO DECLARADAS

Receita bruta na revenda de mercadorias escriturada e não declarada pelo regime do Lucro Presumido. A fiscalizada estava indevidamente tributando seus resultados pela sistemática do SIMPLES NACIONAL, intimada, após exclusão do SIMPLES NACIONAL, optou pelo regime do Lucro Presumido, conforme relatório fiscal em anexo.

(...)

Fatos geradores ocorridos entre 01/10/2009 e 31/12/2010:

Art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90

Art. 2º da Lei nº 9.249/95

Art. 29, inciso I, da Lei nº 9.430/96

Art. 22 da Lei nº 10.684/03

Art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08

(...)

DEMONSTRATIVO DE MULTA E JUROS DE MORA

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO

(...)

ENQUADRAMENTO LEGAL

Vencimento do Tributo

Fatos Geradores entre 01/10/2009 e 31/12/2010:

Art. 1º, 5º e 28 da Lei nº 9.430/96.

Multas Passíveis de Redução

Fatos Geradores entre 01/10/2009 e 31/12/2010:

75,00% Art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96 com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/07

Juros de Mora

A PARTIR DE JANEIRO DE 1997 (para Fatos Geradores a partir de 01/01/1997): percentual equivalente à taxa referencial TAXA DO SIST. ESPEC. DE LIQ. E CUSTODIA - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

Art. 61, § 3º, da lei nº 9.430/96”.

A DRF de Porto Alegre- RS lavrou o Auto de Infração- Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social no dia 26/novembro/2013, cujos dados seguem abaixo e-fls. 822/828:

“Auto de Infração

CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL

(...)

DESCRIÇÃO DOS FATOS E ENQUADRAMENTO LEGAL

CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL

(...)

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo supracitado, efetuamos o presente lançamento de ofício, com a observância do Decreto nº 70.235/72, e alterações posteriores, em face da apuração da(s) infração(ões) abaixo discriminada(s), com fundamento em fatos cuja apuração serviu para a determinação de infrações à legislação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

0001 INCIDÊNCIA CUMULATIVA PADRÃO

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA COFINS

Receita bruta na revenda de mercadorias escriturada e não declarada pelo regime do Lucro Presumido. A fiscalizada estava indevidamente tributando seus resultados pela sistemática do SIMPLES NACIONAL, intimada, após exclusão do SIMPLES NACIONAL, optou pelo regime do Lucro Presumido, conforme relatório fiscal em anexo.

(...)

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/10/2009 e 31/12/2010:

Art. 8º da Lei nº 9.718/1998

Art. 1º da Lei Complementar nº70/91; art. 2º da Lei nº9.718/98

Art. 3º da Lei nº9.718/98, com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Medida Provisória nº2.158-35/01, pelo art. 41 da Lei nº 11.196/05 e pelo art. 15 da Lei nº 11.945/09

(...)

DEMONSTRATIVO DE MULTA E JUROS DE MORA

CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL

(...)

ENQUADRAMENTO LEGAL

Vencimento do Tributo

Fatos Geradores entre 01/10/2009 e 31/12/2010:

Art. 18 da Medida Provisória nº 2.158-35/01, com a redação dada pelo art. 10 da Lei nº 11.933/09

Multas Passíveis de Redução

Fatos Geradores entre 01/10/2009 e 31/12/2010:

75,00% Art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96 com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/07

Juros de Mora

A PARTIR DE JANEIRO DE 1997 (para Fatos Geradores a partir de 01/01/1997): percentual equivalente à taxa referencial TAXA DO SIST. ESPEC. DE LIQ. E CUSTODIA - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

Art. 61, § 3º, da lei nº 9.430/96”.

A DRF de Porto Alegre- RS lavrou o Auto de Infração- Contribuição para o PIS/PASEP no dia 26/novembro/2013, cujos dados seguem abaixo e-fls. 829/835:

“Auto de Infração

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

(...)

DESCRIÇÃO DOS FATOS E ENQUADRAMENTO LEGAL

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo supracitado, efetuamos o presente lançamento de ofício, com a observância do Decreto nº 70.235/72, e alterações posteriores, em face da apuração da(s) infração(ões) abaixo discriminada(s), com fundamento em fatos cuja apuração serviu para a determinação de infrações à legislação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

0001 INCIDÊNCIA CUMULATIVA PADRÃO

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Receita bruta na revenda de mercadorias escriturada e não declarada pelo regime do Lucro Presumido. A fiscalizada estava indevidamente tributando seus

resultados pela sistemática do SIMPLES NACIONAL, intimada, após exclusão do SIMPLES NACIONAL, optou pelo regime do Lucro Presumido, conforme relatório fiscal em anexo.

(...)

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/10/2009 e 31/12/2010:

Arts. 1º da Lei Complementar nº 7/70

Arts. 2º, inciso I, e 9º da Lei nº 9.715/98

Arts. 2º da Lei nº 9.718/98

Art. 8º, inciso I, da Lei nº 9.715/98

Art. 79, da Lei nº 11.941/2009

Art. 3º, da Lei nº 9.718/98, com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Medida Provisória nº 2.158-35/01, pelo art. 41 da Lei nº 11.196/05 e pelo art. 15 da Lei nº 11.945/09

(...)

DEMONSTRATIVO DE MULTA E JUROS DE MORA

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

(...)

ENQUADRAMENTO LEGAL

Vencimento do Tributo

Fatos Geradores entre 01/10/2009 e 31/12/2010:

Art. 18 da Medida Provisória nº 2.158-35/01, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 11.933/09

Multas Passíveis de Redução

Fatos Geradores entre 01/10/2009 e 31/12/2010:

75,00% Art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96 com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/07

Juros de Mora

A PARTIR DE JANEIRO DE 1997 (para Fatos Geradores a partir de 01/01/1997): percentual equivalente à taxa referencial TAXA DO SIST. ESPEC. DE LIQ. E CUSTODIA - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

Art. 61, § 3º, da lei nº 9.430/96”.

Da Impugnação

Afirmou a Contribuinte que em 08 de dezembro de 2012, a empresa PAULO ALBERTO DALPIAN - EPP, teve instaurada em face de si um procedimento fiscal pela DRF de Porto Alegre, objetivando a examinar a regularidade fiscal do SIMPLES, referente aos anos calendário de 2009 e 2010, vez que, por excesso de receita, a partir de 2011, a empresa passou a adotar, a pedido, a tributação pelo Lucro Presumido.

Noticiou que após diligências realizadas no local, o Fisco concluiu existirem no mesmo endereço duas firmas optantes do SIMPLES: a firma Impugnante, PAULO ALBERTO DALPIAN - EPP, e a firma SUZANE LETÍCIA BAGATINI DALPIAN - ME, CNPJ 10.941.739/0001-51, da empresária de mesmo nome, que também passou a ser fiscalizada.

Informou que através dos referidos procedimentos foram efetuadas as exclusões do SIMPLES de ambas as empresas, mas sem que os respectivos Atos Declaratórios Executivos de exclusão (ADE) fornecessem o enquadramento legal efetivo do motivo da exclusão.

Aduziu que no Ato Declaratório Executivo DRF/POA n° 093, de 12 de novembro de 2013, não consta qualquer referência à motivação que levou o nobre Delegado a excluir a Litigante do SIMPLES.

Asseverou que embora no ADE conste como fundamentação "a falta de comunicação obrigatória, conforme disposto no inciso I do art. 29 da Lei Complementar n° 123/06, e no inciso I do art. 5° da Resolução CGSN n° 15/2007, faltou informar, qual o fato e a correspondente base legal que, especificamente, teria ensejado o pedido de exclusão obrigatória.

Pontuou que o fato de o Sr. Paulo Alberto Dalpian constar como procurador no cadastro bancária da firma SUZANE LETÍCIA BAGATINI DALPIAN — ME não autoriza o enquadramento da exclusão na disposição legal reproduzida na fl. 783 do processo.

Salientou que é inegável que a exclusão do SIMPLES é nula, e na mesma esteira, por decorrentes de ato nulo, também são insubsistentes os lançamentos fiscais realizados.

Alegou que não há qualquer vedação na legislação do SIMPLES que proíba que duas empresas operem no mesmo ambiente, ainda mais quando operam em horários absolutamente distintos, com produtos também diversos, cada uma com funcionários próprios, com contabilidades apartadas, inclusive consideradas boas pelo Fisco.

Esclareceu que a procuração que o Sr. Paulo possuía limitava-o a concretizar movimentações bancárias, basicamente mediante assinatura de cheques da empresa SUZANE LETÍCIA BAGATINI DALPIAN - ME, emitidos sempre sob autorização de Suzane Letícia Bagatini Dalpian e no interesse da empresa, no intuito de efetuar pagamentos a fornecedores ou de liquidar outras operações ordinárias.

Destacou que tal autorização, não é fundamento legal para a exclusão do SIMPLES da empresa PAULO ALBERTO DALPIAN — EPP, conforme sugere a disposição legal reproduzida no processo, no disposto no art. 3°, § 4°, inc. III, da LC n° 123/2006.

Ponderou que não há disposição legal a autorizar que o Fisco equipare a "sócio", para fins de exclusão do SIMPLES, um mero "procurador" com poderes restritos, assim, a exclusão contestada não pode prosperar.

Ressaltou que a falta de indicação, no ADE), do fundamento da exclusão do SIMPLES, caracteriza uma nulidade, vez que as informações concernentes, não contemplam situação prevista em Lei como suficiente para impulsionar a exclusão da empresa do SIMPLES.

Defendeu que a tributação pelo Lucro Presumido, que iniciou no quarto trimestre de 2009 e se estendeu aos quatro trimestres de 2010, mesmo que desacolhidas as arguições de nulidade, não pode prosperar.

Sustentou que há tempos o STF tem entendido que as multas elevadas, aplicadas em Autos de Infração, caracterizam-se como confiscatórias, pois, pela via indireta da penalidade, contrariam o princípio do "não confisco" previsto nº inc. IV do art. 150 da CF.

Frisou que o Fisco não constatou qualquer omissão de receita, vez que a autuação decorreu, integralmente, da contestada substituição de metodologia de apuração do SIMPLES para o Lucro Presumido, não sendo assim admissível a imputação da multa de 75%.

Pleiteou que seja declarada a nulidade processual arguida na Impugnação; que seja declarado nulo o ADE de exclusão do SIMPLES, bem como todos os lançamentos realizados no processo.

Pugnou que seja aplicado aos autos de CSLL, PIS e COFINS o decidido no processo matriz de IRPJ, por aqueles serem reflexos deste, considerando que a presente Impugnação, além de refutar a exclusão do SIMPLES, é extensiva, em todos os seus termos, a todos os lançamentos realizados no processo.

DO ACÓRDÃO PROLATADO Nº. 14-104.078- DRJ/RPO

A DRJ analisou a impugnação apresentada, julgando-a improcedente (e-fls. 891/907).

Inconformada com a decisão da DRJ, a Contribuinte apresentou Recurso Voluntário, (e-fls. 913/931):

"ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº: 11080.732061/2013-36

Acórdão Recorrido nº: 14-104.078 — 7ª Turma da DRJ/RPO

Assunto: Recurso Voluntário de Exclusão do SIMPLES e de Autos de Infração -IRPJ e Reflexos

PAULO ALBERTO DALPIAN - EPP, com sede na Av. Lavras, nº 328, Bairro Petrópolis, Município de Porto Alegre/RS, CEP nº 90.460-040, inscrita no CNPJ sob o nº 03.812.570/0001-74, neste ato representada por seu procurador Henrique Recktenvald, OAB/RS nº 81.714 (procuração fl. 862), não se conformando com o decidido no Acórdão nº 14-104.078 — 7ª Turma da DRJ/RPO, de 27/12/2019, do qual tomou ciência em 11/02/2020, que manteve a exclusão do SIMPLES e a consequente exigência fiscal de que tratam os Autos de Infração de IRPJ e seus lançamentos reflexivos de CSLL, de PIS e de COFINS, vem à presença deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) para interpor

RECURSO VOLUNTÁRIO (integral)

o que faz de acordo com as disposições contidas no artigo 145, inc. I, do CTN, e artigos 33 e seguintes do Decreto nº 70.235/72 e alterações posteriores, nos termos das razões de fato e de direito que passa a desenvolver.

1 - DOS FATOS

Em 08/12/2012 o empresário Paulo Alberto Dalpian, que opera sob o nome empresarial de PAULO ALBERTO DALPIAN — EPP, ora Recorrente, teve instaurado contra si um procedimento fiscal por parte da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Porto Alegre (fl. 04), com vistas a examinar a regularidade fiscal do SIMPLES, concernente aos anos-calendário de 2009 e 2010.

Tal procedimento resultou na exclusão da Recorrente do SIMPLES a partir de 01/10/2009, até 31/12/2010, bem como nos consequentes lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, apurados pelo lucro presumido, relativos ao último trimestre do ano-calendário de 2009 e aos quatro trimestres de 2010. O valor lançado, acrescido de juros e de multa de ofício de 75%, soma, originariamente, R\$ 222.342,97 (fl. 786). É importante destacar, já de início, que a receita bruta submetida à tributação pelo lucro presumido é igual àquela já oferecida à tributação pelo Contribuinte na sistemática do SIMPLES NACIONAL, cujos recolhimentos foram devidamente compensados nos correspondentes Autos de Infração lavrados neste processo.

Relativamente ao ano-base de 2011, não houve autuação porque a Recorrente passou a adotar a tributação pelo lucro presumido, pois no ano anterior (2010) a receita bruta ultrapassou o limite do SIMPLES (à época de R\$ 2.400.000,00). Tal decisão foi tomada pela Empresa em janeiro de 2012, e não "após a exclusão do SIMPLES NACIONAL" (fl. 790), como equivocadamente informou o Autuante. Afinal, a Recorrente foi notificada da pretensa exclusão do SIMPLES somente em 02/12/2013 (fl. 836), ocasião em que já havia adotado o lucro presumido há dois anos.

Ainda, é importante destacar que a exclusão da Recorrente do SIMPLES, segundo a fiscalização, estaria relacionada com a exclusão do SIMPLES de outra empresa, a SUZANE LETÍCIA BAGATINI DALPIAN - ME, CNPJ 10.941.739/0001-51, que teria

sido criada apenas para manter a Receita Bruta da Recorrente nos limites para a permanência no SIMPLES.

Portanto, o presente processo faz referências à outra fiscalização, relativa à firma individual SUZANE LETÍCIA BAGATINI DALPIAN - ME, cujo procedimento fiscal foi formalizado em outros processos direcionados exclusivamente à empresa em questão: (a) o de nº 11080.732.310/2013-93, que envolvia a exclusão do Simples e os lançamentos reflexivos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS; (b) o de nº 11080.728.318/2014-36, que exigia as Contribuições Sociais Previdenciárias.

Porém, ambos os processos da empresa SUZANE LETÍCIA BAGATINI DALPIAN - ME foram anulados por vício no Ato Declaratório Executivo de Exclusão, conforme Acórdãos da 14ª Turma da DRJ/RJ, de nºs 12-76.475 e 12-76.463, todos lavrados em 25/05/2015, que apresentam, respectivamente, as seguintes ementas: (a) "Sendo constatado erro formal no Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional, cabe unicamente o reconhecimento da nulidade do mesmo";

(b) "Com a declaração de nulidade do Ato Executivo de Exclusão do Simples Nacional, impõe-se a declaração de nulidade dos autos de infração reflexivos".

Diante disto, qualquer referência, neste processo, à exclusão do Simples da empresa SUZANE LETÍCIA BAGATINI DALPIAN - ME deve ser desconsiderada, por lulaqada improcedente tal exclusão.

Ademais, frise-se, que o mesmo vício que impôs a nulidade de todo o procedimento fiscal lavrado contra a empresa SUZANE LETÍCIA BAGATINI DALPIAN - ME, também macula o lançamento ora em discussão, pois os vícios se repetiram neste de forma idêntica àquele.

Nesse panorama, por nulo o ADE e por ilegais, imprecisos e infundados os argumentos trazidos aos autos pelo fisco, não merece prosperar a decisão da DRJ, cuja aprovou o irregular procedimento fiscal. Diante disso, recorre ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais para que sejam acolhidas as arguições a seguir sintetizadas e adiante desenvolvidas:

a) Do Ilegal Aperfeiçoamento do Lançamento Tributário pelo Acórdão Recorrido: Não é admissível ao Colegiado a quo, apoiado em fundamentos que, definitivamente, não constam no lançamento originário, cunhar situações estranhas aos autos na tentativa de aprimorar, ou mesmo de introduzir nele alicerces novos, com vistas a dar aparente legalidade ao procedimento fiscal, usurpando as funções que são reservadas à autoridade administrativa (art. 142, do CTN, e art. 10 do Decreto nº 70.235/1972) (arguições no item 2.1 do Recurso Voluntário).

b) Da Nulidade do Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES por Cerceamento de Defesa: É nulo o ADE (fl. 756) que não faz referência precisa à indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos que motivaram a exclusão (arguições no item 2.2 do Recurso Voluntário).

c) Da Improcedência de Qualquer Motivação para a Exclusão do SIMPLES dentre as Referidas na Representação Fiscal de Exclusão(RFE) e/ou no Relatório de Atividade Fiscal (RAF): Mesmo que fosse admissível, ante a omissão do Ato Declaratório de Exclusão, a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos para a exclusão do Simples através da Representação Fiscal para Fins de Exclusão (RFE)ou do Relatório de Atividade Fiscal (RAF), tais relatos, no caso, também não permitem identificar precisamente o que teria provocado a exclusão. Além disso, as divagações trazidas são todas insubsistentes, tanto é que não produziram qualquer acréscimo à renda tributada em nenhuma das duas empresas. Aliás, de fato, apesar das diversas divagações sobre situações contábeis e fiscais, aparentemente, o fundamento referido no RAF como base para a exclusão é o art. 30, § 40 , inc. III, da Lei Complementar nº 123/2006 (fl. 783). Porém, este, assim como as demais insinuações, não se aplica ao caso, pois a Recorrente, de maneira alguma, é "uma pessoa jurídica de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresária ou seja sócia de outra empresa do SIMPLES" (arguições no item 2.3 do Recurso Voluntário).

d) Do Inadmissível Apoio em Outro Processo de Exclusão do SIMPLES Constituído em Conexão com este, mas já Afastado por Nulidade: Ainda que se aceite justificada e válida a exclusão do SIMPLES neste processo, o que se admite apenas para argumentar, mesmo assim, as exigências fiscais nele constituídas não podem prosperar, pois foram apoiadas na exclusão da empresa SUZANE LETICIA BAGATINI DALPIAN — ME do SIMPLES, cuja foi afastada em julgamento administrativo transitado em julgado desde 27/05/2015 (arguições no item 2.4 do Recurso Voluntário).

e) Dos Efeitos deste Recurso Voluntário sobre os Lançamentos Reflexivos de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e Contribuições Sociais Previdenciárias:

Por fim, solicita-se que o Colegiado "a quem", caso entenda ser nulo o ADE (fl. 756), também decrete a nulidade dos autos de infração formatados neste processo, bem como os constituídos em relação às Contribuições Sociais Previdenciárias insertos no processo nº 11080.728.314/2014-58 (arguições no item 2.5 do Recurso-Voluntário).

2- DAS RAZÕES DE DEFESA

2.1 — Do Ilegal Aperfeiçoamento do Lançamento Tributário pelo Acórdão Recorrido O ADE dá como fundamento para exclusão do SIMPLES o relatado em um processo desconhecido, cujos fatos exigiriam a exclusão do SIMPLES por comunicação obrigatória do Contribuinte (art. 29, inciso I, da LC nº 123/2006).

Para substituir a falta desta informação e contornar o cerceamento de defesa arguido na Impugnação, o Acórdão Recorrido sugere que se tome como enquadramento não o fato (não identificado) que teria sido infringido e que obrigaria a Litigante a tomar a iniciativa da exclusão, mas sim a própria consequência, ou seja, que a exclusão de ofício, no caso, de fato estaria apoiada na "falta de comunicação de exclusão obrigatória" (fl. 898).

Segundo o Voto Condutor, "o fundamento legal vem disposto no próprio ADE e é repetido na Representação para efeitos de exclusão: a falta de comunicação obrigatória, com supedâneo no art. 29, inc. I. da LC nº 123/2006" (fl. 898).

Tal enquadramento, porém, não é a indicação de um fato infringido, mas sim uma consequência decorrente de algum fato não identificado, que, segundo o item II do art. 30 da Lei Complementar nº 123/2006 pode ser "qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar".

Todavia, a tentativa de aperfeiçoamento do ADE, acima exposta, é contrariada pelo próprio Voto Condutor em outra tentativa de aperfeiçoamento consignada na ementa do Acórdão Recorrido, que permite inferir que os julgados acham irrelevante a falha do ADE, pois esta pode ser salva: "Não configura causa de nulidade o fato da descrição dos motivos que configuraram a hipótese e a fundamentação legal de exclusão constarem da Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional, em relação aos quais, inquestionavelmente, o contribuinte teve pleno conhecimento"(fl. 891).

Tal manifestação mostra que os julgadores de Primeiro Grau pretendem fazer crer que o ADE, apesar de ser um ato formal, de responsabilidade do Delegado da DRF, que se baseia nas informações trazidas pelo fisco na Representação Fiscal para Fins de Exclusão do Simples Nacional, pode ser substituído por este. Evidentemente, não deve ser da convicção dos nobres julgadores este posicionamento, mas ele representa uma mera tentativa de mascarar um procedimento flagrantemente nulo. Tanto é que, em outra parte do Voto Condutor, contraditoriamente, afirma-se que o ADE é insubstituível, portanto, imprescindível: "Assim é que o artigo 29 deduz como hipótese genérica que, caso a empresa deixe de comunicar a ocorrência de situação de exclusão obrigatória ao regime tributário favorecido, dela será excluída de ofício, por Ato de autoridade competente" (fl. 898).

Ainda, quanto à tentativa do Voto Condutor de avalizar que o ADE contém o motivo da exclusão quando diz que "o fundamento legal vem disposto no próprio ADE e é repetido na Representação para efeitos de exclusão: a falta de comunicação obrigatória, com supedâneo no art. 29, inc. I. da LC nº 123/2006" (fl. 898), isto também é contraditório. Tal enquadramento, além de se restringir a uma consequência do motivo de fato, ainda é excluído pelo próprio ADE, por seu art. 2º. Este, ao fundamentar a exclusão retroativa a 10/2009, usa como embasamento o § 1º do art.

29 da LC nº 123/2006,-que diz respeito, exclusivamente, aos incisos II a XII (motivos diversos). Portanto, a "falta de comunicação da exclusão obrigatória", contida no inciso I do art. 29 e apontada como sendo o motivo da exclusão pelo art. 1º do ADE, é justamente o motivo que o art. 2º do ADE deixa de lado. Assim, o ADE, somando-se os dois artigos do ADE, de fato aponta como motivo qualquer um dos doze motivos referidos pelo art. 29.

De outra parte, atribuir a um mero equívoco de digitação a informação, nº ADE, de um processo estranho ao Interessado, no qual estariam informados os motivos considerados na prolação do ADE, não poder ser considerado como "nítido e prontamente identificável" (fl. 896). O entendimento é apenas outra tentativa de aperfeiçoar o lançamento. Primeiramente, sendo ou não erro de digitação, em nenhuma parte do processo consta, clara e objetivamente, o motivo da exclusão, o qual de fato não existe. Sequer o nobre Relator da decisão "a quo" se arrisca a dizer qual foi o motivo da exclusão. Em segundo lugar, é incompreensível atribuir a erro de digitação a indicação de um processo que tem controle de segurança em seu extenso número, cujo sequer foi citado na Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional. Aparentemente, é desse relatório que o Senhor Delegado do órgão preparador extrai as informações para excluir, ou não, as empresas do Simples.

Certamente, a dúvida que até agora não foi esclarecida também preocupou o prolator e responsável pelo ADE. Mesmo assim, o ADE foi emitido e, depois de impugnado, defendido pelo órgão julgador de primeiro grau como válido.

Ainda, cabe ressaltar que é demonstração clara de parcialidade no julgamento ora Recorrido a ausência de qualquer referência à solução dada, na instância Administrativa, aos processos de exclusão do SIMPLES e seus autos reflexivos, lavrados contra a empresa SUZANE LETICIA BAGATINI DALPIAN - ME, cujos foram julgados em 27 de maio de 2015, isto é, quatro anos e meio antes do julgamento ora recorrido. Evidentemente, a manutenção, no SIMPLES, daquela empresa deveria ter relevância nos rumos a serem adotados neste processo uma vez que os fatos, os vícios processuais e as alegações das litigantes são muito próximos.

Por fim, cabe dizer que a tentativa de aperfeiçoamento do procedimento fiscal contraria, entre outros, o inciso LV do art. 5º da CF/1988, o Decreto nº 70.235/72 (PAF) e os arts. 2º e 50 da Lei nº 9.784/1999 que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Além, considerando que o cerceamento de defesa foi manifestado 30 dias após a ciência do processo através da Impugnação, poderia a Autoridade Administrativa tê-lo revisto de ofício, ou mesmo solicitado procedimento célere da DRJ, com vistas a refazer o lançamento. Aliás, foi isto que o próprio Autuante. ressalvou ao Contribuinte na conclusão do RAF: "O presente lançamento de ofício visa a resguardar os interesses da Fazenda Nacional com relação aos fatos descritos, não impedindo a realização de novas fiscalizações dentro do prazo decadencial (fl. 786). Em vez disto, o órgão preparador, certamente em função da reclamação de cerceamento de defesa manifestada na Impugnação, optou por um procedimento alternativo e inócuo, produzindo um despacho de intempestividade da Impugnação em relação à exclusão do SIMPLES (fl. 888), improcedente, conforme corretamente decidido pelo Voto Condutor "a quo" (fls. 894 a 896).

Ante tudo isso, requer-se que o Colegiado do CARF que vier a julgar este Recurso Voluntário desconsidere qualquer alegação que não conste no procedimento

originário ou que contrarie as normas concernentes aos processos administrativos.

2.2 - Da Nulidade do Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES por Cerceamento de Defesa e por Legalmente Indispensável à Exclusão do SIMPLES

De acordo com o que foi brevemente salientado no item "1" deste Recurso Voluntário e consoante expõe o próprio Ato Declaratório Executivo DRF/POA nº 093, de 12 de novembro de 2013 (fl. 756), neste não consta qualquer referência à motivação que levou o nobre Delegado da Receita Federal do Brasil a excluir a Litigante do SIMPLES.

Simplesmente, o ADE, em seu art. 1º, dá como fundamentação "a falta de comunicação obrigatória, conforme disposto no inciso I do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no inciso I do art. 5º da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007" (fl. 756). Faltou informar, todavia, qual o fato e a correspondente base legal que, especificamente, teria ensejado a obrigatoriedade da exclusão do SIMPLES, por iniciativa do próprio Litigante, a partir de outubro de 2009.

Além disso, suspeita-se que a referência ao inciso I do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006, contida no art. 1º do ADE, por não estar em sintonia com o disposto no art. 2º do ADE, também deva pertencer ao processo nº 11080.730.341/2011-48. Afinal, o art. 2º do ADE exclui o inciso 1 quando faz referência ao § 1º do art. 29, que trata, exclusivamente, das irregularidades previstas nos incisos II a XII do art. 29. Portanto, há conflito de enquadramento entre o art. 1º e 2º do ADE, o que deixa ainda mais distante adivinhar qual o fundamento da exclusão.

Esta, realmente, deve estar informada de forma mais precisa no processo nº 11080.730.341/2011-48.

Todavia, tal processo referido no ADE (fl. 756), que teria embasado a exclusão do SIMPLES sequer foi exibido à Recorrente e esta não tem acesso a ele por ser de titularidade da empresa MARIA DOROTEIA DA SILVA DABOIT, sem relação com a PAULO ALBERTO DALPIAN — EPP ou SUZANE LETÍCIA BAGATINI DALPIAN - ME.

Diante disso, a Recorrente desconhece os exatos motivos que justificariam a exclusão.

Portanto, é inegável que a exclusão do SIMPLES é nula, por não informado o motivo da exclusão, inegavelmente a essência do ADE. Sequer é possível saber se o inconfessado fato ensejaria uma exclusão de iniciativa do próprio Contribuinte, ou não. E nesta esteira, por decorrentes de ato nulo, também são nulos os lançamentos fiscais constituídos de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e de Contribuições Sociais Previdenciárias, estas últimas formalizadas no processo nº 1108.728314/2014-58 que atualmente aguarda julgamento de Recurso Voluntário no CARF.

A alegada nulidade está prevista no art. 59, inc. II, do Decreto nº 70.235/72, que diz: "São nulos os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa" (grifamos).

E mesmo que o julgamento recorrido tenha adotado o atendimento de que "não configura causa de nulidade o fato da descrição dos motivos que configuram a hipótese e a fundamentação legal de exclusão constarem da Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional, em relação aos quais, inequivocamente, o contribuinte teve pleno conhecimento" (fl. 891), tal decisão deve ser rejeitada, pois a exclusão tem regras básicas que devem ser obedecidas.

Dentre estas normas, tem a que diz que cabe aos delegados da Receita Federal do Brasil "decidir sobre a inclusão e exclusão de contribuintes em regimes de tributação diferenciados" (Port. MF nº 203, de 14/05/2012, art. 302, inciso II). Prova disto, é que a assinatura do contestado e nulo ADE de nº093, de 12/11/2013 (fl. 756), é do Delegado da DRF preparadora.

A atribuição ao Delegado do órgão preparador também está referida nº art. 28 da Lei Complementar nº 123/2006 e nas correspondentes Resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional.

Diante disso, o ADE não pode ser simplesmente substituído por relatórios elaborados pelo Autuante, conforme insinua a primeira ementa do Acórdão Recorrido (fl. 756). Afinal, se não previamente decretada a exclusão por um ADE válido, sequer pode ocorrer a autuação em decorrência da não exclusão do SIMPLES.

E não é por simples capricho que a Lei atribui a exclusão do SIMPLES ao Delegado da Receita Federal da jurisdição, mediante lavratura de Ato Declaratório Executivo válido. A matéria inclusive encontra resguardo constitucional: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"(CF/88, art. 5º, inciso LV).

Também, o art. 2º da Lei nº 9.784/1999, que dispõem sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, exige, dentre outros princípios, que o princípio da motivação esteja presente no ato administrativo: "A administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência".

Outro art. da Lei nº 9.784/1999, o de nº 50, é dedicado, especificamente, ao princípio da motivação. Por sua relevância e pertinência, segue reprodução integral:

(...)

Neste contexto, também a jurisprudência administrativa é, uníssona em só admitir a exclusão de ofício do SIMPLES ante a regular emissão de Ato Declaratório de Exclusão que indique os precisos motivos da exclusão:

(...)

Ante o exposto, merece ser declarada a nulidade do ADE, com a consequente extinção integral do crédito tributário constituído em decorrência da ilegal exclusão da Recorrente do SIMPLES.

2.3 - Da Improcedência de Qualquer Motivação para a Exclusão do SIMPLES dentre as Referidas na Representação Fiscal de Exclusão (RFE) e/ou no Relatório de Atividade Fiscal (RAF)

As arguições apresentadas no item acima ("2.2"), no qual a Recorrente argui ser nulo o ADE, são suficientes para condenar à nulidade o presente processo, a exemplo do que já ocorreu nos processos constituídos contra a empresa SUZANE LETÍCIA BAGATINI DALPIAN - ME (11080.732310/2013-93 e 11080.728.318/2014-36).

Todavia, caso os Eméritos Julgadores de Segundo Grau entendam não ser caso de nulidade, o que se admite unicamente para possibilitar &argumentação, agora, neste item, refutam-se, uma a uma, as supostas irregularidades apresentadas pelo Fisco na Representação para Fins de Exclusão (RFE) e que estão reprisadas no Relatório de Atividade Fiscal (RAF), cujas, segundo esta Defesa, também não justificam a pretendida exclusão pelas diversas razões adiante expostas.

Inicialmente, em relação às divagações, no RAF, acerca das manobras de criação de nova empresa no final de 2009, as quais comprovariam a legalidade da exclusão do SIMPLES, é de destacar que a Recorrente, desde 2011, vem oferecendo suas receitas à tributação pelo lucro presumido por ter excedido o limite em 2010.

Tal fato, por si só, já afasta a tendenciosa insinuação estampada no RAF, de que "o principal motivo da abertura da referida pessoa jurídica (a firma SUZANE LETÍCIA BAGATINI DALPIAN — ME) foi dividir as receitas para que elas se mantivessem aquém dos limites em questão" (fl. 782). Afinal, por que a Recorrente criaria uma empresa para "dividir" a receita bruta e assim se manter no SIMPLES se logo após, por ter superado o limite de R\$ 2.400.000,00, migrou para o lucro presumido? O lógico seria usufruir os frutos do planejado. Impende acrescentar que a migração para o lucro presumido deu-se dois anos antes da conturbada exclusão do SIMPLES e não "após exclusão do SIMPLES NACIONAL", como equivocadamente foi informado nº processo (fl. 790).

De outra parte, também no presente processo, de quase mil folhas, muitas delas descrevendo pretensas irregularidades na empresa SUZANE LETÍCIA BAGATINI DALPIAN — ME, tanto contábeis como relativas a confusões financeiras, estas devem ser desconsideradas neste litígio por tal procedimento ter sido considerado nulo na instância administrativa.

Também, os comentários do fisco, no RAF, em relação: (a) às presumíveis "transferências de valores para a PAULO ALBERTO DALPIAN - EPFY" (fl. 774); (b) à suposta "não comprovação do recebimento dos lucros apurados" (fl. 777); (c) à alegada "aquisição de imóvel com recursos de SUZANE LETÍCIA DALPIAN-ME" (fl. 778); (d) às comentadas "Transferências de recursos para PAULO ALBERTO DALPIAN" (fl. 780); etc. são fatores inócuos do ponto de vista fiscal, pois nenhum deles foi suficiente para gerar qualquer acréscimo nas bases tributadas, seja por omissão de rendimentos nas pessoas físicas, por variação patrimonial a descoberto, por omissão de rendimentos em alguma das duas pessoas jurídicas, por distribuição irregular de lucros, etc. Sequer convenceram o fisco a adotar a unicidade empresarial e tributar, conjuntamente, as receitas contabilizadas que, ao final, foram aceitas pelo Autuante como corretas. Textualmente, o fisco diz: "As bases de cálculo desta autuação foram extraídas das Declarações de Renda apresentadas à Receita Federal as quais estão de acordo com aquilo que foi registrado nos Livros Contábeis apresentados" (fl. 785) (o grifo não é do original). Ante tudo isso, não cabe presumir agora que tais fatos apoiaram a frustrada exclusão do SIMPLES.

Ademais, se o Fisco realmente tivesse convicção em relação aos desmandos contábeis que insinua, após excluir as duas empresas do SIMPLES teria imposto o lucro arbitrado em vez do lucro presumido. Esta contraditória posição mostra que o convencimento do fisco quanto à gravidade das pretensas irregularidades contábeis comentadas no RAF não foi relevante. Afinal, a adoção da sistemática do lucro presumido exige contabilidade regular. Diante disso, também nesses pontos não deve residir a justificativa para a exclusão do SIMPLES.

Quanto à "Utilização das mesmas instalações" (fl. 772), cumpre frisar que não há qualquer vedação na legislação do SIMPLES que proíba duas empresas de operarem no mesmo ambiente, ainda mais quando atuam em horários absolutamente distintos, com produtos também diversos, cada uma com funcionários próprios, com contabilidades apartadas, inclusive consideradas boas pelo Fisco, etc.

Outro -aspecto acentuado pelo nobre Autuante para, pretensamente, justificar o procedimento fiscal é o suposto "gerenciamento das finanças" (fl. 773) que Paulo Dalpian exercia na empresa SUZANE LETÍCIA BAGATINI DALPIAN — ME.

Na verdade, tal gerenciamento nunca existiu, pois a procuração que Paulo possuía limitava-o a concretizar movimentações bancárias, basicamente mediante assinatura de cheques da empresa SUZANE LETÍCIA BAGATINI DALPIAN - ME, emitidos sempre sob autorização de Suzane Letícia Bagatini Dalpian e no interesse da empresa dela, no intuito de efetuar pagamentos a fornecedores ou de liquidar outras operações ordinárias.

Tal autorização, entretanto, não é fundamento legal para a exclusão do SIMPLES da empresa PAULO ALBERTO DALPIAN — EPP conforme sugere a disposição legal reproduzida no RAF (fl. 783), isto é, o disposto no art. 30, § 40, inc. III, da Lei

Complementar nº 123/2006. Afinal, a Recorrente, de maneira alguma é "pessoa jurídica de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresária ou seja sócia de outra empresa do SIMPLES". A "pessoa jurídica" em questão tem um único titular, o Sr. Paulo Alberto Dalpian (fl. 10), o que absolutamente não autoriza a exclusão do SIMPLES da Recorrente pela situação prevista no inciso III, suso referido.

Evidentemente, se fosse correta a inferência fiscal de que o Sr. Paulo participava, nos anos autuados, do capital da empresa SUZANE LETÍCIA BAGATINI DALPIAN — ME, até seria admissível a exclusão desta última do SIMPLES. Porém, mesmo assim, a empresa PAULO ALBERTO DALPIAN — EPP, ante a exclusão da empresa SUZANE LETÍCIA BAGATINI DALPIAN — ME do SIMPLES, deveria ser mantida no SIMPLES, a não ser que o Sr. Paulo detivesse nesta última uma participação superior a 10%, o que infringiria o disposto no inc. IV, do .. 4º, do art. 3º, da LC nº 123/2006.

Contudo, considerando que não há disposição legal a autorizar que o Fisco equipare a "sócio", para fins de exclusão do SIMPLES, um mero "procurador" com poderes restritos, a exclusão aqui contestada, de maneira nenhuma pode residir neste fato.

Assim, no caso em tela, ao menos segundo o enquadramento em questão (fl. 783), nem a empresa SUZANE LETÍCIA BAGATINI DALPIAN — ME e nem a empresa PAULO ALBERTO DALPIAN — EPP, são passíveis de exclusão. Afinal, não há nos Autos qualquer comprovação de que alguma das duas empresas envolvidas tenha seu capital dividido. Ambas são firmas individuais, constituídas tíos termos do disposto no art. 966 do Código Civil Pátrio.

Outro ponto, concernente ao fato de o Sr. Paulo Alberto Dalpian constar como procurador da firma SUZANE LETÍCIA BAGATINI DALPIAN — ME (fl. 773) no cadastro bancário, o que é confirmado pela instituição financeira (fl. 774), não autoriza o enquadramento da exclusão na disposição legal reproduzida na fl. 783 do RAF.

Afinal, os fatos narrados não se subsumem ao contido no § 4º, inc. III, pois, no caso, o "procurador" não participa do capital da firma de Suzane Letícia e, de forma alguma, pode ser enquadrado como "sócio participante no capital social da empresa".

A propósito, é de lembrar que a procuração que o Sr. Paulo detinha na empresa SUZANE LETÍCIA BAGATINI DALPIAN — ME sequer o erige à condição de Administrador. É o que decisões em processos de consulta vêm informando, a exemplo da Decisão nº 61/10, da 6ª RF, publicada no DOU de 26.07.2010:

(...)

Ante o exposto, fica claro que a falta de indicação, no ADE (fl. 756), do fundamento da exclusão do SIMPLES, caracteriza uma nulidade, conforme arguido no item "2.1" e "2.2" deste Recurso Voluntário, pois as informações concernentes,

esparsas, colhidas do RAF, conforme analisado neste item "2.3", não contemplam situação prevista em Lei como suficiente para impulsionar a exclusão da Litigante do SIMPLES.

2.4 — Do Inadmissível Apoio em Outro Processo de Exclusão do SIMPLES Constituído em Conexão com este, mas já Afastado por Nulidade

Neste item requer-se que, ao se julgar o presente Recurso Voluntário, o Colegiado que for incumbido desta tarefa também leve em consideração um fato novo, que, embora já conhecido há mais de dois anos quando do julgamento recorrido, foi totalmente ignorado pelo julgamento da DRJ.

Trata-se do processo nº 11080.732310/2013-93, lavrado contra a empresa SUZANE LETICIA BAGATINI DALPIAN — ME, o qual foi julgado nulo por padecer de idêntica falta de indicação da motivação formal e operacional da arguida neste Recurso Voluntário.

Diante disso, se o presente processo foi constituído com integral apoio naquele, o qual inclusive foi o pivô da exclusão deste, a manutenção daquela empresa no SIMPLES, já definitivamente decretada pelo julgamento de Primeiro Grau, conduz, inquestionavelmente, o presente processo à mesma decisão por diversas razões, dentre estas, principalmente, pelo fato de, isoladamente, não haver na empresa Recorrente excesso de receita bruta em relação ao limite de R\$ 2.400.000,00 no ano de 2009, pois o declarado e apito pelo fisco foi de R\$ 2.198.703,47 (fl. 784).

2.5 - Dos Efeitos deste Recurso Voluntário sobre os Lançamentos Reflexivos de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e Contribuições Sociais Previdenciárias

Embora seja usual nos julgamentos administrativos aplicar-se aos lançamentos reflexivos o decidido no processo matriz, reitera-se este pedido, uma vez que, apesar de centrado o Recurso Voluntário na ilegal exclusão do SIMPLES, também são contestados os Autos de Infração de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e Contribuições Sociais Previdenciárias, estas últimas formalizadas no processo nº 11080.728314/2014-58, que aguarda julgamento no CARF.

3- DOS PEDIDOS

Em vista do exposto, e considerando tudo o mais que do processo consta, pede-se que o Senhor Delegado da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Porto Alegre receba o presente Recurso Voluntário e determine sua remessa ao CARF, nos termos do PAF.

Requer-se, caso necessário, seja determinada a produção de quaisquer provas admitidas em direito, se úteis para o completo esclarecimento desta controvérsia.

Quando do julgamento, em vista da nulidade processual arguida nesta defesa, requer-se que os Eméritos Julgadores acolham as razões expostas, reformando a decisão recorrida e, conseqüentemente, decretando nulo o ADE de exclusão do SIMPLES e, em decorrência, todos os lançamentos reflexivos contidos neste

processo e no de nº 11080.728314/2014-58, que contém os lançamentos reflexivos das Contribuições Sociais Previdenciárias.

Requer-se, também, a acolhida das razões expostas nos itens "2.3", "2.4" e "2.5", observando-se, se for o caso, o disposto no § 3º do art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

Nesses termos, pede deferimento.

(...)"

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Gustavo de Oliveira Machado, Relator.

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 (CTN).

Da Nulidade do Ato Declaratório de Exclusão do Simples

Alegou a Contribuinte que no ADE “não consta qualquer referência à motivação que levou o nobre Delegado da Receita Federal do Brasil a excluir a Litigante do SIMPLES”.

Aduziu que “a exclusão do SIMPLES é nula, por não informado o motivo da exclusão, inegavelmente a essência do ADE”, e que “nesta esteira, por decorrentes de ato nulo, também são nulos os lançamentos fiscais constituídos de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e de Contribuições Sociais Previdenciárias”.

Destacou que “a jurisprudência administrativa é uníssona em só admitir a exclusão de ofício do SIMPLES ante a regular emissão de Ato Declaratório de Exclusão que indique os precisos motivos da exclusão”.

Pleiteou que seja declarada a nulidade do ADE, com a consequente extinção integral do crédito tributário constituído em decorrência da ilegal exclusão da Recorrente do SIMPLES.

Pois bem.

A Contribuinte ao interpor Recurso Voluntário, repetiu praticamente a fundamentação apresentada na impugnação, cujos argumentos foram detalhadamente

apreciados pelo julgador a quo, adoto como minhas razões de decidir a decisão recorrida, pelos seus próprios fundamentos, utilizando da faculdade prevista ao Conselheiro Relator nos termos do parágrafo 12 do art.114 do Regimento Interno do CARF, senão vejamos:

“Art. 114. As decisões dos colegiados, em forma de acórdão ou resolução, serão assinadas pelo presidente, pelo relator, pelo redator designado ou por conselheiro que fizer declaração de voto, devendo constar, ainda, o nome dos conselheiros presentes, ausentes e impedidos ou sob suspeição, especificando-se, se houver, os conselheiros vencidos, a matéria em que o relator restou vencido e o voto vencedor.

§12. A fundamentação da decisão pode ser atendida mediante:

I - declaração de concordância com os fundamentos da decisão recorrida;”.

Outrossim, transcrevo e adoto, como razão de decidir, o voto proferido no Acórdão de nº 14-104.708 proferido pela 7ª Turma da DRJ/RPO em 27/11/2019, como razão de decidir:

“(…)

No cerne da lide administrativa, as razões, os fatos e os fundamentos que levaram à exclusão da empresa do regime de tributação favorecido tendo por consequência o recálculo da tributação devida.

O fundamento legal vem disposto no próprio ADE e é repetido na Representação para efeitos da exclusão: a falta de comunicação obrigatória, com supedâneo no artigo 29, I da LC nº 123/2006. Confira-se:

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

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

Assim é que o artigo 29 deduz como hipótese genérica que, caso a empresa deixe de comunicar a ocorrência de situação de exclusão obrigatória ao regime tributário favorecido, dela será excluída de ofício, por Ato de autoridade competente. Com efeito, o artigo 30 desdobra as hipóteses em que a empresa deverá, obrigatoriamente, comunicar sua exclusão do regime do Simples Nacional. Vejamos:

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; ou III - obrigatoriamente, quando ultrapassado, no ano-calendário de início de atividade, o limite proporcional de receita bruta de que trata o § 2º do art. 3º;

IV - obrigatoriamente, quando ultrapassado, no ano-calendário, o limite de receita bruta previsto no inciso II do caput do art. 3º, quando não estiver no ano-calendário de início de atividade.

Nesse compasso, a Representação para exclusão da empresa identifica o leque das situações fáticas que configuraram a falta de comunicação obrigatória, reportando-se às situações de vedação ao ingresso ou de permanência na participação no caso de a receita bruta estar fora dos parâmetros permitidos ou mesmo no caso de empresa em cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite permitido.

(...)

Assim, todo esse arcabouço normativo faz parte dos fundamentos da exclusão da empresa autuada, e encontra-se corroborado por abundantes constatações fáticas, senão vejamos:

- as empresas individuais de titularidade de Paulo Dalpian (autuada) e Suzane Dalpian compartilham o mesmo endereço comercial e o mesmo ramo de atividade, qual seja, pizzeria e buffet, respectivamente; os titulares das firmas possuem relação de parentesco entre si;
- em que pese o compartilhamento de instalações e estruturas, não se vislumbra, na contabilidade das empresas, o registro do compartilhamento de despesas;
- o sr. Paulo possui poderes e efetivamente exercita a gerência da movimentação bancária da empresa de Suzane;
- há diversas transferências de recursos entre as empresas, oriundas de Suzane para Paulo Dalpian EPP, cuja explicação inicial por parte do Intimado era de que "por se tratar de uma empresa familiar, na necessidade de capital de giro, utilizava recursos financeiros da empresa Suzane Letícia Bagatini Dalpian - ME, para pagamentos das contas de sua empresa, sem a devida formalização desse processo";
- em que pese tal fato, na empresa de Suzane as operações de transferências de recursos para empresa de Paulo estavam escrituradas como devolução de empréstimos contraídos junto àquela empresa, decorrentes do pagamento, por parte de Paulo Dalpian EPP, das despesas de Suzane Dalpian EPP, retratando exatamente o inverso do alegado pelo contribuinte;
- no entanto, constatou-se que já no mês de início das atividades da empresa de Suzane Dalpian EPP há registro da devolução desses "empréstimos", antes mesmo de que Paulo Dalpian EPP pudesse realizar qualquer pagamento das despesas de Suzane;

- concluiu a Auditoria que as transferências bancárias foram feitas simplesmente para beneficiar a empresa Paulo Dalpian EPP, posto que as operações de empréstimo e pagamento de contas sequer chegou a ser comprovada;
- também se informa que não foi possível comprovar o efetivo recebimento dos lucros apurados pela titular da empresa Suzane Dalpian; por outro giro, foi possível comprovar a aquisição de um imóvel, por parte da pessoa física do sr. Paulo Dalpian, com parte dos pagamentos efetuados com recursos da empresa de Suzane Dalpian;
- também foi possível constatar a existência de outros pagamentos efetuados à pessoa física do sr. Paulo por intermédio da empresa de Suzane Dalpian EPP.

Em vista de todo o arcabouço fático acima deduzido, concluiu a Auditoria que o sr. Paulo atua como sócio na empresa de Suzane, seja pela "efetiva participação na gerência das finanças da empresa", seja pela "liberdade de acesso aos recursos da empresa de propriedade de sua filha", liberdade esta que se materializou na canalização dos recursos para a empresa atuada e para a pessoa física do sr. Paulo Dalpian.

Nesse compasso, reputou comprovada a violação do inciso que determina a exclusão obrigatória por encontrar-se violado o limite de faturamento permitido, representouse pela exclusão de ambas do Simples Nacional e constituiu-se, em cada qual, os tributos devidos pelas empresas em geral.

Com efeito, neste caso entendo que a realidade subjacente é autorizadora do tratamento dado pela Auditoria, hipótese na qual o faturamento para fins de apuração do limite legal para participação no sistema tributário favorecido não pode ser considerado individualmente, mas na sua totalidade. Há uma absoluta confusão patrimonial caracterizada pelo sujeito passivo como decorrente da peculiaridade de se tratar de "empresa familiar", que permite entrever a atuação única e coordenada em busca da consecução de um objetivo comum.

Com efeito, diante das circunstâncias evidenciadas na representação administrativa - que deduzem ausência de autonomia operacional e patrimonial, com administração única e em benefício quase que único da empresa autada e seu sócio - chama a atenção que sequer a percepção efetiva dos recursos contabilizados como distribuição de lucros conseguiu ser comprovado pela "sócia" da empresa de Suzane Dalpian EPP - e tendo em vista, ainda, a primazia da verdade material sobre a formal, constata-se a existência de empresa constituída com o fito de fracionar ou fragmentar o faturamento, objetivando benefício tributário do Simples, tudo isso a demonstrar a pertinência de se considerar a soma dos faturamentos no cotejamento com os limites impostos pela legislação pertinente e, uma vez ultrapassado o limite permissivo à manutenção no sistema favorecido, tributá-los como são tributadas as empresas em geral.

É o que temos nos autos, confira-se:

(...)

A nada disso o Impugnante contesta, consistentemente.

A rigor sua peça impugnatória limita-se a por em dúvida o procedimento adotado pela Auditoria, a começar pelo ADE e a terminar com o deslinde da tributação pelo Lucro Presumido, contornando as situações fáticas que são do seu conhecimento e levaram à exclusão.

Ultrapassada a preliminar de nulidade - inexistente - o Defendente imputa ilegal e improcedente a exclusão do Simples, uma vez que desde 2011 a empresa já vem de ser tributada pelo Lucro Presumido”.

Isto Posto, rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

Da Improcedência de para Exclusão do Simples

Argumentou a Recorrente que “a falta de indicação, no ADE do fundamento da exclusão do SIMPLES, caracteriza uma nulidade, vez que as informações colhidas do Relatório de Atividade Fiscal, não contemplam situação prevista em Lei como suficiente para impulsionar a exclusão da empresa do SIMPLES”.

Pois bem.

A Autoridade Julgadora de 1ª Instância decidiu de forma clara e precisa no acórdão recorrido que “o fundamento legal vem disposto no próprio ADE e é repetido na Representação para efeitos da exclusão: a falta de comunicação obrigatória, com supedâneo no artigo 29, I da LC nº 123/2006”. Ressaltou ainda, que “o artigo 30 desdobra as hipóteses em que a empresa deverá, obrigatoriamente, comunicar sua exclusão do regime do Simples Nacional”.

Desta feita, percebe-se que não pode prosperar o mero inconformismo da Contribuinte quanto ao teor da decisão recorrida, eis que a exclusão da empresa do Simples ocorreu conforme dispõe as normas de regência, razão pela qual não há que se falar na improcedência da exclusão.

Dos Lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS

Defendeu a Contribuinte que embora a peça recursal esteja centrada na ilegal exclusão do Simples, ficam contestados os Autos de Infração lavrados de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

Pois bem.

A Contribuinte não apresentou fundamentos concretos e robustos para contrapor aos lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, se limitando apenas a dizer que ficam contestados os autos de infração lavrados.

Assim, devem ser mantidos integralmente os créditos tributários lançados, eis que foram constituídos em consonância com os dispositivos legais de regência.

Dispositivo

Isto posto, voto em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

Assinado Digitalmente

Gustavo de Oliveira Machado – Relator