



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11516.722022/2011-00
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-005.192 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de janeiro de 2021
Recorrente MAXI SERVIÇOS DE CADASTRO E COBRANÇAS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Exercício: 2009

EXCLUSÃO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE LIVROS FISCAIS E PRÁTICA REITERADA

A falta de escrituração de livros fiscais, bem como a prática reiterada de infração à legislação são fundamentos suficientes e necessários para a exclusão do SIMPLES.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Exercício: 2009

ARBITRAMENTO. FALTA DE LIVROS FISCAIS. ÚNICA

A inexistência da correta escrituração impede que o resultado seja apurado pelo lucro real ou arbitrado, sendo apenas possível a realização de arbitramento, tendo em vista a conduta da própria contribuinte.

LANÇAMENTOS REFLEXOS.

Com relação aos autos de infração reflexos (CSLL, PIS e Cofins), sendo decorrentes da mesma infração tributária que motivou a autuação relativa ao IRPJ, deverá ser aplicada idêntica solução, em face da estreita relação de causa e efeito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Letícia Domingues Costa Braga - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Carlos André Soares Nogueira, Cláudio de Andrade Camerano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva, Letícia Domingues Costa Braga, Itamar Artur Magalhães Alves Ruga e André Severo Chaves.

Relatório

Por bem expor o caso dos autos, reproduzo abaixo o relatório da Delegacia de origem, complementando-o a seguir:

Versa o presente Processo Administrativo Fiscal (PAF) sobre manifestação de inconformidade contra a exclusão do Simples Nacional e impugnação à exigência de crédito tributário no valor total de R\$ 380.666,22 (fls.08-09) – inclusos os consectários legais (juros de mora calculados até “11/2011”; multa de ofício no percentual de 75%) –, constituído por autos de infração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), de Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL), de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), e de Contribuição para o PIS/PASEP (PIS), referentes a períodos de apuração compreendidos entre janeiro de 2008 e dezembro de 2009.

O quadro a seguir ilustra a síntese da composição do referido crédito tributário, contendo o valor total concernente a cada tributo e a indicação das folhas do PAF relativas aos respectivos autos de infração.

Crédito Tributário Apurado		
Tributo	Valor (em R\$)	Fls. PAF
IRPJ - Imposto de Renda Pessoa Jurídica	226.694,49	503-533
CSLL – Contribuição Social s/o Lucro Líquido	80.528,74	534-563
COFINS - Contribuição p/ Financ. Seg..Social	60.672,96	564-573
PIS/Pasep – Programa de Integração Social	12.770,03	574-585
Total	380.666,22	-

A discriminação analítica da exigência consta de cada Auto de Infração, bem como em seus elementos integrantes (especialmente no Termo de Verificação e Encerramento de Procedimento Fiscal (TVEF), às fls. 597-606) – inclusive discriminação das receitas apuradas, bases de cálculo, períodos de apuração, alíquotas, descrição do procedimento fiscal, dos fatos verificados e da configuração em infrações tributárias, além do regime de tributação adotado pela fiscalização (arbitramento de ofício - em substituição à opção da contribuinte pelo Simples Nacional, quanto ao ano-

calendário de 2008, e à opção pelo Lucro Presumido, em relação ao ano-calendário de 2009).

Excerto do citado termo fiscal (TVEF) ilustra as razões da exclusão do Simples Nacional (com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2008, consoante o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 206, de 17 de outubro de 2011; fls. 06/07), bem como do regime de tributação do Lucro Presumido (quanto ao ano-calendário de 2009):

“[...]

O contribuinte, nessas condições, não observou os pressupostos inerentes ao regime de tributação a que se submeteu, não cumprindo com suas obrigações tributárias, principal e acessória, uma vez que não escriturou seus atos de negócios, inclusive a movimentação financeira e bancária; e submeteu à tributação apenas parte das receitas de prestação de serviços auferidas nos anos calendário de 2008 e 2009, com infração ao artigo 26, parágrafo 2º da Lei Complementar nº 123/2006, e art. 527, parágrafo único, incisos I e III, do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26/03/1999.

[...]” (g.n.)

Foi registrado, outrossim, que a fiscalizada fora alertada de que a falta de escrituração contábil/fiscal de seus atos de negócios (prestação de serviços, de “correspondente bancário”) implicaria a necessária apuração do lucro com base nas normas do Lucro Arbitrado

Constou, ainda, que, intimada, a fiscalizada “...reconhece como receitas da atividade os valores declarados em DIRF por terceiros...”, porém apenas parte desses valores (“creditados nas respectivas contas bancárias, ou seja, valores pagos e declarados em DIRF pelas instituições financeiras parceiras...”) foi submetido “à tributação, conforme consta nas declarações de renda entregues, exemplificado pela DIPJ 2010, ficha 57 (fls. 382/400”.

Foi anotado que, em decorrência dos fatos infracionais verificados, foi submetido de ofício ao regime do lucro arbitrado tanto a receita bruta declarada (em regimes adotados pela contribuinte), como a receita omitida da atividade (diferença entre os valores declarados em DIRF (e creditados em contas bancárias da fiscalizada) e a receita bruta declarada).

Anotou-se, também, entre as “implicações pecuniárias decorrentes”, que a matéria tributária configura infração à legislação das contribuições CSLL, Cofins e PIS, e que “foram realizados compensação/dedução” do respectivo tributo retido na fonte, “bem como compensação/dedução dos valores declarados/pagos nos regimes de tributação adotados (fls. ...), conforme os valores consolidados no quadro abaixo: (...)”.

Pois bem. Cientificada, em 10 de novembro de 2011 (fl. 607), do citado ADE (Ato Declaratório de Exclusão) do Simples Nacional e dos referidos autos de infração (além dos termos integrantes), a contribuinte (por intermédio de seus procuradores; instrumento de mandato e documentos de identificação inclusos) apresentou, em 06 de dezembro de 2011, manifestação de inconformidade (contra a exclusão do Simples Nacional; fls. 610-626) e impugnação à exigência (“Defesa Administrativa”; fls. 660-692), além dos respectivos anexos.

Como se pode verificar, o teor da irresignação contida na manifestação de inconformidade (fls. 610-626) está abrangido na impugnação (fls. 660-692), ambas (apresentadas na mesma data) defendendo, basicamente, a inocorrência das hipóteses previstas no inciso V (“tiver sido constatada prática reiterada de infração...”) e no inciso VIII (“houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária”) do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006 - sancionadoras de exclusão de ofício do Simples Nacional. Em comum, pois, toda a alegação contrária ao aludido Ato Declaratório de Exclusão, bem como aos seus efeitos (a partir de 1º de janeiro de 2008, com base no §1º do citado dispositivo complementar).

Destarte, a descrição e apreciação das razões da impugnação suprirá, sem prejuízo, aquelas insertas na manifestação de inconformidade, e evitará despendendo redundância. Posto isso, a contribuinte contestou a autuação, apresentando as razões a seguir sumariadas:

- 1. Dos Fatos:

- “o Auto de Infração apresenta vários vícios que maculam sua legalidade, caracterizando a nulidade da sua emissão e, portanto, é direito o cancelamento em sua integralidade, como se demonstra a seguir”;

- 2. Da Tempestividade:

- é tempestiva a defesa, pois apresentada no prazo de trinta dias da ciência (10/11/2011);

- 3. Da Exclusão do Simples Nacional:

- “... comprovar-se-á que a impugnante não se enquadra nos dispositivos” que fundamentaram a exclusão do Simples Nacional (“suposta caracterização de prática reiterada da infração à legislação tributária” e “falta de escrituração do livro caixa”), “tornando-os sem qualquer validade para respaldar a exclusão”, e tornando “sem efeito o lançamento ora rechaçado.”;

- 3.1 Da Suposta Caracterização de Prática Reiterada de Infração à Legislação Tributária:

- não houve “reiteração da prática infracional”, sendo “nítido que a impugnante não se enquadra no inciso V do artigo 29 da Lei Complementar 123/2006”. Essa caracterização somente ocorreria se “já houvesse incorrido na prática da infração, com trânsito em julgado de tal imposição”. Não existe “outro lançamento anterior a esse que configure a infração de omissão de receitas”. Restando inexistente a “prática reiterada de infração”, encontra-se sem fundamento o ADE nº 206, de 2011, devendo ser mantida a impugnante no Simples Nacional (desde 01/01/2008), e inviável a manutenção da exigência rechaçada.;

- 3.2 Da Suposta Falta de Escrituração Contábil:

- “No caso dos autos, a impugnante por ser optante pelo Simples Nacional mantinha a escrituração do livro caixa, conforme se denota das informações prestadas na época da fiscalização, mas não realizava efetivamente o lançamento da movimentação bancária, haja vista que a maior parte dos valores que transitavam em conta corrente eram para repasse dos pastinhos, conforme já amplamente explicado durante a fiscalização e aceito pelo n. fiscal.”;

- “No mais, em se tratando de empresa optante pelo Simples Nacional, há de se ponderar que o importante é o lançamento do faturamento da empresa, ou seja, a base para o cálculo do imposto.”;

- “Portanto, o fato da impugnante não ter lançado no livro caixa a movimentação bancária não pode servir de subsídio para a exclusão do Simples Nacional, haja vista que a forma de tributação optada não diz respeito ao lucro obtido com a atividade, e sim o faturamento declarado.”;

- “Ademais, a movimentação financeira e bancária da impugnante sempre foi de conhecimento da fiscalização, tanto é assim que não foi realizado qualquer lançamento tendo por base a movimentação bancária, dessa forma, a sua não apresentação não importou em prejuízo para a fiscalização para a continuidade dos trabalhos fiscais.”;

- “Tanto é assim, que o fiscal, em seu relatório final, se manifestou:

‘Saliente-se, ainda, que os créditos nas contas bancárias supracitadas refletem as informações oriundas das fontes pagadoras dos rendimentos, instituições financeiras supracitadas, ou seja, as contas bancárias em referência receberam os valores pagos pelas empresas declarantes de DIRF, ocorrências verificadas nos anos-calendário de 2008 e 2009.’”

- “Portanto, é indevida a disposição acostada pelo n. fiscal como fundamento para a exclusão do Simples Nacional, haja vista que, apesar da empresa não ter realizado os lançamentos da movimentação bancária no livro caixa, esta não serviu como base para os lançamentos, não configurando qualquer tipo de prejuízo à fiscalização”;

- “Dessa forma, apresenta-se totalmente incoerente o fundamento para a exclusão do Simples Nacional, posto que o lançamento não se pauta em divergência de movimentação bancária, devendo a impugnante ser mantida no Simples Nacional, tendo por consequência a perda do objeto da exigência ora rechaçada.”

• 3.3 Do Lançamento com Base na Exclusão do Simples Nacional:

- a apresentação “da defesa administrativa contra o Ato Declaratório Executivo nº 206 suspende seus efeitos, qual seja, a exclusão do Simples Nacional”. Assim, “totalmente incoerente fazer uma exigência fiscal com base em ato suspenso até decisão final administrativa.”;

- os efeitos da exclusão do Simples Nacional “só poderiam surtir resultados a partir do trânsito da decisão administrativa que mantivesse sem reformas a exclusão da sistemática de tributação diferenciada.”;

- diante dos fatos e das “jurisprudências acostadas”, resta “cristalino o direito da impugnante em ver cancelado o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS n. 206 e, consequentemente, torna-se nula a exigência ora rechaçada.”;

- acaso mantida a exclusão, “a mesma deverá ser com efeitos tão somente a partir do mês da ocorrência da suposta ausência na entrega do livro caixa...”;

• 3.4 Das Reduções Cabíveis para o Lançamento:

- “O n. fiscal, ao elaborar o lançamento, realizou as deduções no demonstrativo de apuração, supostamente dos valores já quitados dentro da sistemática do Simples

Nacional e retenções no ano de 2008 e do lucro presumido e retenções no ano de 2009.”;

- “Analisando perfunctoriamente os cálculos apresentados, observa-se que no ano calendário de 2009, o n. fiscal não deduziu o montante efetivamente já recolhido pela impugnante.”;

- de acordo com a “tabela abaixo”, comparativo “dos valores pagos no ano calendário de 2009 e as deduções lançadas pelo n.fiscal”, foi deduzido o montante de R\$ 19.727,76, porém a “impugnante teria direito a dedução no total de R\$ 20.942,17”, restando “uma diferença a favor da impugnante no valor de R\$ 1.214,41 (mil, duzentos e quatorze reais e quarenta e um centavos).”;

- “E esse erro na dedução dos valores comporta em erro na base do lançamento, configurando vício” que macula, na íntegra, o lançamento, “por não comportar qualquer correção”. Consistindo “a correta indicação da base de cálculo em um requisito formal e intrínseco”, no caso de equívoco de seu valor, o ato administrativo será nulo, com fundamento nos artigos 10 e 11 do Decreto nº 70.235, de 1972, e art. 142 do CTN, além de entendimento do CARF, e, assim, “impõem-se o reconhecimento e a declaração de nulidade do Auto de Infração, por vício formal, consistente na base de cálculo apresentada.”. Não sendo esse o entendimento, “que seja realizada a dedução cabível no presente caso no montante de R\$ 1.214,41, como outrora comprovado.”;

• 4. Da Impossibilidade de Arbitramento do Lucro:

- a suposta omissão de receitas e a suposta prática reiterada de infração à legislação tributária culminaram na exclusão do Simples Nacional. Ocorre que o art. 32 da LC nº 123/2006, dispõe sobre a possibilidade de escolha do contribuinte quanto à forma de tributação pelo lucro presumido ou real. Assim, “dentro do período dos efeitos da exclusão deve-se, de acordo com a legislação, realizar o lançamento dos referidos valores de acordo com a apuração escolhida”. No “presente caso, o n. fiscal calculou os impostos devidos pela ‘suposta’ omissão de receitas com base no lucro arbitrado.”;

- baseando-se no art. 530, inciso III, do RIR/99, o Auditor-Fiscal lançou “não somente” os valores “supostamente omitidos”, mas também aqueles “já declarados e tributados pela impugnante”. Ocorre que, conforme já decidiu o CARF, “os valores já declarados e tributados não devem participar da base de cálculo do arbitramento, sob pena de configurar vício no lançamento e seu consequente cancelamento.”;

- na decisão ressaltada (ementa transcrita), “o Conselho Administrativo destacou que o arbitramento do lucro somente (sic) quando o livro ou qualquer outra declaração seja imprestável para a quantificação da base para o cálculo do imposto. Na situação em comento, não sendo imprestável a DIRF apresentada pelas fontes pagadoras, posto que o n. fiscal a utilizou como fundamento para a exigência ora rechaçada, restando de forma nítida o reconhecimento pela fiscalização da base para o cálculo dos tributos, assim, não merece sustentação o arbitramento posto não restar comprovado durante o procedimento de fiscalização qualquer impossibilidade de conhecer o faturamento da impugnante.”;

- “Ora, no presente caso, não se observa qualquer prova por parte da fiscalização de que, o fato da empresa não ter escriturado a movimentação bancária - o

que não é o fundamento para a suposta omissão de receitas - , impossibilitou a quantificação do resultado do exercício.”;

- “Assim, ante ao fato da utilização do arbitramento em valores já declarados e tributados e, considerando que a suposta omissão de receitas e/ou a falta de escrituração da movimentação financeira não servem de subsidio para a imposição do arbitramento, deve ser cancelada a exigência fiscal, posto que o lançamento encontra-se com vício na base de cálculo.”;

- “Mas, se acaso não for o entendimento do n. julgador, que o mesmo imponha a revisão do lançamento para o recálculo dos valores sem o percentual de 20% do arbitramento.”;

• 5. Da Multa Excessiva (75%):

- a multa de ofício aplicada (“75% do valor do imposto”) é desproporcional, não é razoável, e “reveste-se de todas as características de confisco”, violando o artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, e conforme determinados julgados do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.;

• 6. Do Pedido:

- “Ante o exposto, requer-se o recebimento e processamento da presente impugnação com o fim de cancelar o Auto de Infração em razão das alegações pontuadas, haja vista os vícios que o macula.”;

- “Na remota hipótese de não ser o entendimento do n. julgador, que o lançamento seja cancelado parcialmente, efetuando o recálculo dos valores sem o arbitramento da base no percentual de 20%, lançando também a dedução dos valores faltantes já apresentados na defesa.”;

- “Requer também a redução da multa por seu nítido caráter confiscatório”.

Quando do julgamento pela DRJ/POR, a decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2009

SIMPLES. EXCLUSÃO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DO LIVRO CAIXA. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO. EFEITOS.

Correto o ato de exclusão do Simples Nacional constatada a falta de escrituração do livro-caixa e a prática reiterada de infração de omissão de receitas, produzindo efeitos a partir do próprio mês em que incorridas.

SIMPLES. EXCLUSÃO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. EFEITO SUSPENSIVO. DESCABIMENTO.

No âmbito do processo administrativo, o efeito suspensivo não se presume, isto é, deve estar expresso em lei, o que impede o recebimento de manifestação de inconformidade contra ato de exclusão do Simples com efeito suspensivo.

ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS DE ESCRITURAÇÃO OBRIGATÓRIA.

Não apresentados à autoridade tributária, injustificadamente, livros de escrituração obrigatória, e evidenciada a existência de movimentação financeira, inclusive bancária, o imposto será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado.

ARBITRAMENTO. RECEITA BRUTA CONHECIDA.

A receita bruta conhecida compreende não apenas a receita declarada pelo contribuinte como também aquela apurada no âmbito da ação fiscal.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2009

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal em face da estreita relação de causa e efeito.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA

Considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pela impugnante.

NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Descabe falar em nulidade do lançamento que respeitou os requisitos legais para sua constituição, e proporcionou amplo direito de defesa.

INCONSTITUCIONALIDADE

Falece competência à autoridade julgadora de instância administrativa para a apreciação de aspectos relacionados com a constitucionalidade das normas tributárias regularmente editadas, tarefa privativa do Poder

Judiciário.

IMPUGNAÇÃO. ÔNUS DA PROVA.

As alegações apresentadas na impugnação devem ser acompanhadas das provas documentais correspondentes, sob risco de impedir sua apreciação pelo julgador administrativo.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformado, apresentou a contribuinte recurso a esse Conselho alegando em síntese:

- 01) Defende que a empresa não poderia ser excluída do simples por prática reiterada. Que prática reiterada somente ocorreria se a empresa deixasse, por dois anos de apresentar seus livros fiscais. E que não tendo ocorrido outra infração em momento anterior à exclusão do Simples Nacional, não se coaduna a argumentação disposta acerca da prática reiterada de infração à legislação tributária;
- 02) Que a empresa não ter lançado no livro caixa a movimentação bancária não pode servir de subsídio para a exclusão do Simples. Que a empresa não

possuía Livro Diário ou razão, mas que possuía sim o Livro Caixa. Que seria indevida a fundamentação para a exclusão do Simples a não existência dos livros fiscais, pois apesar de a empresa não ter realizado os lançamentos da movimentação bancária no livro caixa, este fato não serviu como base para os lançamentos, não configurando qualquer tipo de prejuízo à fiscalização.

- 03) Que não deveria ter sido feito o arbitramento porque a base da suposta omissão das receitas foi a DIRF apresentada pelas fontes pagadoras, não configurando empecilho para a quantificação do resultado da recorrente. Ademais, alega que quando da exclusão do simples, a recorrente deveria ser consultada se deveria ser tributada pelo lucro real ou presumido.
- 04) Que o d. fiscal não deduziu o montante efetivamente já recolhido pela recorrente no ano calendário de 2009, o que de per si, deveria anular o auto por vício material. E que se assim não entendesse o julgador que deveria ser deduzido o montante de R\$1.214,41.
- 05) Que a multa aplicada a razão de 75% é excessiva irrazoável e ilegal e que se reveste de todas as características de confisco.

Por fim requer que seja anulado o Processo Administrativo Fiscal e o ADE.

Este é o relatório do essencial.

Voto

Conselheira Letícia Domingues Costa Braga, Relatora.

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Pois bem, cuidam os autos de ADE e autuação da contribuinte nos anos de 2008 e 2009.

No ano de 2008, a contribuinte sujeitou-se ao simples e no de 2009, lucro presumido.

Julga-se no presente autos, tanto a autuação quanto a exclusão.

I - ADE

Alega a recorrente que deveria ter ocorrido a sua exclusão do simples e que eventual autuação deveria aguardar o trânsito em julgado da decisão administrativa para apenas posteriormente ocorrer a autuação da recorrente.

Entretanto, não há qualquer fundamentação plausível no requerimento da recorrente, isso porque a sua exclusão já se operou com o ADE, o que está pendente é o

resultado de sua impugnação, que apenas suspende o prazo mas não tem o condão de paralisar a autuação.

Por outro lado, o processo administrativo tributário somente teve início com a sua impugnação, sendo certo que o seu início opera-se por iniciativa da recorrente.

Com relação à exclusão do simples, esta se operou por dois fundamentos, i) prática reiterada de infração, ii) falta de escrituração do livro caixa.

Importante que qualquer uma das infrações seria suficiente para a exclusão da recorrente.

Pois bem, quanto a falta de escrituração, qualquer dúvida não resta que não havia escrituração fiscal, e tal fato foi confessado pela Contribuinte em diversas oportunidades. Entretanto, argui a recorrente que os efeitos da exclusão somente poderiam ter efeitos a partir do mês de ocorrência da suposta ausência da entrega do livro.

Nesse caso, é até difícil entender a argumentação da recorrente, será que ela pretendia que apenas no mês da fiscalização a falta do livro geraria a exclusão?

Afinal, o que foi observado é que no decorrer do ano de 2008, quando ainda estaria sujeita ao regime simplificado, não havia qualquer escrituração dos livros obrigatórios, e, por esse motivo foi a recorrente excluída do regime simplificado, com efeitos retroativos, pois verificou-se que os livros obrigatórios não estavam escriturados.

Ademais, a argumentação do acórdão recorrido sobre a exclusão por ambos os motivos está perfeita e não há qualquer dúvida sobre a legalidade da exclusão, conforme abaixo:

(...)

Ante o exposto, demonstrado que a contribuinte, durante a ação fiscal, além de ter afirmado não possuir os citados livros obrigatórios, também asseverou (e reiterou) que não realizou a escrituração/registro de sua movimentação financeira/bancária.

Importante também salientar que, nem durante a ação fiscal e tampouco nas oportunidades de irresignação (manifestação de inconformidade contra a exclusão do Simples Nacional e na impugnação), a contribuinte afirmou que entregara o Livro Caixa (ou a escrituração contábil). Trata-se, pois, de matéria incontroversa – a falta de apresentação do Livro Caixa e/ou a escrituração contábil, tanto no que se refere ao ano-calendário de 2008 como em relação ao ano-calendário de 2009.

Assim, já resta configurada a ocorrência da hipótese prevista no inciso VIII do art. 29 da LC nº 123/2006 - que preceitua a exclusão de ofício da empresa optante (do Simples Nacional) quando “houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária” (g.n.).

Finalmente, improfícua a tentativa da impugnante de buscar destituir de força cogente (ou demonstrar a falta de obrigatoriedade, ao arrepio da norma complementar) o reconhecido e expresso descumprimento da obrigação acessória de escriturar (e demonstrar que o fez) o livro Caixa (ou a escrituração contábil) de forma a “permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária” (g.n.).

Prossigo, pois, agora, na análise da ocorrência da hipótese prevista no inciso V do art. 29 da LC nº 123/2006, também objeto de contestação pela contribuinte (em ambas as manifestações de irresignação).

Segundo a impugnante, não houve “reiteração da prática infracional”, sendo “nítido que a impugnante não se enquadra no inciso V do artigo 29 da Lei Complementar 123/2006”. Essa caracterização somente ocorreria se “já houvesse incorrido na prática da infração, com trânsito em julgado de tal imposição” (g.n.), por analogia ao disposto no art. 63 do Código Penal, que define a “reincidência”. Não existe “outro lançamento anterior a esse que configure a infração de omissão de receitas”. Restando inexistente a “prática reiterada de infração”, encontra-se sem fundamento o ADE DRF/FNS nº 206/2011 (devendo ser mantida a impugnante no Simples Nacional, desde 01/01/2008), e inviável a manutenção da exigência.

Não procede a alegação da impugnante. A caracterização da reiteração da prática infracional não passa, como sustenta, pelo pressuposto da reincidência, instituto próprio do Direito Penal, e inaplicável na legislação tributária.

A inobservância reiterada de obrigações tributárias, tanto principais como acessórias, foi demonstrada pela fiscalização nos termos fiscais, em especial no TVEF (fls. 597-606), e, mormente no contumaz oferecimento parcial à tributação de valores de sua atividade de prestação de serviços de correspondente – questão que adiante será enfrentada.

A apreciação da insurgência da impugnante, contra a definição legal do que se considera “prática reiterada, para fins do disposto no inciso V, XI e XII do caput”, constante do §9º do art. 29 da LC nº 123, de 2006, reputando-a de “totalmente ilegal” e elaborada “a favor do fisco”, não compete ao julgador administrativo.

Destarte (além da caracterização da ocorrência do inciso VIII do art. 29), também configurada a situação prevista no inciso V do art. 29 da LC nº 123, de 2006, e, assim, correto o procedimento de exclusão do regime do Simples Nacional, inclusive no que se refere ao termo inicial da produção dos efeitos dessa exclusão de ofício, ou seja, a partir de 1º de janeiro de 2008, conforme disposto no ADE DRF/FNS nº 206/2011, e em consonância com o expressamente estabelecido no §1º do artigo 29 da aludida Lei Complementar.

Por fim, ainda argui a recorrente que não poderia a fiscalização ter procedido a exclusão da recorrente, com base na ausência dos livros obrigatórios, tendo em vista que a atuação não foi prejudicada pela ausência desses livros.

Melhor sorte não assiste à recorrente, o descumprimento da obrigação acessória, qual seja, deixar de registrar a sua movimentação nos livros competentes, tem várias consequências para o contribuinte, não sendo necessário haver prejuízo à fiscalização para que a penalidade seja aplicada.

Assim, ter sido prejudicial à fiscalização a falta dos livros, não pode ser justificativa para a não aplicação da penalidade pelo descumprimento da obrigação acessória. O fato é, a contribuinte não registrava a sua movimentação financeira. E esse fato é incontestável, o que de per si, seria suficiente para a exclusão da contribuinte do regime simplificado de tributação.

Assim, tendo em vista que tanto na impugnação, quanto no recurso do processo a recorrente arguiu os mesmos elementos para tentar desconstituir o ADE, e, tendo em vista que não há qualquer argumento novo, capaz de alterar o entendimento dessa julgadora, mantenho a decisão da Delegacia de origem por seus próprios fundamentos.

II – Do arbitramento

Com relação ao arbitramento, essa modalidade é consequência da ausência de livros fiscais. A não apresentação dos livros e documentos necessários à apuração do lucro real ou presumido, implica no arbitramento do lucro, sendo essa a hipótese legal, e não escolha da fiscalização.

Não se trata, tampouco de uma sanção, mas sim de definição legal de uma base de cálculo substitutiva, pois somente poderá subsistir uma apuração pelo lucro real ou presumido, em face de regular escrituração contábil, que permita à fiscalização identificar os fatos contabilizados e deles eventualmente discordar. A ausência dos elementos de suporte de contabilidade retira o conteúdo dos lançamentos, e impede ao fisco de se manifestar acerca da sua admissibilidade. Daí a imperatividade do arbitramento dos lucros.

A receita bruta considerada, com base nas DIRF's é apenas um dos elementos da apuração do lucro, e o fato de a fiscalização aceitar tais valores de modo algum revela a possibilidade de apuração dos tributos devidos pela recorrente com base na sistemática do lucro real.

III – Dos pagamentos realizados pela contribuinte

Quanto aos pagamentos que deixaram de ser considerados pela fiscalização, inicialmente, cumpre rejeitar a arguição de invalidade do lançamento por ausência de liquidez e certeza do crédito tributário, arguido pela recorrente como vício material.

A nulidade dos atos administrativos de lançamento é regida pelo Decreto nº 70.235/72, que em seu art. 59, inciso I, prevê a hipótese de lavratura por pessoa incompetente, e em seu art. 10 traça os requisitos essenciais para a formalização do auto de infração. Tais dispositivos legais alinham-se ao art. 142 do CTN, que também estabelece a formalização do lançamento por autoridade administrativa competente, e exige, para sua validade, a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, a determinação da matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido e a identificação do sujeito passivo.

Diante deste contexto, não há que se falar em nulidade quando a autoridade lançadora deixa de considerar, na determinação do tributo a ser recolhido, recolhimentos ou antecipações promovidos pelo sujeito passivo. A verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, a determinação da matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido e a identificação do sujeito passivo, nos termos do art. 142 do CTN, estão presentes quando a autoridade lançadora identifica a infração e recompõe a base tributável, determinando o tributo devido e promovendo o lançamento da parcela superior àquela inicialmente calculada pelo sujeito passivo. As deduções de recolhimentos e antecipações, a partir deste ponto, representam a extinção do crédito tributário, e a existência de parcela que surte tal efeito em

relação ao valor exigido reveste a natureza de fato extintivo do direito do Fisco, que pode ser alegado pelo sujeito passivo em seus recursos administrativos.

Ressalte-se que, no presente caso, a autoridade lançadora validamente arbitrou o lucro do sujeito passivo, e inclusive considerou os pagamentos que entendeu pertinentes, contudo, procedeu a um erro de fato quando do cálculo dos valores. Logo, não há erro de direito na apuração do crédito tributário, e apenas de fato.

Por outro lado, conforme devidamente consta na decisão de origem, é certo que devem ser deduzidos tanto os valores dos tributos pagos/confessados pela contribuinte (sob a égide dos regimes originais) como os valores de tributos retidos na fonte por terceiros (em observância à legislação).

IV – Multa de ofício

Em relação à multa aplicada no percentual mínimo previsto na legislação regente da matéria (art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 27/12/1996), descabe ao julgador administrativo a apreciação de alegações de inconstitucionalidade de normas regularmente editadas, tarefa de competência exclusiva do Poder Judiciário, conforme Súmula 2 desse Conselho

V- Tributação Reflexa – CSLL, PIS, Cofins:

Com relação aos autos de infração reflexos (CSLL, PIS e Cofins), sendo decorrentes da mesma infração tributária que motivou a autuação relativa ao IRPJ, deverá ser aplicada idêntica solução, em face da estreita relação de causa e efeito.

Por todo exposto, conduzo meu voto para julgar improcedente o recurso voluntário interposto, mantendo a decisão de origem incólume.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Letícia Domingues Costa Braga