



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	11516.723443/2016-54
ACÓRDÃO	1001-003.761 – 1ª SEÇÃO/1ª TURMA EXTRAORDINÁRIA
SESSÃO DE	14 de março de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	EMBRACON CONTABILIDADE EMPRESARIAL S/S EIRELI EPP
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2012

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA.

Afastado está o cerceamento do direito de defesa que caracteriza a nulidade dos atos administrativos quando observadas as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

DECADÊNCIA.

O direito de a Fazenda Nacional promover a exclusão da Recorrente do Simples Nacional não se submete ao prazo decadencial por falta de previsão legal dado que ato administrativo pertinente tem caráter meramente declaratório. Os comandos previstos no § 4º do art. 150 e no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional são dirigidos especificamente aos prazos de homologação e constituição do crédito tributário.

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

A pessoa jurídica que incorrer em despesas superiores a 20% (vinte por cento) do valor de ingressos de recursos no mesmo período, bem como em falta da escrituração do Livro Caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária é excluída do Simples Nacional com efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, o que impede a opção pelo regime pelos próximos 3 anos-calendário seguintes quando fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em conhecer do recurso voluntário, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar-lhe provimento.

Assinado Digitalmente

Carmen Ferreira Saraiva –Relatora e Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: José Anchieta de Sousa, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Gustavo de Oliveira Machado, Ana Cláudia Borges de Oliveira e Carmen Ferreira Saraiva.

RELATÓRIO

Exclusão do Simples Nacional

A Recorrente foi excluída do Simples Nacional com base no Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 328, de 14 de dezembro de 2016, com base nos incisos VIII e IX do art. 29 da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, com efeitos a partir de 01.01.2012, e-fls. 354:

Art. 1º O contribuinte EMBRACON CONTABILIDADE EMPRESARIAL S/S EIRELE - EPP – CNPJ. 85.135.283/0001-31, excluído do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, haja vista suas despesas incorridas no ano calendário de 2012 terem sido superiores a 20% (vinte por cento) do valor de ingressos de recursos no mesmo período, bem como falta de escrituração da movimentação financeira e por não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive a bancária, fatos reiterados que importam a exclusão de ofício do Simples Nacional, com fundamento no artigo 29, incisos VIII e IX do mesmo diploma legal.

Art. 2º A presente exclusão surtirá efeitos a partir 01/01/2012, sendo vedada a opção pelo Simples Nacional pelo prazo de 03 (três) anos, nos termos do art. 29, parágrafo 1º, da Lei Complementar nº 123/2006, facultada a apresentação de manifestação de inconformidade, no prazo de 30 (trinta) dias da ciência, à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis – SC.

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado no Acórdão da 7ª Turma da DRJ/POA/RS nº 10-60.075, de 05.09.2017, e-fls. 390-399:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/01/2012

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO.

Constitui hipótese de exclusão de ofício da empresa optante pelo Simples Nacional a constatação de que durante o ano-calendário o valor das despesas pagas supera em 20% (vinte por cento) o valor de ingressos de recursos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade.

ÔNUS DA PROVA

Cabe ao interessado a prova dos fatos que venha a alegar em sua impugnação, a qual deve ser instruída com os elementos de prova que fundamentem os argumentos de defesa.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Acórdão

Acordam os membros da Sétima Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo a exclusão da empresa do Simples Nacional a partir de 01/01/2012, nos termos do relatório e voto que fazem parte integrante deste acórdão.

Recurso Voluntário

Notificada em 15.09.2017 (sexta-feira), e-fl. 401, apresentou o recurso voluntário em 17.10.2017, e-fls. 403-415, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que:

II. TEMPESTIVIDADE

2. *Ab initio*, a Recorrente tem como justo apontar a tempestividade do presente Recurso Voluntário, vez que teve ciência do v. Acórdão se deu em 15/09/2017, conforme Intimação nº 155/2017. Nos termos do art. 5º do Decreto nº 70.235/72, somente em 18/09/2017 começou a correr o prazo de 30 dias previsto no artigo 33 do Decreto nº 70.235/72. Deste modo, computado o trintídio legal, é facultado ao Contribuinte interpor o recurso até o dia 17 de outubro de 2017, razão pela qual é tempestivo o presente Recurso Voluntário.

III. DO OBJETO DO PROCEDIMENTO FISCAL. AUSÊNCIA DE MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL PARA O PERÍODO ANTERIOR A 2012 [...]

3.1. Ora, confesso que a Autoridade Fiscal promoveu efetiva fiscalização dos períodos de 2009 a 2001, sem propiciar ao Contribuinte o amplo direito de defesa e contraditório, concluindo pela ocorrência de suposta infração com base apenas em informações parciais.

3.2. Incontroverso que o objeto de atuação da fiscalização deve restringir-se aos fatos contábeis adstritos ao período de 01/01/2012 a 31/12/2012, não podendo o Fisco valer-se do referido procedimento fiscal para estabelecer (indevida e ilegalmente) a ocorrência (com base e informações parciais) de anterior infração, a fim de produzir antecedente desabonador (inexistente), como fundamento para imposição da exclusão do regime diferenciado do SIMPLES Nacional, o que de fato ocorreu no presente feito.

3.3. Constatou expressamente da Representação Administrativa, nos "Fatos Ensejadores da Exclusão" (fls. 05 do PAF 11516.723.443/2016-54) apontados pela Autoridade Fiscal [...]

3.4. Valioso esclarecer que, ainda que, com a exclusão do SIMPLES (através da ADE nº 328), o lançamento tenha se restringido aos tributos e período objetos do TIPF(até porque os períodos anteriores estariam prescritos), a Autoridade Fiscal procedeu a(parcial) análise (unilateral) de período anterior (2009 a 2011) para configurar uma continuidade delitiva (continuidade da infração), violando o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, por se tratar de período já decaído (sem obrigatoriedade de manutenção dos documentos fiscais que pudesse o contribuinte se valer para defesa).

3.5. Os agentes da administração tributária deverão ser os primeiros a obedecerem às regras fixadas pelos seus superiores hierárquicos e a Administração se obriga perante o contribuinte a respeitar os seus próprios atos. Dessa forma, não pode ser mantida (em sede de julgamento administrativo) a exclusão de regime tributário diferenciado (SIMPLES) e os consequentes lançamentos efetuados em decorrência de procedimentos fiscais contaminados por vício de origem.

3.6. Afronta a moralidade e à eficiência quando a Administração desconhece as regras por ela própria fixada para validar atos de agentes executados à revelia da autoridade hierarquicamente superior e em claro desconhecimento das regras administrativas.

3.7. Desse modo, atualmente, para que se possa fiscalizar qualquer contribuinte é imprescindível que seja emitido MPF designando o Auditor Fiscal da Receita Federal competente e que esse mandado seja cumprido nos limites (objeto) e prazo por ele fixado e, seja cientificado ao sujeito passivo da relação jurídico-tributária (sobre toda a extensão do objeto da fiscalização). [...]

3.9. Portanto, não podem ser utilizados, como prova (tampouco como fundamento/razões de decidir), as parciais informações e documentos produzidos unilateralmente pelo Fisco de 2009 a 2011, para impor infração antecedente ao Contribuinte (sem qualquer possibilidade de defesa), com fito de viabilizar o lançamento tributário, devendo ser declarado nulo o do Ato Declaratório Executivo - ADE nº 328, de 14/12/ 2016, que excluiu a empresa do regime diferenciado SIMPLES Nacional.

IV. Do CUMPRIMENTO AO DISPOSTO NA LEI COMPLEMENTAR N2123/2006

4. O v. Acórdão confirma a exclusão do regime diferenciado SIMPLES Nacional promovida pelo ADE n2 328 ao fundamento que "a empresa apresentou divergências entre os valores declarados no sistema informatizados da RFB no ano calendário de 2012; sendo essas supostas deficiências na escrituração suficientes a configuração da infração ao art. 29, VIII da Lei Complementar n2 123/2016.

4.1. Contudo, para a exclusão de ofício da empresa Contribuinte, essencial que essa tivesse realizado uma das condutas vedadas. Na hipótese em tela, a exclusão de ofício procedida através do ADE nº 328 seria possível apenas se a empresa (a) não possuísse livro-caixa ou (b) não permitisse que o Fisco (durante a fiscalização) identificasse sua movimentação financeira, o que efetivamente não ocorreu.

4.2. A conduta vedada pelo inciso VIII do art. 29 não foi praticada pela Contribuinte, vez que essa apresentou à fiscalização o livro-caixa relativo do ano-calendário de 2012, bem como todos os demais documentos solicitados, não podendo o Fisco promover a exclusão sobre esse fundamento, pois a divergência nos registros não configura o tipo/conduta descrito no dispositivo.

4.2.1. O mesmo ocorre com a segunda conduta descrita no referido inciso da norma ("não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária"). A fiscalização, através do Termo de Intimação Fiscal nº 04, de 25/11/2016, solicitou ao Contribuinte (após a entrega do livro-caixa do ano-calendário de 2012) novos esclarecimentos, pois (supostamente) haveria inconsistências em relação aos lançamentos contábeis havidos no referido livro fiscal.

4.2.2. Os esclarecimentos foram tempestivamente apresentados pelo Contribuinte, sendo inclusive informados os números das agências e cotas bancárias de titularidade da empresa junto às instituições bancárias (bancos Bradesco, Caixa Econômica Federal, Unicred, Santander e Banco do Brasil).

4.2.3. Incontroverso, portanto, que o Contribuinte observou o disposto na legislação de regência, apresentando ao Fisco sua escrituração do livro-caixa correspondente ao ano de 2012, bem como todas as demais informações e esclarecimentos solicitados, de forma a permitir a identificação da movimentação financeira da empresa, revelando-se ilegal sua exclusão de ofício com suporte no inciso VIII do art. 29 da LC nº 123/2006.

4.2.4. Registra-se que o Contribuinte jamais sonou qualquer informação ou documento solicitado pela Autoridade Fiscal, durante o procedimento fiscal. Se persistissem, sob a ótica do Fisco, inconsistências ou dúvidas quanto aos registros contábeis e movimentação financeira (mesmo após os esclarecimentos prestados ao TIF nº 04), esse pode (e deve) solicitar novas informações e documentos ao Contribuinte o que não ocorreu, não podendo se afirmar que houve óbice a fiscalização.

4.3. Outrossim, esclarecido que a Contribuinte não incorreu na conduta vedada descrita no inciso VIII do art. 29 da LC nº 123/2006, importante frisar que não restou comprovada a infração disposta no IX da mesma norma legal.

4.3.1. Para que fosse possível a exclusão de ofício do regime diferenciado SIMPLES Nacional, precisaria, a fiscalização, demonstrar, cabalmente, que o Contribuinte, no ano-calendário de 2012 (período Fiscalizado), efetivou despesas em limite 20% superior as receitas obtidas. A disposição normativa deixa incontrovertido que deve ficar constatado (comprovado) o excesso de despesas acima do limite legal, sendo esse limite relativo ao ano-calendário fiscalizado.

4.3.2. Na hipótese em tela, a Autoridade Fiscal utilizou-se de indícios e informações parciais, relativos a períodos diverso do objeto da fiscalização (ano de 2012), para deduzir a prática da infração. Ou seja, considerou "apenas as informações declaradas aos sistemas corporativos e informatizados da Receita Federal do Brasil referente aos ingressos de recursos (receita bruta) e de despesas, se verificaram confirmados os indícios da prática dessas infrações ao dispositivo citado."

4.3.3. A Autoridade Fiscal confessa que procedeu a investigação da empresa Contribuinte considerando (somente) informações parciais (extraídas apenas dos sistemas da RFB), para demonstrar (de forma distorcida) a extrapolação do limite de despesas previsto no art. 29, IX, da LC nº 123/2006.

4.3.4. Para configurar a supramencionada hipótese de exclusão, a Autoridade Fiscal realizou, em relação ao período (já decaído) de 2009 a 2011 (que não é objeto da fiscalização), o confronto entre os valores da receita bruta e das despesas, considerando apenas aqueles valores declarados (informações internas da RFB, sem documentação, esclarecimento ou informações do Contribuinte), para deduzir (jamais comprovar) que as despesas teriam superado as receitas além do limite legal (20%), afirmando, assim, que haveria "indícios de continuidade das infrações ao inciso IX do art. 29 da LC 123/2006, também para o ano-calendário 2012".

4.3.5. Na sequência, restringindo sua análise ao confronto entre o "ingresso de recursos x despesas pagas", relativo ao período de 01/01/2012 a 31/12/2012 (objeto efetivo do procedimento fiscal - TDPF n2 0920100.2016.00120), a Autoridade Fiscal não demonstrou que as despesas foram 20% superiores as receitas obtidas pela contribuinte naquele período.

4.3.5.1. De forma diversa ao procedido (inevidentemente) em relação ao período anterior, a Autoridade Fiscal não demonstra (através de planilha), que as despesas totais (seja essa mensal ou anual) da empresa Contribuinte superaram em 20% as receitas obtidas. Se essa fosse a hipótese verificada nos autos (despesas superaram em 20% as receitas), a fiscalização deveria apontar, incontrovertidamente, em qual mês o limite legal foi ultrapassado, conforme Solução de Consulta nº 131 de 30/10/2008, o que não fez.

4.3.5.2. No caso, inexistente a demonstração da violação ao art. 29, IX, da LC 123/2006, não sendo apresentado pela Autoridade Fiscal a prova de que as despesas superaram, para o ano-calendário de 2012 (período objeto do TIPF), em 20% as receitas, deixando de apontar a necessária prova material da ocorrência da infração a fim de que pudesse ser aplicada a exclusão do regime diferenciado do SIMPLES Nacional.

4.3.6. A fiscalização limitou-se a ponderar que (supostamente) "houveram movimentações financeiras e bancárias deste contribuinte, as quais não foram contabilizadas no respectivo livro caixa". A mera não identificação, pela fiscalização, das movimentações financeiras no livro-caixa apresentado (ou, até mesmo, ad argumentandum tantum, a ausência da escrituração dessas movimentações), não tem o condão de demonstrar, quiçá comprovar, que houve a infringência ao art. 29, IX, da LC nº 123/2006, ou seja, tal fato é irrelevante para comprovação de que as despesas superaram as receitas em 20%.

4.3.7. Outrossim, a autoridade fiscal, em momento algum, solicitou ao Contribuinte extratos das movimentações financeiras das contas bancárias informadas, tampouco solicitou a quebra do sigilo bancário a fim de constatar a origem e destino das transações, de forma a demonstrar que as despesas superaram as receitas em 20%.

4.3.8. Todas as intimações realizadas pela autoridade fiscal durante o procedimento de fiscalização restaram atendidas pela empresa Contribuinte, inexistindo óbice para que o Fisco buscasse a realidade dos fatos.

4.3.9. Igualmente restou consignado na Representação Administrativa que os descontos efetuados nos salários dos segurados também "não foram contabilizados nº livro caixa", motivo pelo qual as referidas informações "desvirtuam a realidade dos fatos contábeis ocorridos no ano de 2012".

4.3.10. Embora afirme que as informações apresentadas desvirtuariam a realidade contábil, não houve as diligências necessárias à busca da dita realidade (solicitando esclarecimentos e/ou novos documentos ao Contribuinte, como Notas Fiscais de entrada e de saída), para constatar "que durante o ano-calendário o valor das despesas pagas supera em 20%(vinte por cento) o valor de ingressos de recursos" (ex vi, art. 29, IX, da LC nº 123/2006), imputando ao Contribuinte o cometimento de infração com porte em premissa de continuidade, firmada em meros indícios unilaterais da suposta ocorrência da infração em período anterior ao objeto da fiscalização.

4.4. No caso, o Processo Administrativo Fiscal é regulado pelo Decreto nº 70.235/72, sendo que o artigo 29 deixa incontroverso que tal procedimento é informado pelos princípios da verdade material e do livre convencimento motivado, conforme segue:

"Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias." [...].

4.6. Neste ponto, cumpre observar que o art. 18 do Decreto nº 70.235/ 72 se coloca em consonância com o princípio da verdade material, in verbis:

"Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine." 4.7. Resta claro, que o Decreto nº 70.235/72, norma de regência do Processo Administrativo Fiscal, teve o intuito de fazer com que a autoridade fiscal buscasse a verdade material dos fatos, podendo este, inclusive, diligenciar de ofício para tanto. Sendo assim, no caso em apreço, não pode a fiscalização se utilizar (somente) de presunções ou indícios para aplicar sanção (exclusão do regime diferenciado SIMPLES Nacional), não apurando se de fato ocorreu à hipótese descrita no inciso IX do art. 29 da LC nº 123/2006.

4.8. Incabível, também, afirmar que "a não contabilização de todos os fatos contábeis, não permitiram a esta auditoria fiscal, identificar todas as despesas pagas, os ingressos de recursos e, a movimentação financeira e bancária da empresa, infringindo o inciso VIII do artigo 29 da LC 123/2006", sendo que a autoridade tem o dever de diligenciar na busca da verdade, podendo identificar as receitas e despesas por outros meios e documentos. [...]

4.10. Por essa razão, equivocada a r. Decisão e o Ato Declaratório Executivo nº 328, de 14/12/2016, que excluiu de ofício o Contribuinte do SIMPLES Nacional, vez que não houve a prática comprovada das infrações ao disposto no art. 29, VIII e IX, da Lei Complementar nº 123/2006. Isto porque (i) não é possível a utilização das parciais informações e documentos produzidos unilateralmente pelo Fisco de 2009 à 2011(período anterior ao objeto do TDPF nº 0920100.2016.00120), como prova e fundamento/razões de decidir; (ii) o Fisco realizou o confronto de valores da receita bruta e das despesas, considerando apenas informações internas da RFB, sem documentação, esclarecimento ou informações do Contribuinte; e (iii) com base nisso, deduzir (sem provas) que as despesas extrapolariam as receitas além do limite legal(20%).

4.11. Sendo assim, o ato declaratório em comento deu-se fora do dispositivo legal existente, eivando presente ato de nulidade.

V. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Requerimento para apresentação de novos documentos e produção de prova pericial

5. O julgamento de um processo sem a necessária produção de provas representa, conforme iterativa jurisprudência, cerceamento de defesa e ofensa aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

5.1. No caso em tela a Recorrente sustenta que a exclusão do SIMPLES Nacional teve base em ato unilateral da Fiscalização que se utilizou apenas de informações internas da RFB relativa ao período de 2009 a 2011 (que não era objeto da

fiscalização, mas fiscalizado apenas o ano de 2012), sem que solicitassem documentos ou esclarecimentos à Recorrente, deduzindo que as despesas superariam as receitas e 20%, o que justificaria a exclusão do SIMPLES Nacional.

5.2. Dessa forma, a Recorrente, em vista a comprovar a indevida exclusão, requereu a produção de proa documental e pericial para provar que não violou nenhuma das condutas dispostas no art. 29, VIII e IX, da Lei Complementar nº 123/2006, requerendo a apresentação específica dos valores das despesas e da receita, bem como a realização da imprescindível prova pericial, uma vez que a comprovação dessas alegações influenciaria, sobremaneira, o resultado final.

5.3. Nesta senda, em caso semelhante de cerceamento de defesa pela ausência da realização da prova, no Recurso Voluntário nº 11516.721624/2012-12, em atendimento à solicitação do CARF, foi instaurado o Termo de Início de Diligência nº 09020100.2016.00140, quando foram refeitos cálculos e diligência realizada pela autoridade fiscal catarinense, nessa oportunidade, acertadamente reconheceu o excesso da exação, a partir do confronto de todas as notas fiscais com retenções. [...]

5.6. Desse modo, o indeferimento da realização das provas requeridas documental e pericial sem justo motivo e em prejuízo da verdade real, demonstram o cerceamento de defesa e a violação ao contraditório.

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

No que concerne ao pedido conclui que:

VI. REQUERIMENTOS

6. Ex positis, requer seja recebido e processado o presente Recurso Voluntário, sendo pela suspensão da exigibilidade dos débitos, na forma do art. 151, III do CTN, retornando-se os autos à inferior instância, tendo em vista o cerceamento de defesa (art. 52, LV, da CF) ante a impossibilidade de produção de provas, inclusive produção de prova pericial expressamente requerida.

6.1. Sucessivamente, requer que lhe seja dado provimento, com a reforma do v. Acórdão, para que seja declarado nulo o ADE nº 328, mantendo a empresa Contribuinte no regime diferenciado do SIMPLES Nacional, com todos os seus consectários, nos termos expostos.

6.2. Por fim, requer-se que as futuras intimações sejam publicadas, exclusivamente, em nome da advogada [...], sob pena de nulidade.

É o Relatório.

VOTO

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

Tempestividade

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, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento.

Nulidade do Ato Declaratório Executivo e da Decisão de Primeira Instância

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos arguindo que foram violados princípios constitucionais.

Compete analisar a objeção de nulidade por ser matéria de ordem pública que pode ser conhecida a requerimento da parte ou de ofício, a qualquer tempo e em qualquer instância de julgamento.

O Ato Declaratório Executivo foi lavrado por servidor competente que verificando a ocorrência da causa legal emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal (art. 23 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972). A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente, da qual a Recorrente foi validamente cientificada. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, que lhes conferem existência, validade e eficácia.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa que caracteriza a nulidade dos atos administrativos.

Cabe a aplicação do enunciado estabelecido nos termos do art. 123 do Anexo do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023:

Súmula nº 162

O direito ao contraditório e à ampla defesa somente se instaura com a apresentação de impugnação ao lançamento. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício, que foram regularmente analisados pela autoridade de primeira instância (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, art. 6º da Lei nº 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

As autoridade fiscais agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil).

Ainda sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão em Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791292/PE com trânsito em julgado em 28.02.2010, que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, de acordo com o art. 99 do Anexo do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023:

O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Via de regra, “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489 do Código de Processo Civil). Ocorre que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. Assim, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a mesma matéria, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado de ofício. Ademais, “na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção”, conforme preceitua o art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

Consta no Acórdão da 7ª Turma da DRJ/POA/RS nº 10-60.075, de 05.09.2017, e-fls. 390-399, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 12º do art. 114 do Anexo do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023):

O contribuinte, em sua inconformidade alega preliminarmente a nulidade do ADE, em razão de ausência de Mandado de Procedimento Fiscal para o período anterior a 2012, já que a Autoridade Fiscal procedeu a análise parcial de período anterior (2009 a 2011), o que viola o devido processo legal, contraditório e ampla defesa; e, no mérito, contesta alegando que não ocorreram as infrações apuradas pela fiscalização.

Inicialmente, registre-se que o procedimento fiscal no presente processo foi instaurado em consonância com a Portaria RFB nº 1.687, de 17 de setembro de 2014, que revogou a Portaria RFB nº 3.014, de 2011, substituindo o Mandado de Procedimento Fiscal, pelo Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF),

que no caso recebeu o nº 0920100.2016.00120, com início de ação fiscal junto ao contribuinte em 28 de março de 2016, tendo por contribuinte objeto do procedimento a empresa notificada.

Neste documento, constam todas as informações atinentes à sua expedição; a competência que foi dada à autoridade administrativa incumbida de proceder à fiscalização; a possibilidade de confronto de todos os dados perante a unidade local da Secretaria da Receita Federal do Brasil, no caso de dúvida da interessada, assim como de consulta ao sítio da Receita Federal na Internet para verificação das alterações do MPF, inclusive decorrentes de prorrogação de prazo. Ou seja, foram colocadas à disposição da contribuinte todas as informações necessárias à transparência e segurança da ação fiscal, em especial no tocante à autenticidade do documento e à abrangência temporal e prorrogação da ação fiscal.

Embora não exista qualquer vício a macular o MPF que instaurou a ação fiscal, cumpre salientar que tal documento é um instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, consistindo em uma ordem administrativa, emanada de dirigentes das unidades da Receita Federal, para que seus auditores executem as atividades fiscais de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelos sujeitos passivos. É, portanto, um instrumento interno de planejamento e gerência das atividades de fiscalização, praticado por autoridade competente (Coordenador, Superintendente, Delegado ou Inspetor, conforme o caso) e dirigido ao Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB). Ou seja, ainda que irregularidades houvesse em sua emissão ou trâmite, que, repita-se, não se observaram no presente caso, elas não teriam o condão de invalidar o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 328, de 14 de dezembro de 2016, ato administrativo decorrente de atividade vinculada e obrigatória da autoridade fiscal.

Quanto à alegação de nulidade suscitada, verifica-se que esta não ocorreu, pois o período de apuração constante do TDPF, qual seja 01/01/2012 a 31/12/2012 é exatamente o período em que as infrações, objeto da exclusão da empresa do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, foram constatadas pela Autoridade Fiscal. Não houve qualquer violação ao princípio da ampla defesa, ou do devido processo legal. A análise efetivada na documentação de 2009 a 2011, relativa a declarações entregues pela contribuinte à RFB neste período, apenas contribuiu para a convicção da Autoridade Fiscal de que no período objeto do TDPF a contribuinte incorreu na infração prevista no inciso IX do artigo 29 da LC nº 123, de 2006, não havendo quaisquer motivos quanto à retroatividade do período de verificação no procedimento fiscal.

Assim sendo, o Acórdão da 7ª Turma da DRJ/POA/RS nº 10-60.075, de 05.09.2017, e-fls. 390-399, está perfeitamente motivado de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária.

Afastado está o cerceamento do direito de defesa que caracteriza a nulidade dos atos administrativos quando observadas as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. Logo não cabe razão a Recorrente.

Diligência

A Recorrente diz que o prazo de produção de provas deve ser devolvido.

Sobre a diligência, vale esclarecer que no presente caso se aplicam as disposições do processo administrativo fiscal que estabelecem que a peça de defesa deve ser formalizada por escrito com inserção de todas as teses de defesa e instruída com os todos documentos em que se fundamentar. Opera-se a preclusão do direito de a Recorrente praticar este ato e apresentar novas razões em outro momento processual, salvo a ocorrência de quaisquer das circunstâncias ali previstas, tais como fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos, nos termos do art. 15, art. 16, art. 17 e art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, que determinam critérios de aplicação do princípio da verdade material.

Assim, tendo em vista o princípio da concentração da defesa, a manifestação de inconformidade deve conter todas as matérias litigiosas e instruída com os elementos de prova em que se justificar, sob pena de preclusão, ressalvadas as exceções legais. A lei prevê meios instrutórios amplos para que o julgador venha formar sua livre convicção motivada na apreciação do conjunto probatório mediante determinação de diligências quando entender necessárias com a finalidade de corrigir erros de fato e suprir lacunas probatórias.

Instaurada a fase litigiosa do procedimento, cabe a Recorrente produzir o conjunto probatório nos autos de suas alegações. Devem ser detalhados os motivos de fato e de direito em que se baseiam com exposição de forma minuciosa os pontos de discordância e suas razões. A peça de defesa deve ser instruída com prova documental imprescindível à comprovação das matérias suscitadas dada a concentração dos atos em momento oportuno (art. 15, art. 16, art. 18 e art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972). A “escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais” (art. 9º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977).

Observe-se que no caso de “o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias” (art. 37 e art. 69 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972). Tem-se que no processo administrativo fiscal a Administração deve se pautar no princípio da verdade material, flexibilizando a preclusão no que se refere a apresentação de documentos, a fim de que se busque ao máximo a incidência tributária (Parecer PGFN nº 591, de 17 de abril de 2014).

As autoridades administrativa e julgadora de primeira instância analisaram detidamente todos os elementos constantes nos registros internos da RFB e aqueles colacionados em sede de impugnação. Embora lhe fossem oferecidas várias oportunidades no curso do processo, a Recorrente não apresentou a comprovação inequívoca de quaisquer fatos que tenham correlação com as situações excepcionadas pela legislação de regência.

Consta no Acórdão da 7ª Turma da DRJ/POA/RS nº 10-60.075, de 05.09.2017, e-fls. 390-399, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 12º do art. 114 do Anexo do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023):

Quanto ao protesto pela produção de provas, especialmente prova documental e prova pericial, formulado pela impugnante, ao final de suas razões, cumpre observar que, nos termos do artigo 16, incisos III e IV, e seu parágrafo 4.º, do Decreto n.º 70.235/72, com as alterações das Leis n.º 8.748, de 09 de dezembro de 1993, e 9.532, de 10 de dezembro de 1997, a impugnação deve mencionar as provas que a impugnante possua e bem assim as diligências ou perícias que pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, a indicação do nome, endereço e qualificação profissional do seu perito. Especificamente quanto à prova documental, esta deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de a impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; refira-se a fato ou a direito superveniente; ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

É, portanto, de nenhum efeito o protesto genericamente formulado pela impugnante, no tocante à produção de provas.

Quanto à realização de perícia, considera-se não formulado tal pedido, forte no parágrafo 1.º do artigo 16 do Decreto n.º 70.235/72, uma vez que não foram formulados os quesitos referentes aos exames desejados pela impugnante.

Registre-se ainda que o exame dos documentos integrantes dos autos revela-se suficiente para a formação de convicção e conseqüente julgamento do feito, sendo prescindível a realização da perícia requerida pela impugnante, razão pela qual o pedido de perícia formulado na impugnação deve ser indeferido.

Assim sendo, o Acórdão da 7ª Turma da DRJ/POA/RS nº 10-60.075, de 05.09.2017, e-fls. 390-399, está perfeitamente motivado de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária.

Cabe a aplicação do enunciado estabelecido nos termos do art. 123 do Anexo do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023:

Súmula CARF nº 163

O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

A realização desse meio probante é prescindível, uma vez que os elementos produzidos por meios lícitos constantes nos autos são suficientes para a solução do litígio e formação do livre convencimento motivado do julgador. Logo não cabe razão a Recorrente.

Notificação

A Recorrente requer que seja notificada do endereço de seu representante legal.

A previsão legal é de que o sujeito passivo seja intimado validamente no domicílio tributário por ele eleito (incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 127 do Código Tributário Nacional e art. 23 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972). Nesse sentido, a Súmula CARF nº 110, que é de aplicação obrigatória, determina que "no processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo", (art. 123 do Anexo do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023).

Consta no Acórdão da 7ª Turma da DRJ/POA/RS nº 10-60.075, de 05.09.2017, e-fls. 390-399, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 12º do art. 114 do Anexo do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023):

Ao final a manifestante requer que as futuras intimações sejam endereçadas à advogada [...] no endereço indicado.

A teor do § 4º, do art. 23 do Decreto nº 70.235/72, com as alterações da Lei nº 11.196, de 2005, para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo: o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária; e o

endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo.

Assim sendo, por falta de previsão legal, indefiro o pedido da defesa para que sejam enviadas todas as intimações e notificações para o escritório profissional dos procuradores da recorrente, no endereço indicado na impugnação, pois este não é o domicílio fiscal eleito pelo sujeito passivo junto à administração tributária.

Assim sendo, o Acórdão da 7ª Turma da DRJ/POA/RS nº 10-60.075, de 05.09.2017, e-fls. 390-399, está perfeitamente motivado de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária. Logo não cabe razão a Recorrente.

Decadência

A Recorrente requer que seja reconhecida a decadência do direito de a Fazenda Nacional de promover a exclusão do Simples Nacional.

O Código Tributário Nacional prevê:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. [...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. [...]

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

O Recurso Especial Repetitivo nº 973733/SC – Tema 163 – com trânsito em julgado em 22.10.2009 proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) (art. 99 do Anexo do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023 e art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999):

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005). 2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra

da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs.. 163/210).3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173,I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs.. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

A objeção de decadência por ser matéria de ordem pública que pode ser conhecida a requerimento da parte ou de ofício, a qualquer tempo e em qualquer instância de julgamento. Este instituto pode ser definido como a perda do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário pelo lançamento, tendo em vista decurso do lapso temporal de cinco anos previsto em lei. A contagem do prazo decadencial do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício no caso de não comprovação de pagamento antecipado, não cabe a contagem do prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador, em face da ressalva contida ao final do texto do transcrito § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional. Resta, então, a aplicação da regra geral da decadência, prevista no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional, cujo termo inicial da contagem é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

O direito de a Fazenda Nacional promover a exclusão da Recorrente do Simples Nacional não se submete ao prazo decadencial por falta de previsão legal dado que ato administrativo pertinente tem caráter meramente declaratório. Os comandos previstos no § 4º do art. 150 e no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional são dirigidos especificamente aos prazos de homologação e constituição do crédito tributário, conforme inteligência do Recurso Especial Repetitivo nº 973733/SC. Esta fundamentação não tem relação com o ato administrativo de exclusão do Simples Nacional, mesmo porque a Lei Complementar nº 123, de 13 de dezembro de 2006, não fixa qualquer prazo para que a medida seja executada de ofício. O ato de exclusão de ofício, nas hipóteses previstas pela lei como impeditivas de ingresso ou permanência na sistemática, em verdade substitui a obrigação da Recorrente de comunicar ao fisco a superveniência de uma das situações excludentes, que se pressupõe já era de seu conhecimento. Logo não cabe razão a Recorrente.

Exclusão do Simples Nacional

A Recorrente discorda da exclusão do Simples Nacional.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição da República Federativa do Brasil).

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, que é gerido pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

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

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos lhe conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade. Para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente (art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

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

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, prevê:

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

II - manter em boa ordem e guarda os documentos que fundamentaram a apuração dos impostos e contribuições devidos e o cumprimento das obrigações acessórias a que se refere o art. 25 desta Lei Complementar enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes. [...]

§ 2º As demais microempresas e as empresas de pequeno porte, além do disposto nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão, ainda, manter o livro-caixa em que será escriturada sua movimentação financeira e bancária. [...]

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

VIII - houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;

IX - for constatado que durante o ano-calendário o valor das despesas pagas supera em 20% (vinte por cento) o valor de ingressos de recursos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade; [...]

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes. [...]

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

A pessoa jurídica que incorrer em despesas superiores a 20% (vinte por cento) do valor de ingressos de recursos no mesmo período, bem como em falta da escrituração do Livro Caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária é excluída do Simples Nacional com efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, o que impede a opção pelo regime pelos próximos 3 anos-calendário seguintes quando fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Está registrado na Representação Administrativa, e-fls. 02-08, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 12º do art. 114 do Anexo do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023):

III - FATOS ENSEJADORES DA EXCLUSÃO

5. Os documentos encaminhados a esta auditoria fiscal para proceder a fiscalização na empresa Embracon Contabilidade Empresarial S/S Eireli - EPP apontavam para indícios de prática de infração ao inciso IX do art. 29 da Lei Complementar (LC) nº 123 de 2006, no ano-calendário 2012, ou seja, que os valores das despesas pagas superariam em 20% (vinte por cento) os valores dos ingressos de recursos.

5.1. Em investigação ao comportamento histórico desta empresa, quanto a esta infração, nos anos anteriores ao da fiscalização, 2009 a 2011, ou seja, do ano de ingresso do contribuinte no sistema SIMPLES ao ano imediatamente anterior ao fiscalizado e, levando-se em consideração apenas as informações declaradas aos sistemas corporativos e informatizados da Receita Federal do Brasil referente aos ingressos de recursos (receita bruta) e de despesas, se verificaram confirmados os indícios da prática dessas infrações ao dispositivo citado.

5.1.1. No confronto entre os valores da receita bruta e das despesas, para esse período, considerando apenas as informações internas das Guias de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência - GFIP, Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte - DIRF, Simples Nacional e, que se encontram discriminados na planilha III - "Informações Obtidas nos Sistemas Corporativos da RFB", se verificou que os valores das despesas, mesmo estando limitados apenas as declaradas, quando calculadas acumuladamente mês a mês para cada ano-calendário de acordo com a Solução de Consulta nº131/2008, foram significativamente superiores a 120% (cento e vinte por cento) da receita bruta, conforme se constata na planilha IV - "Receita Bruta x Despesas", fortalecendo assim, os indícios de continuidade das infrações ao inciso IX do art.29 da LC 123/2006, também para o ano-calendário 2012. Os valores declarados não representam efetivamente o recebimento ou pagamento, haja vista, que neste comparativo está se considerando, em princípio, o regime de competência.

5.2. Todavia, o procedimento fiscal originado pelo TDPF nº 0920100.2016.00120 está restrito ao período 01/01/2012 a 31/12/2012 e, para tanto, o confronto entre o ingresso de recursos x despesas pagas, deve considerar todos os fatos contábeis ocorridos no ano em análise, os quais devem estar lançados na contabilidade.

5.2.1. Na contabilidade apresentada do ano 2012, neste caso, o livro Caixa do contribuinte Embrakon Contabilidade Empresarial S/S Ltda. EPP, não foram verificados lançamentos contábeis de transações com as instituições bancárias. No entanto, a empresa informou utilizar as contas bancárias, as quais relacionou em resposta ao TIF nº 04. Além disto, restou comprovado que houveram movimentações financeiras e bancárias deste contribuinte, as quais não foram contabilizadas no respectivo livro caixa, com o Banco do Brasil S.A, Banco Bradesco S.A, Banco Santander Brasil S.A. e CC Médicos Área da Saúde Professores Contabilista e Empr., conforme se verifica na Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira DIMOF - Ano 2012, em anexo.

5.2.2. Os descontos efetuados nos salários dos segurados, relacionados nos resumos de folhas de pagamentos do ano 2012, apresentados pelo contribuinte, que se encontram discriminados na planilha V - "Descontos Efetuados em Folhas de Pagamentos", correspondem a despesas efetuadas e pagas pela empresa, as quais, também, não foram contabilizadas no livro caixa e, em consequência desvirtuam a realidade dos fatos contábeis ocorridos no ano 2012. Os resumos

das folhas de pagamento e do livro caixa de 2012, se encontram juntadas a este processo.

5.2.3. Esses artifícios adotados pelo contribuinte, sonegando informações, valores e lançamentos contábeis, buscaram induzir a fiscalização ao erro e, tem o propósito de suprimir ou reduzir pagamentos de tributos, haja vista, que a não contabilização de todos os fatos contábeis, não permitiram a esta auditoria fiscal, identificar todas as despesas pagas, os ingressos de recursos e, a movimentação financeira e bancária da empresa, infringindo o inciso VIII do artigo 29 da LC 123/2006, com efeitos da exclusão do regime diferenciado SIMPLES Nacional a partir do mês de janeiro de 2012, primeiro mês em que incorridas, prolongando-se até 12/2012, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

IV - CONSIDERAÇÕES FINAIS

6. Face ao acima exposto, corroborado com os elementos materiais anexos, entendemos, comprovado que o livro-caixa apresentado não permitiu identificar a movimentação financeira, inclusive bancária da EMBRACON CONTABILIDADE EMPRESARIAL S/S EIRELI-EPP, infringindo ao inciso VIII do art. 29 da lei complementar nº 123/06, no período 01/2012 a 12/2012, que ensejam a EXCLUSÃO dessa empresa do referido sistema SIMPLES NACIONAL, com efeitos a partir de janeiro de 2012.

7. Assim, encaminho esta REPRESENTAÇÃO com proposta de exclusão da pessoa jurídica EMBRACON CONTABILIDADE EMPRESARIAL S/S EIRELIEPP do SIMPLES NACIONAL, nos termos da Lei Complementar 123, de 2006, pelas razões expostas, com efeitos da exclusão a partir de 01 de janeiro de 2012.

No presente caso restou comprovado que no ano-calendário de 2012 houve falta na escrituração do Livro Caixa que não permite a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária (Banco do Brasil S.A., Banco Bradesco S.A., Banco Santander Brasil S.A. e CC Médicos Área da Saúde Professores Contabilista e Empr.), conforme se verifica na Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira (DIMOF). Ainda, ficou evidenciado que o valor das despesas pagas, cujos descontos efetuados em folhas de pagamentos não foram escriturados no Livro Caixa, supera em 20% (vinte por cento) o valor de ingressos de recursos. Por estas razões a Recorrente foi excluída do Simples Nacional com efeitos a partir de 01.01.2012 e impedida a opção pela sistemática pelos próximos 3 anos-calendário seguintes quando fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Consta no Acórdão da 7ª Turma da DRJ/POA/RS nº 10-60.075, de 05.09.2017, e-fls. 390-399, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 12º do art. 114 do Anexo do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023):

Passo a apreciar os motivos da exclusão e a manifestação de inconformidade apresentada.

1- Ausência de lançamentos contábeis no livro caixa.

A manifestante sustenta que a exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional só seria possível se não possuísse livro-caixa ou se este não permitisse que o Fisco (durante a fiscalização) identificasse sua movimentação financeira. Afirma que conduta prevista pelo inciso VIII do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2007 não foi praticada pois apresentou à fiscalização o livro-caixa relativo ao ano-calendário de 2012, bem como os demais documentos solicitados, de forma a permitir a identificação da movimentação financeira da empresa.

Em que pesem os argumentos apresentados, razão não lhe assiste. A lei é bem clara ao dispor que a exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando houver falta de escrituração do livro-caixa, e mesmo havendo escrituração, esta deve permitir a identificação da movimentação financeira da empresa.

No âmbito da sua competência, a fiscalização demonstrou, fundamentadamente a existência da infração, nesse sentido transcreve-se os subitens 5.2.1 e 5.2.2 da Representação Administrativa de fls. 02/08.

5.2.1. Na contabilidade apresentada do ano de 2012, neste caso, Livro Caixa do contribuinte Embrakon Contabilidade Empresarial S/S Ltda. EPP, não foram verificados lançamentos contábeis de transações com as instituições bancárias. No entanto, a empresa informou utilizar as contas bancárias, as quais relacionou em resposta ao TIF nº 04. Além disto, restou comprovado que houve movimentações financeiras e bancárias deste contribuinte, as quais não foram contabilizadas no respectivo livro caixa, com o Banco do Brasil S.A, Banco Bradesco S.A, Banco Santander Brasil S.A e CC Médicos Área da Saúde Professores Contabilista e Empr., conforme se verifica na Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira DIMOF – Ano 2012, em anexo.

5.2.2. Os descontos efetuados nos salários dos segurados, relacionados nos resumos de folhas de pagamentos do ano de 2012, apresentados pelo contribuinte, que se encontram discriminados na planilha V – “Descontos Efetuados em Folhas de Pagamento”, correspondem a despesas efetuadas e pagas pela empresa, as quais, também, não foram contabilizadas no livro caixa e, em consequência desvirtuam a realidade dos fatos contábeis ocorridos no ano de 2012. Os resumos das folhas de pagamento e do livro caixa de 2012, se encontram juntados a este processo.

A empresa apresentou divergências entre os valores informados no livro caixa e os valores declarados nos sistemas informatizados da RFB no ano calendário de 2012 [...].

A empresa apresentou para o período fiscalizado a escrituração com deficiências detectadas pela fiscalização, as quais o contribuinte não logrou êxito em afastar mediante suas alegações.

2- Ingresso de recursos versus despesas pagas.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte relativo aos impostos e às contribuições, estabelecido em cumprimento ao que determina o disposto no art. 179 da Constituição Federal de 1988, exige o atendimento de certas condições, estabelecidas em lei. Entre as exigências existentes para que uma pessoa jurídica possa participar deste regime, existe uma relacionada ao valor das despesas, que não poderão superar em 20% o valor dos ingressos no mesmo período. Neste sentido, a LC 123/2006 assevera:

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

IX- for constatado que durante o ano-calendário o valor das despesas pagas supera em 20% (vinte por cento) o valor de ingressos de recursos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade;

Conforme consignado no item anterior a contribuinte não registrou em seu livro caixa todos os fatos contábeis, fato este que já é suficiente para sua exclusão do Simples Nacional.

A fiscalização, na contabilidade apresentada para o ano de 2012, elaborou um quadro comparativo dos valores de Receita Bruta versus despesas de salários, INSS, Simples, FGTS e IRRF, no qual se observa que as despesas, no mês de janeiro de 2012, totalizaram R\$ 182.915,33, superando em mais de 20% o total de receitas que chegaram a R\$ 152.242,98, neste período. De acordo com o artigo 29, parágrafo 1º, da LC 123/2006, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que ocorrida a situação excludente. No caso, em janeiro de 2012. [...]

Frise-se que o quadro comparativo acima contempla somente as informações obtidas nos sistemas corporativos da RFB, dado que os lançamentos efetuados no livro caixa da contribuinte apresentaram deficiência.

A fiscalização comprovou que a empresa não contabilizou movimentações financeiras e bancárias com o Banco do Brasil S.A, Banco Bradesco S.A, Banco Santander Brasil S.A e CC Médicos Área da Saúde Professores Contabilistas e Empr, conforme Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira DIMOF - Ano 2012, fls. 348/353.

Também não foram contabilizados no livro caixa valores dos descontos efetuados em folhas de pagamentos [...] nas folhas de pagamento de 2012.

Ou seja, se somado a estes valores despesas operacionais do período, despesas administrativas e financeiras, os valores das despesas mudariam substancialmente em desfavor da contribuinte.

Sustenta a contribuinte que o fisco não comprovou que no ano calendário as despesas tenham ultrapassado em 20% o valor das receitas, mas não traz a seu favor quaisquer provas da idoneidade de que fez o registro de todos os fatos contábeis no livro caixa do ano de 2012, ônus que lhe cabia.

Da combinação das hipóteses analisadas, a exclusão do Simples Nacional deve ser mantida nos termos do Ato Declaratório Executivo - ADE DRF/FNS nº 328, de 14 de dezembro de 2016.

Assim sendo, o Acórdão da 7ª Turma da DRJ/POA/RS nº 10-60.075, de 05.09.2017, e-fls. 390-399, está perfeitamente motivado de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária.

Ressalte-se que todos os documentos constantes nos autos foram regularmente examinados com minudência, conforme a legislação de regência da matéria. Diferente do entendimento da Recorrente, os supostos fatos indicados na peça recursal não podem ser corroborados, nos termos do art. 145 e art. 147 do Código Tributário Nacional, bem como art. 15, art. 16 e art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, que estabelecem critérios de adoção do princípio da verdade material. O procedimento fiscal decorre de expressa previsão legal que é de observância obrigatória pela autoridade tributária, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional). No curso do processo a Recorrente teve oportunidade de produzir o acervo-fático probatório de suas alegações. Porém, a totalidade das divergências não estão comprovadas, pois não foram apresentadas evidências robustas com força probante conjuntural do direito pleiteado. Por conseguinte, não cabe razão à Recorrente.

Responsabilidade por Infrações

Tem-se que “a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato” (art. 136 do Código Tributário Nacional). Ressalte-se que a “atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional” (art. 142 do Código Tributário Nacional). Ademais, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (art. 3º do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942).

Jurisprudência e Doutrina

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso (art. 100 do Código Tributário Nacional). O Parecer Normativo Cosit nº 23, de 06 de setembro de 2013, determina “que acórdãos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF não constituem normas complementares da legislação tributária, porquanto não existe lei que lhes confira efetividade de caráter normativo”. “As decisões proferidas pelo CARF não podem ser enquadradas como práticas reiteradamente observadas e aceitas pelas autoridades administrativas, previstas no art. 100, III, do CTN” (Agravo em Recurso Especial nº 2554882/SP).

Inconstitucionalidade de Lei

Atinente aos princípios constitucionais, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que no

âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade (art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 98 do Anexo do Regimento Interno do CARF aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023 e Súmula CARF nº 2).

Princípio da Legalidade

Tem-se que nos estritos termos legais este procedimento está de acordo com o princípio da legalidade ao qual o agente público está vinculado em razão da obrigatoriedade da aplicação da lei de ofício. Trata-se de poder-dever funcional irrenunciável vinculado à norma jurídica, cuja atuação está direcionada ao cumprimento das determinações constantes no ordenamento jurídico. Como corolário encontra-se o princípio da indisponibilidade que decorre da supremacia do interesse público no que tange aos direitos fundamentais (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 98 do Anexo do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023).

Dispositivo

Em assim sucedendo voto em conhecer do recurso voluntário, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar-lhe provimento.

Assinado Digitalmente

Carmen Ferreira Saraiva