



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11634.720201/2019-13
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1003-002.782 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**
Sessão de 02 de dezembro de 2021
Recorrente ATIVA MALL COMÉRCIO DE UTILIDADES LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO LIVRO CAIXA.

Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional a pessoa jurídica que incorrer na negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiverem obrigadas(Livro Caixa).

ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL E AUTOS DE INFRAÇÃO POR OMISSÃO DE RECEITA. PROCESSOS CONEXOS.

Inexiste previsão legal de suspensão dos efeitos do processo de exclusão do Simples Nacional até que sobrevenha a decisão administrativa transitada em julgado do processo referente à omissão de receita(processo conexo).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Benatti Marcon – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva(Presidente), Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça e Carlos Alberto Benatti Marcon.

Fl. 2 do Acórdão n.º 1003-002.782 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 11634.720201/2019-13

Relatório

Ato Declaratório Executivo

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo n.º 52, da DRF em Londrina, PR, de 17.10. 2019 com efeitos a partir de 1º de Janeiro de 2015, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados, e-fl. 144:

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO N.º 52, de 17 de outubro de 2019.

Exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional

O Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil em Londrina-PR, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. art. 6º, inciso I, alínea "b" da Lei n.º 10.593, de 6 de dezembro de 2002, na redação dada pela Lei n.º 11.457, de 16 de março de 2007, considerando o que consta do processo administrativo fiscal n.º 11634.720201/2019-13, declara:

Art. 1º A exclusão de ofício do contribuinte L.D. DE OLIVEIRA COM PRESENTES LTDA, de CNPJ n.º 11.663.568/0001-09, do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tendo em vista a ocorrência da hipótese de exclusão prevista no artigo 29, inciso II, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, procedendo-se a expedição do Termo de Exclusão do Simples Nacional, com observância das demais disposições aplicáveis, em especial o Art. 29, § 3º da Lei Complementar n.º 123/2006 e Art. 83, inciso I e §1º, da Resolução CGSN n.º 140, de 22 de maio de 2018.

Art. 2º A exclusão do Simples Nacional surtirá efeito a partir de 1º de Janeiro de 2015, vigendo nos três anos-calendário subsequentes ao da exclusão, nos termos do que preceituam o § 1º do Art. 29, da Lei Complementar n.º 123/2006 e o Art. 84, inciso IV, da Resolução CGSN n.º 140/2018, estando assegurado ao contribuinte o direito de, no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta publicação, manifestar por escrito, sua inconformidade, relativamente ao procedimento acima, à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba-PR.

Art. 3º Não havendo manifestação no prazo do artigo anterior, a exclusão tornar-se-á definitiva.

WALTER SEIJI HIRAYAMA

Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil

Matrícula n.º 87756

Frise-se que em 21/11/2019, a razão social foi alterada para Ativa Mall Comércio de Utilidades Ltda.

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a Manifestação de Inconformidade, a qual teve as seguintes Ementas e Acórdão da 1ª Turma DRJ/SDR n.º 15-51.047, de 16.07.2020, e-fls. 244-252:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2015

MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. CIÊNCIA VÁLIDA.
TEMPESTIVIDADE.

É tempestiva a defesa apresentada antes de decorridos 30 (trinta) dias do recebimento por via postal.

MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. CONJUNÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E ADMINISTRATIVO-PROCESSUAIS. DEVIDO PROCESSO LEGAL. AMPLA DEFESA. EFICIÊNCIA. ECONOMIA PROCESSUAL. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. FORMALISMO MODERADO.

No processo administrativo fiscal, cujo fim é a persecução da verdade material e observância da legalidade estrita, não pode a administração tributária ater-se a rigorosismos formais na consideração das manifestações do sujeito passivo.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

SIMPLES NACIONAL EXCLUSÃO.

Será excluída do regime especial de tributação, o Simples Nacional, a pessoa jurídica que, intimada, deixar de apresentar, no prazo determinado pela autoridade fiscal, o Livro Caixa, cuja escrituração está obrigada.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos e no uso da competência atribuída pelo artigo 25, inciso I, do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

Acordam os membros da 1ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, em MANTER a exclusão do Simples Nacional formalizada no ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 52, de 17 de outubro de 2019, nos termos do relatório e voto que compõem o presente julgado.

[...]

Por bem refletir o litígio, adoto o relatório da decisão de primeira instância para melhor compreensão dos fatos:

Relatório

1. Trata o presente processo de Manifestação de Inconformidade contra o ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 52, de 17 de outubro de 2019 de Exclusão do Simples Nacional.
2. O procedimento Fiscal teve início com o Termo nº 1860101, cientificado ao sujeito passivo em 23/11/2018.
3. Em 30/01/2019, o Contribuinte foi reintimado – Termo nº 1860103, a apresentar o Livro Caixa. Em 02/06/2019 e 18/07/2019, os Termos nº 1860106 e 1860107 intimam a empresa, na pessoa do sócio LUCAS DIAS DE OLIVEIRA, no endereço à Rua Mitsukp Taguchi, 460, apto 301-A CEP 87045-110 Maringá/PR, a apresentar documentos que comprovem a origem dos recursos que indica, efetuados a crédito em sua conta corrente bancária. Prosseguimento da ação fiscal foi comunicado ao fiscalizado através do Termo nº 1860108, remetido para aquele endereço, cujo Aviso de Recebimento – AR-Postal foi devolvido, com a mensagem “MUDOU-SE”, ensejando nova remessa do Termo para o endereço à Rua Luiz Natal Bonin, 580, casa 20, Jd Granville, CEP 86047-240, Londrina/PR, recebido em 28/08/2019, AR-Postal à fl. 137.

Novo Termo de Prorrogação do Procedimento Fiscal n.º 1860109, cientificado neste novo endereço em 03/10/2019, AR-Postal à fl. 140.

4. De acordo com este último Termo citado (1860109) foi concedido ao intimado novo prazo para atendimento até o dia 18/10/2019, fl. 138.

5. Em 17/10/2019 o Contribuinte protocolou resposta contemplando a apresentação de Contratos de Mútuo, comprovantes de movimentação bancária, e extratos bancários, fls. 174 a 268 dos autos apensados do PAF n.º 11634.720241/2019-57, mantendo-se inadimplente, contudo, quanto à intimação para apresentação do Livro Caixa.

6. No mesmo dia 17/10/2019 foi lavrado o Termo de Verificação Fiscal noticiando os fatos enquadrados à luz do disposto nos artigos 29, inciso II da Lei Complementar (LC) n.º 123, de 14/12/2006, para a exclusão da empresa do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

7. Assim, a negativa injustificada da exibição do Livro Caixa a que se encontrava obrigada a empresa deu azo à expedição do ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO N.º 52, cujo teor segue *in verbis*:

[...]

8. A publicação a que se refere o ADE 52 se deu no Diário Oficial da União – DOU, no dia 18/10/2019, conforme fl. 145 dos autos.

[...]

10. Consta às fls. 151 a 197, manifestação de inconformidade que alega em preliminar tempestividade sob o argumento de que a exclusão do Simples Nacional é dependente da decisão definitiva quanto aos autos de infração lavrados em razão justamente em razão da referida exclusão:

Em outros dizeres, enquanto ainda não confirmado em definitivo (decisão administrativa transitada em julgado), não se encontram preenchidos os requisitos para exclusão da IMPUGNANTE do Simples Nacional, devendo o presente ser suspensivo até decisão definitiva naqueles autos..

11. No mais, ataca o mérito da exclusão e dos autos de infração dela decorrentes, os quais estão controlados no processo n.º 11634.720241/2019-57.

12. Contra o mérito da exclusão alega haver apresentado o Livro Caixa à Autoridade Fiscal e alternativamente pede a suspensão do presente processo administrativo até findar-se o já citado processo administrativo n. 10930.720241/2019-57.

É o relatório.

Recurso Voluntário

A Recorrente apresentou o Recurso Voluntário, e-fls. 259-285, em 31.08.2020, discorrendo sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge, importando mencionar que o recurso atende aos pressupostos de admissibilidade.

A seguir excertos e breve comentários sobre os teores do recurso:

[...]

1. DA SÍNTESE DA LIDE.

Neste item do recurso, a Recorrente discorre sobre o recebimento dos Autos de Infração, relativos a outro processo de n.º 11634.720241/2019-57, decorrentes da omissão de receita constatada pela não escrituração da movimentação financeira em seus registros contábeis, afirmando que os lançamentos encontram-se eivados de diversos vícios insanáveis,

tornando-os inexigíveis, como já apresentado em impugnação naqueles autos, ainda pendentes de julgamento.

Aduz:

Destarte, o processo administrativo de que decorreram os motivos para exclusão da RECORRENTE do Simples Nacional não se findou, não podendo surtir plenos efeitos.

Em outros dizeres, enquanto ainda não confirmado em definitivo (decisão administrativa transitada em julgado), não se encontram preenchidos os requisitos para exclusão da RECORRENTE do Simples Nacional, devendo o presente ser suspensivo até decisão definitiva naqueles autos.

[...]

Inconformado é o presente recurso voluntário para que sejam reconhecidos os vícios insanáveis que eivam o presente lançamento tributário, tornando-o inexigível, como adiante restará evidente.

2. DA SUPOSTA ENTREGA INTEMPESTIVA DO LIVRO CAIXA.

Especialmente em relação ao livro caixa, diferentemente do alegado pela autoridade administrativa, o mesmo fora sim apresentado naqueles autos, em fls. 287/297, não tendo sido juntado nos presentes autos pela autoridade administrativa, requerendo sua juntada neste instante.

Perceba DD. Julgadores que o livro caixa apresentado pela RECORRENTE preenche todos os requisitos exigidos pela legislação de regência, identificando a data, histórico, n. do lançamento, os valores de entrada e saída, como se ilustra pela imagem abaixo:

Data	Histórico	Nº Lancto	Entradas	Saídas
	Saldó Anterior			1.211,15
01/01/2015	PAGAMENTO INSS MES 11/2013	57535		1.024,46
01/01/2015	PAGAMENTO FGTS MES 03/2010	57494		1.825,26
01/01/2015	PAGAMENTO FGTS MES 05/2010	57495		105,09
01/01/2015	PAGAMENTO FGTS MES 06/2010			...

Assim, tendo sido regularmente apresentado, não se sustenta a exclusão da RECORRENTE nos termos do art. 29, II da LC n. 123/06.

Vale observar que a decisão administrativa recorrida fixa que o livro caixa fora apresentado intempestivamente com a defesa administrativa, a afirmação é falsa, o livro caixa fora apresentado nos autos 10930.720241/2019-57 (vide fls. 287 a 297 daqueles autos), como requerido pela autoridade administrativa, a mesma apenas deixou de translada-lo para os presentes autos, razão pela qual fora juntado com a defesa administrativa.

Naqueles autos, de fato, o livro caixa fora apresentado já após o prazo determinado pela autoridade administrativa, mas como observado na petição do evento 287, a conduta não teve como objetivo provocar embaraço à fiscalização, todos os documentos e extratos bancários solicitados foram entregues integral e tempestivamente, ou seja, a mera ausência do livro caixa não provocou atraso ou dificultou a fiscalização.

[...]

3. DA AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS PARA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO DOS RECORRENTES.

3.1. DA INDEVIDA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO DA RECORRENTE POR INFRAÇÃO AO TEXTO CONSTITUCIONAL.

Neste item a Recorrente também traz somente alegações em defesa aos autos de infração relativos à omissão de receita, os quais integram outro processo já citado.

Sustenta a autoridade administrativa que alguns extratos bancários foram apresentados pela RECORRENTE.

Pois bem, em que pese ter apresentado os solicitados extratos, sua ação não fora voluntária, expressão de sua livre e desembaraçada vontade, mas coagida por punições, inclusive específicas, em caso de descumprimento do comando estabelecido pela administração tributária.

A LC n.º 105/011, em seu art. 10, em conjugação com o art. 5.º, § 3.º, do Decreto n.º 3.724/012, estabelece que aquele, devidamente intimado, se recusar a prestar informações referentes às suas movimentações financeiras está sujeito à pena de prisão de um a quatro anos e multa.

Assim, mesmo que apresentadas pela própria RECORRENTE, uma vez sob coação ilegal da autoridade administrativa, as informações prestadas não poderiam ser utilizadas pela autoridade autuante para nenhum fim, inclusive o de promover lançamento tributário.

Em outras palavras, não houve nenhum consentimento expresso ou equivalente autorizador da quebra de seu sigilo bancário.

[...]

3.2. DA AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA ACESSO A INFORMAÇÕES RESGUARDADAS SOB SIGILO BANCÁRIO – OFENSA AO DECRETO N.º 3.724/01.

Neste item, as alegações também referem-se à autuação por omissão de receita, cujos argumentos abordam a possibilidade de quebra do sigilo bancário do contribuinte sem autorização judicial, devendo-se considerar que há claros requisitos infraconstitucionais para a autoridade administrativa promovê-la sem intervenção do Poder Judiciário.

4. DA SUPOSTA EXISTÊNCIA DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA (OMISSÃO DE RECEITAS POR PRESUNÇÃO) - ART. 42 DA LEI N. 9.430/96.

4.1. DA EXIGÊNCIA DA BUSCA DA VERDADE MATERIAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E DA AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO ANALÍTICA DOS LANÇAMENTOS BANCÁRIOS CONSIDERADOS OMISSÃO DE RECEITA – DA OFENSA AO ART. 287 DO RIR/99 E AO ART. 9.º DO DECRETO N.º 70.235/72 – DO CERCEAMENTO DE DEFESA.

As alegações relativas a este item questionam o método utilizado pela Fiscalização para determinar o valor da omissão de receita.

[...]

REPITA-SE, A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA NÃO DEMONSTROU DE FORMA INDIVIDUALIZADA, LANÇAMENTO BANCÁRIO A LANÇAMENTO BANCÁRIO, QUAL FORA CONSIDERADA RECEITA OMITIDA E QUAL NÃO FOI.

Ora DD Julgadores, como ficará comprovado no tópico posterior, os referidos “créditos bancários” não foram lançados na contabilidade como “créditos bancários” (conta banco movimento), mas ingressaram na conta do ativo “CAIXA”.

VEJA QUE NÃO HÁ DOCUMENTO ALGUM QUE INDIQUE OS CRÉDITOS BANCÁRIOS CONSIDERADOS COMO OMISSÃO DE RECEITA, QUANTO AOS VALORES CONSIDERADOS CONTABILIZADOS, AOS CRÉDITOS ESTORNADOS, CHEQUES DEVOLVIDOS, ENTRE OUTROS.

A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA DEVERIA ANALISAR TODOS OS CRÉDITOS BANCÁRIOS, UM A UM, E IDENTIFICAR DE FORMA CLARA E PRECISA QUAL SERIA OMISSÃO DE RECEITA E QUAL NÃO SERIA OMISSÃO DE RECEITA, JUSTIFICANDO CADA UM DELES.

[...]

Observa-se que a exemplo dos itens anteriores, as alegações abordadas neste item também referem-se à autuação sobre a omissão de receitas, passando ao largo do assunto objeto deste processo, que é a exclusão da Recorrente do Simples Nacional.

4.2. AUSÊNCIA DE COTEJO DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM OUTRAS PROVAS INDICIÁRIAS PARA COMPROVAÇÃO DE SUPOSTA OMISSÃO DE RECEITA – DA OFENSA AO ART. 18 DO DECRETO Nº 70.235/72 – DA NECESSIDADE DE BUSCA DA VERDADE MATERIAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – DA EFETIVA CONTABILIZAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA EXCLUSIVAMENTE NA CONTA “CAIXA”.

[...]

Não se sustentam exigências calçadas na presunção legal do art. 42 da Lei nº 9.430/96, cujo fato indiciário é a verificação de depósitos bancários de origem não comprovada, QUANDO AS OPERAÇÕES TENHAM SIDO CONTABILIZADAS.

[...]

Também neste item as alegações referem-se somente às autuações de omissão de receita abordadas em processo próprio.

4.3. DA AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO QUANTO AO PEDIDO DE SUSPENSÃO DO ATO DE EXCLUSÃO ENQUANTO TRAMITAM OS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS QUE APONTARAM SUPOSTA OMISSÃO DE RECEITA.

Desde já vale reforçar que a decisão de primeiro grau se omitiu completamente quanto ao pedido da RECORRENTE para suspensão do presente processo administrativo até findar-se o já citado processo administrativo n. 10930.720241/2019-57, haja vista sua direta relação de prejudicialidade, com nova intimação da RECORRENTE para apresentação de manifestação de inconformidade, razão pela qual requer seja declarada a nulidade da decisão administrativa quanto ao ponto e determinado o retorno dos autos à primeira instância para sua avaliação e deferimento.

5. DO PEDIDO.

À vista de todo exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer a RECORRENTE seja recebido e julgado total procedente o presente recurso, reformando *in totum* a decisão de primeiro grau e, por consequência, a declaração de nulidade do ato declaratório executivo de exclusão da mesma do Simples Nacional, tendo em vista a ausência de comprovação pela autoridade administrativa de qualquer requisito legal para tanto, especialmente em face da apresentação do livro caixa pela RECORRENTE em fls. 287/297 dos autos n. 10930.720241/2019-57, ou, alternativamente, a suspensão do presente processo administrativo até findar-se o já citado processo administrativo n. 10930.720241/2019-57, haja vista sua direta relação de prejudicialidade, com nova intimação da RECORRENTE para apresentação de manifestação de inconformidade.

É o Relatório

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Benatti Marcon, Relator.

Tempestividade

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto n.º 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.

O Objeto da Lide

Em breve síntese, a Recorrente foi excluída do Simples Nacional por ter deixado de apresentar o Livro Caixa no prazo determinado pela Fiscalização, obrigatoriedade esta prevista no artigo n.º 29, II, da Lei Complementar n.º 123/2006.

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

[...]

II - for oferecido embarço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiverem obrigadas, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade que estiverem intimadas a apresentar, e nas demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública;(Grifo Nosso)

[...]

Este fato ocorreu durante o procedimento fiscal levado a cabo pela DRFB em Londrina, PR, ao amparo do TDPF-F n.º 0910200-2018-00601-0 em face de L.D. de Oliveira Com Presentes Ltda., razão social à época da auditoria, atualmente Ativa Mall Comércio de Utilidades Ltda.

Conforme o ADE n.º 52, de 17 de outubro de 2019, a exclusão do Simples Nacional surtirá efeito a partir de 1º de Janeiro de 2015, vigendo nos três anos-calendário subsequentes ao da exclusão, nos termos do que preceituam o § 1º do Art. 29, da Lei Complementar n.º 123/2006 e o Art. 84, inciso IV, da Resolução CGSN n.º 140/2018.

Da Análise das Alegações da Recorrente

Basicamente o Recurso Voluntário apresentado pela Recorrente centra-se nas alegações que questionam os motivos que levaram a Fiscalização a autuá-la por omissão de receitas, cujos autos de infração estão controlados no processo n.º 11634.720241/2019-57.

Em relação ao Ato de Exclusão do Simples Nacional, objeto do presente processo, extrai-se as seguintes alegações:

- Enquanto não houver decisão administrativa transitada em julgado do processo n.º 11634.720241/2019-57, que refere-se às autuações por omissão de receita, o presente processo que trata da exclusão do Simples deve ser suspenso até decisão definitiva daquele. Assim manifestou-se a Recorrente, e-fls. 260:

Em outros dizeres, enquanto ainda não confirmado em definitivo (decisão administrativa transitada em julgado), não se encontram preenchidos os requisitos

para exclusão da RECORRENTE do Simples Nacional, devendo o presente ser suspensivo até decisão definitiva naqueles autos.

- Diferentemente do alegado pela Fiscalização, o Livro Caixa foi sim apresentado, estando o mesmo no processo nº 11634.720241/2019-57, que refere-se às autuações por omissão de receita e que a autoridade administrativa não trasladou-o para o presente processo, sendo juntado com a defesa administrativa. Veja as alegações, e-fls. 260-261:

Especialmente em relação ao livro caixa, diferentemente do alegado pela autoridade administrativa, o mesmo fora sim apresentado naqueles autos, em fls. 287/297, não tendo sido juntado nos presentes autos pela autoridade administrativa, requerendo sua juntada neste instante.

[...]

Assim, tendo sido regularmente apresentado, não se sustenta a exclusão da RECORRENTE nos termos do art. 29, II da LC n. 123/06.

Vale observar que a decisão administrativa recorrida fixa que o livro caixa fora apresentado intempestivamente com a defesa administrativa, a afirmação é falsa, o livro caixa fora apresentado nos autos 10930.720241/2019-57 (vide fls. 287 a 297 daqueles autos), como requerido pela autoridade administrativa, a mesma apenas deixou de traslada-lo para os presentes autos, razão pela qual fora juntado com a defesa administrativa.

Naqueles autos, de fato, o livro caixa fora apresentado já após o prazo determinado pela autoridade administrativa, mas como observado na petição do evento 287, a conduta não teve como objetivo provocar embaraço à fiscalização, todos os documentos e extratos bancários solicitados foram entregues integral e tempestivamente, ou seja, a mera ausência do livro caixa não provocou atraso ou dificultou a fiscalização.

O evento 287 que a Recorrente menciona, refere-se a um Pedido de Reconsideração com o Livro Caixa anexado, apresentados em 06.11.2019, constantes do Processo nº 11634.720241/2019-57, que como já mencionado, refere-se às autuações por omissão de receita. Veja a seguir:

TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL 1860110

LD DE OLIVEIRA COM. PRESENTES LTDA,
pessoa jurídica de direito privado, regularmente inscrita no CNPJ 11.663.568/0001-09, por seu representante legal constituído, que firma o presente, vem com devido acato e respeito expor e requerer o que segue:

1 - Que a empresa ora Requerente, sempre procurou atender todas as intimações relativas ao Procedimento Fiscal 09.1.02.00-2018-00601-0, desde o seu Termo de Início de Procedimento Fiscal nº 1860101.

Sendo que na qualidade de representante legal, em função de estar residindo em Maringá por motivo de trabalho, fiz a opção de constituir procurador, para atender a presente fiscalização.

2 - Neste lapso temporal, mudei novamente para Londrina, esquecendo de informar no processo, o que não acarretou qualquer embaraço, pois o procurador poderia também ser intimado.

3 - No decorrer da fiscalização diversos documentos foram entregues, quero destacar a questão do livro caixa.

4 - Que a intimação fiscal solicitou Livro Caixa ou Escrituração contábil do mesmo período, o procurador Emerson Rogério explicou que a empresa encontrava-se sem atividade comercial, solicitado prazo para a entrega dos documentos contábeis. Entrega esta que foi realizada.

5 - Após este episódio, a empresa fiscalizada, recebeu o Termo de Intimação Fiscal 1860106, onde já não se solicitava mais qualquer documento contábil, por tanto entendeu-se cumprido o solicitado em relação ao livro caixa, ou documento contábil correspondente.

6 - Qual a surpresa em receber o Termo de Intimação Fiscal 1860110, onde a empresa notificada passa a ser enquadrada do SIMPLES NACIONAL, por injustificada exibição do livro Caixa .

7 - Diante do exposto, ficando demonstrado que não houve má fé, mas sim interpretação errônea, a empresa fiscalizada vem apresentar o Livro Caixa, e requer que de ofício V.Sa reconsidere o despacho de desenquadramento do Simples .

Neste Termos

Pede e Espera Deferimento.

Passa-se à análise das alegações da Recorrente:

Quanto à suspensão do Ato de Exclusão enquanto não julgado o processo de lançamento de crédito tributário.

Não é cabível a alegação de que o processo de exclusão do Simples Nacional deve ser suspenso até decisão administrativa transitada em julgado do processo referente à omissão de receita.

Como bem argumentado na decisão de 1ª Instância, “a possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples Nacional não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão, sendo a instauração do litígio acerca da exclusão causa suspensiva da exigibilidade do auto de infração, e não o contrário.”

Aliás, a Súmula CARF nº 77 aborda a possibilidade de lançamento de ofício de créditos tributários antes da decisão final do ato de exclusão:

A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.

Ressalte-se que não há previsão legal de suspensão dos efeitos do processo de exclusão do Simples Nacional até que sobrevenha a decisão administrativa transitada em julgado do processo referente à omissão de receita(processo conexo).

O Ato Declaratório de Exclusão foi emitido pelo fato do procedimento da Recorrente ter se enquadrado no inciso II do artigo nº 29, da LC nº 123/2006, isto é, ofereceu embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estava obrigada. No caso, não apresentação do Livro Caixa no prazo determinado pela autoridade administrativa.

A autuação de omissão de receita com base no lucro arbitrado foi decorrência da exclusão do Simples e não o contrário.

Enfim, a situação prevista legalmente é aquela em que há suspensão dos efeitos do processo de lançamento tributário até que sobrevenha decisão administrativa referente ao processo de exclusão.

Ressalte-se que o § 3º do artigo nº 83 da Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional (RCGSN) nº 140, de 2018, reconhece o efeito suspensivo do lançamento de ofício, quando da manifestação de inconformidade ao ato de exclusão, tendo como base o no artigo nº 151, inciso III, do CTN e o artigo nº 39 da Lei Complementar nº 123, de 2006, podendo o contribuinte permanecer no regime até a decisão final do processo administrativo.

RCGSN) nº 140, de 2018:

Art. 83. A competência para excluir de ofício a ME ou a EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

[...]

§ 3º Na hipótese de a ME ou a EPP, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, com observância, quanto aos efeitos da exclusão, do disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 6º)

[...]

CTN:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

[...]

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

LC nº 123/2006:

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

[...]

§ 6º Na hipótese prevista no § 5º, o CGSN poderá disciplinar procedimentos e prazos, bem como, no processo de exclusão, prever efeito suspensivo na hipótese de apresentação de impugnação, defesa ou recurso.

Em suma, enquanto se discute administrativamente o processo de exclusão, o lançamento de ofício decorrente fica suspenso até decisão final daquele.

Quanto à não apresentação do Livro Caixa.

No que se refere à apresentação do Livro Caixa, é improcedente a alegação da Recorrente de que ele foi apresentado.

Vale lembrar que a Recorrente afirmou que o Livro Caixa foi apresentado no processo nº 11634.720241/2019-57, que refere-se às autuações por omissão de receita e que a autoridade administrativa não trasladou-o para o presente processo, sendo juntado com a defesa administrativa.

Ora, verifica-se naquele processo que o Livro Caixa foi apresentado em 06.11.2019, posteriormente à emissão do Ato Declaratório Executivo nº 52, emitido em 17.10.2019 e publicado no D.O.U. em 18.10.2019.

A própria Recorrente reconheceu tal fato em seu Recurso Voluntário. Veja trecho a seguir:

Naqueles autos, de fato, o livro caixa fora apresentado já após o prazo determinado pela autoridade administrativa, mas como observado na petição do evento 287, a conduta não teve como objetivo provocar embaraço à fiscalização, todos os documentos e extratos bancários solicitados foram entregues integral e tempestivamente, ou seja, a mera ausência do livro caixa não provocou atraso ou dificultou a fiscalização.

Após o insucesso em obter o Livro Caixa durante a auditoria fiscal, depois de intimações e reintimações, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal, a Recorrente foi excluída do Simples Nacional pela prática da hipótese prevista no Art. 29, inciso II, da LC123/2006.

Constata-se pela leitura do TVF que a Recorrente teve todo o tempo necessário para apresentar o Livro Caixa, mas não o fez. Veja outros trechos do citado termo:

O procedimento fiscal em desfavor da LD OLIVEIRA foi iniciado com a ciência postal, em 23/11/2018, ao Termo de Início de Procedimento Fiscal (TIPF) nº 1860101 (fls. 2/3). Em 14/12/2018, a LD OLIVEIRA apresentou resposta parcial (fls. 5/52) ao TIPF nº 1860101, uma vez que apresentou todos os documentos solicitados, menos o livro Caixa.

A reintimação (Termo de Reintimação Fiscal – TRF nº 1860102 às fls. 53/54) encaminhada ao endereço cadastrado no CNPJ foi devolvida pelo motivo “Recusado” em 18/01/2019 (AR JT42894031-3BR à fl. 55/57).

Assim sendo, a reintimação fiscal foi encaminhado ao endereço do responsável pela LD OLIVEIRA, LUCAS, informado no CPF: R LUIZ NATAL BONIN 580 CASA 20, JD GRANVILLE, LONDRINA/PR, CEP 86047-240. (TRF nº 1860103 às fls. 58/60)

Reintimada em 30/01/2019 (AR DZ04958602-5BR à fl. 61), o responsável pela LD OLIVEIRA LUCAS, informou que a empresa “não encontra-se em atividade comercial, razão pela qual necessita para efetivar a buscar e com isso a entrega do Livro Caixa de 2015, da concessão de 60 dias de prazo.” Solicitou ainda que as correspondências fossem entregues na RUA MITSUKO TAGUCHI, 460, Ap. 301ª, em Maringá/PR, CEP 87045-110 (resposta à fl. 62/63).

Tendo em vista esta manifestação, a partir de então, todas as correspondências foram encaminhadas em nome de LUCAS, ao endereço informado.

A prorrogação foi concedida até o dia 29/03/2019 em Termo de Prorrogação de Prazo nº 1860104 (fl. 64), cientificada em 26/02/2019 (AR JT42894723-7BR à fl. 65), entretanto, o livro Caixa de 2015 não foi apresentado à fiscalizado até o presente momento. Isto mesmo sendo dado prosseguimento da fiscalização com emissão e ciência de vários termos¹ e respostas² com apresentação de respostas e documentos

[...]

Neste contexto de ações, verifica-se que a LD OLIVEIRA, mesmo intimado e reintimado por diversas vezes, cientificado do risco de exclusão do Simples Nacional, preferiu adotar somente o expediente de protelar com pedido de prorrogação de prazo sem, no entanto, se manifestar e sem justificar a não apresentação do livro Caixa de 2015, livro este que é o mais básico da vida econômico-financeira de uma microempresa e que deveria estar disponível de pronto para a fiscalização.

Frise-se que em relação à existência do Livro Caixa, o ponto fundamental no processo de exclusão do Simples Nacional refere-se ao momento em que ele foi solicitado. Ele foi solicitado inúmeras vezes e, como já mencionado, foi apresentado somente após a emissão do Ato Declaratório Executivo.

A apresentação do citado livro não pode ficar ao alvedrio do contribuinte, sob pena de tornar letra morta o previsto no Inciso II, do artigo n.º 29, da Lei Complementar n.º 123/2006.

Se ao contribuinte fosse dada a faculdade de apresentar o Livro Caixa no momento que lhe fosse interessante, não faria nenhum sentido a previsão do dispositivo citado.

Alguns dispositivos da Lei Complementar n.º 123/2006 fundamentam de forma indubitável a exclusão em tela:

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

[...]

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

§ 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:

[...]

II - for oferecido embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiverem obrigadas, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade que estiverem intimadas a apresentar, e nas demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública;

[...]

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

[...]

A apresentação do Livro Caixa é de fundamental importância nos trabalhos de auditoria relativa ao Simples Nacional, para que a autoridade fiscal possa certificar-se que o contribuinte se adequa legalmente ao regime por ele optado.

Ao não apresentar o Livro Caixa, além de obstar o andamento dos trabalhos de auditoria fiscal, o contribuinte incorre na infração prevista no artigo n.º 29, II, da Lei Complementar n.º 123/2006, resultando na sua exclusão do regime.

Em suma, a apresentação do Livro Caixa somente após a emissão do ADE em razão da falta verificada, não supre a infração já configurada, haja vista a Recorrente ter tido todo o tempo necessário solicitado e fornecido pela autoridade fiscal para apresentá-lo.

Conclusão

Diante do exposto, voto em negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão da Recorrente do Simples Nacional.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Benatti Marcon