



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

Processo nº 11634.720249/2011-66
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1801-002.127 – 1ª Turma Especial
Sessão de 24 de setembro de 2014
Matéria Exclusão do Simples e Autos de Infração
Recorrente ATLÂNTICA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007

PEÇA DE DEFESA INTEMPESTIVA. NÃO INSTAURAÇÃO DE LITÍGIO.

Manifestação de inconformidade e impugnação apresentadas intempestivamente não tem o condão de instaurar o contencioso administrativo, razão pela qual não deve ser conhecido o recurso voluntário interposto contra a decisão da autoridade julgadora “*a quo*” que não conheceu das peças de defesa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam, os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora. Ausente, momentaneamente, o Conselheiro Rogério Aparecido Gil.

(assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes Wipprich – Presidente

(assinado digitalmente)

Maria de Lourdes Ramirez – Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Maria de Lourdes Ramirez, Fernando Daniel de Moura Fonseca, Neudson Cavalcante Albuquerque, Alexandre Fernandes Limiro, Rogério Aparecido Gil, Leonardo Mendonça Marques e Ana de Barros Fernandes Wipprich.

Relatório

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 16/10/2014 por MARIA DE LOURDES RAMIREZ, Assinado digitalmente em 16/10/

2014 por MARIA DE LOURDES RAMIREZ, Assinado digitalmente em 20/10/2014 por ANA DE BARROS FERNANDES

Impresso em 21/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Cuida-se de recurso voluntário interposto contra acórdão da 2a. Turma de Julgamento da DRJ em Curitiba/PR que, por unanimidade de votos, não conheceu da manifestação de inconformidade apresentada contra ato de exclusão do simples e da impugnação contra os autos de infração lavrados, mantendo integralmente as exigências consubstanciadas nos autos.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da DRJ em Curitiba/PR:

Relatório.

O presente processo trata dos seguintes atos a serem analisados: a) manifestação de inconformidade ao conteúdo do Ato Declaratório Executivo nº 37 (fl.426), de 07/06/2011, que determinou a exclusão da contribuinte ao Simples Federal, desde 01/01/2007; e; b) a impugnação aos autos de infração lavrados pela sistemática do Lucro Arbitrado, relativos aos fatos geradores ocorridos no primeiro semestre do ano calendário de 2007, fls. 857-887, onde se exige o crédito tributário de R\$ 113.027,91 de IRPJ (fl.859), R\$ 42.956,89 de CSLL (fl.868), R\$ 131.259,52 de COFINS (fl.877) e, R\$ 30.557,59 de PIS (fl.882).

Do Ato declaratório Executivo nº 37, de 07/06/2011

2. O ADE nº 37, de 07/06/2011 foi expedido em face da Representação Fiscal de fls. 418-422, onde restou comprovado que a contribuinte em análise, auferiu no período entre abril e dezembro do ano calendário de 2006 receita no importe de R\$ 10.484.582,66, com base na movimentação bancária, sendo que deste montante, ofereceu à tributação apenas R\$ 890.980,73, tendo sido omitido o importe de R\$ 9.593.901,93. A fundamentação para a emissão do ato foi afronta ao disposto no artigo 9º, inciso II, artigo 13, inciso II, da Lei nº 9.317, de 1996, com efeitos a partir de 01/01/2007, conforme previsto no inciso VI do artigo 24 da Instrução Normativa SRF nº 608, de 09/01/2006.

3. A ciência ao ato de exclusão ocorreu em 21/06/2011, por via postal, conforme AR nº RK 69920823 0 BR à fl.428.

4. Em 22/08/2011, apresentou manifestação de inconformidade contra a exclusão (fls. 429440), onde sugere que teria havido irregularidade quanto à ciência do ato executivo; que até a data do protocolo da manifestação, não teria sido oficialmente comunicada de sua exclusão; a qual deveria ocorrer na pessoa do sócio administrador e; que a autoridade fiscal tomou como base para a exclusão o total de créditos constantes nas contas bancárias, incluindo entre outros, empréstimos bancários, empréstimos de pessoas físicas, empréstimos de outras pessoas jurídicas, transferências bancárias, etc.

5. Transcreve os artigos 1060 e 1064 do Código Civil, bem como o artigo 23 do Decreto nº 70.235, de 1972 para afirmar que a ciência deve ser válida, sob pena de ofensa ao princípio do devido processo legal, bem como dos princípios do contraditório e da ampla defesa e complementa: que um ato administrativo que exclui o contribuinte, com data retroativa a 04 anos, não pode ser efetuado sem que se tenha absoluta certeza de que o representante legal tenha sido cientificado, pois referido ato causará prejuízos irreparáveis, seja em relação à falta de cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessórias, bem como de ordem econômica, financeira, administrativa e

criminal, resultando fatalmente na quebra da empresa e desemprego de inúmeras pessoas.

6. E conclui que como só tomou ciência da exclusão na data de 22/08/2011 (data do protocolo da manifestação de inconformidade), requer que esta seja considerada como termo inicial para a contagem do prazo de trinta dias para apresentar a defesa.

7. Acerca da receita bruta apurada pelo fisco, volta a insistir que foram considerados como receita todos os créditos constantes nas contas bancárias, incluindo entre outros, empréstimos bancários, empréstimos de pessoas físicas, empréstimos de outras pessoas jurídicas, transferências bancárias, etc. Transcreve o artigo 2º da Lei nº 9.317, de 1996, bem como o artigo 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006 e, o artigo 4º da Resolução nº 04 do CGSN, de 30/05/2007, para defender que no computo de sua receita bruta só podem ser considerados o produto da venda de bens e serviços, nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações de conta alheia, devendo ser excluídos os demais valores.

8. Reclama que a exclusão com efeito retroativo lesa direito assegurado pela Lei nº 9.317, de 1996 e Lei Complementar nº 123, de 2006, uma vez que mantendo-se a exclusão desde 01/07/2007 até a presente data, sem a verificação da receita bruta dos demais anos calendário, afronta o disposto no artigo 9º, inciso II da Lei nº 9.317 de 1996 e, inciso II do artigo 3º da LC nº 123, de 2006.

9. Pede a produção de prova pericial posto discordar veementemente que sua receita bruta no ano calendário de 2006 tenha ultrapassado o limite estabelecido para a sistemática. Ampara o pedido no artigo 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, indica o perito e formula quesitos e mais, requer a juntada de laudos e demais documentos.

10. Ao final, requer: que seja reconhecida a nulidade da intimação/ciência do ato declaratório executivo nº 37 e, caso tenha expirado o prazo de impugnação, a reabertura de prazo de 30 dias para impugnação; que seja deferido o pedido de perícia nos extratos bancários do ano calendário de 2006, pois imprescindível ao levantamento da real receita bruta do período e; que seja permitido provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitido, especialmente a pericial.

Do lançamento pelo Lucro Arbitrado – 1º semestre de 2007

11. Em decorrência do Ato de exclusão, para o primeiro semestre do ano calendário de 2007, a autoridade fiscal efetuou o lançamento pelo Lucro Arbitrado, posto que intimado e reintimado a apresentar a contabilidade, nada apresentou.

12. Assim, os autos de infração de fls. 857/887 exigem do contribuinte crédito tributário no importe de R\$ 113.027,91 de IRPJ (fl.859), R\$ 42.956,89 de CSLL (fl.868), R\$ 131.259,52 de COFINS (fl.877), R\$ 30.577,59 de PIS (fl.882), acrescidos de multa de ofício à razão de 75% e juros, referentes aos fatos geradores ocorridos no primeiro semestre de 2007.

13. Também em relação ao ano calendário de 2007, lhe está sendo imputada omissão de receitas caracterizada pela falta de contabilização e de comprovação da origem dos valores creditados/depositados em contas correntes bancárias, sendo que em decorrência da exclusão da contribuinte ao Simples, foi realizada a realocação dos valores considerados na apuração da base de cálculo daquela sistemática. Constituem a base legal para a exigência do IRPJ o disposto no artigo 3º da Lei nº 9.429 de 1995, e artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996 regulamentado pelo artigo 530, Inciso III, do Decreto nº 3.000 de 26/03/1999 – RIR/99.

14. O suporte legal para a exigência dos demais tributos obedece ao seguinte:

a. PIS – artigos 1º e 3º da Lei Complementar nº 7 de 07/09/1970, artigo 24, § 2º da Lei nº 9.249, de 26/12/1995, inciso I do artigo 8º da Lei nº 9.714, de 25/11/1998 e, artigos 2º, inciso I, alínea “a” e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524, de 17/12/2002;

b. COFINS – artigo 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524, de 17/12/2002 e;

c. CSLL – artigo 2º e §§, da Lei nº 7.689, de 15/12/1988, artigo 24 da Lei nº 9.249, de 26/12/1995, artigo 29 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996 e, artigo 37 da Lei nº 10.637, de 30/12/2002.

15. A ciência ao auto de infração foi via postal e ocorreu em 23/12/2011, conforme AR SZ 80919096 1 BR, fl. 893 e a peça de defesa de fls. 897/915, protocolada em 27/01/2012, pretende atacar o lançamento efetuado com base no Lucro Arbitrado.

16. Inicialmente, elabora um histórico da ação fiscal, transcrevendo alguns parágrafos do Termo de Verificação, a integralidade do Ato Declaratório Executivo que determinou sua exclusão ao Simples, bem como das exigência a serem analisadas. Esclarece a fundamentação da exclusão e sustenta que foram computados o total dos créditos havidos nas contas correntes, ai incluídos empréstimos bancários, empréstimos de pessoas físicas, empréstimos de outras pessoas jurídicas e transferências bancárias, o que não consiste receita bruta. Afirma que para o ano de 2007 a autoridade fiscal excluiu alguns empréstimos e financiamentos, bem como algumas transferências, mas inda assim, manteve créditos que não representam a real receita da contribuinte, conforme provará adiante.

17. Assim como aconteceu com a manifestação de inconformidade contra a exclusão, transcreve os artigos 1060 e 1064 do Código Civil, bem como o artigo 23 do Decreto nº 70.235, de 1972 para afirmar que a ciência deve ser válida, sob pena de ofensa ao princípio do devido processo legal, bem como dos princípios do contraditório e da ampla defesa e complementa: que um ato administrativo que exclui o contribuinte, com data retroativa a 04 anos, não pode ser efetuado sem que se tenha absoluta certeza de que o representante legal tenha sido cientificado, pois referido ato causará prejuízos irreparáveis, seja em relação à falta de cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessórias, bem como de ordem econômica, financeira, administrativa e criminal, resultando fatalmente na quebra da empresa e desemprego de inúmeras pessoas.

18. E conclui que como só tomou ciência da exclusão na data de 27/01/2012 (data do protocolo da impugnação), requer que esta seja considerada como termo inicial para a contagem do prazo de trinta dias para apresentar a defesa.

19. Menciona o ato de exclusão e a apresentação de manifestação de inconformidade que, se procedente for, determinará serem indevidos e ilegais os tributos ora exigidos. Assim, solicita que a manifestação de inconformidade seja analisada antes da presente impugnação.

20. Atacando, especificamente, os lançamentos sob análise, transcreve dispositivos legais para sustentar que a base de cálculo dos tributos é a receita bruta e que no computo de sua receita bruta só podem ser considerados o produto da venda de bens e serviços, nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações de conta alheia, devendo ser excluídos os demais valores.

21. Requer a produção de prova pericial posto discordar veementemente que sua receita bruta no ano calendário de 2006 tenha ultrapassado o limite estabelecido para a sistemática. Ampara o pedido no artigo 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, indica o perito e formula quesitos e mais, requer a juntada de laudos e demais documentos.

22. Sobre os créditos havidos nas contas correntes bancárias transcreve o dispositivo legal que permite que se tribute tais valores, desde que o contribuinte não logre justificar sua origem, transcreve parte de um Acórdão proferido por essa Turma de Julgamento e enumera algumas operações que não constituem auferimento de receitas, sustentando que caso se mantenha a tributação sobre estas operações, estar-se-á incorrendo em bi-tributação.

23. Ao final, requer: que seja deferido o pedido de perícia; que seja reconhecida a nulidade da intimação/ciência dos autos de infração com reabertura de novo prazo de 30 dias para apresentação de nova impugnação; que seja analisado por primeiro a manifestação de inconformidade contra o ato de exclusão e; que seja admitido provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitido, especialmente o pericial.

A Turma Julgadora de 1ª Instância, depois de historiar os fatos que envolveram as notificações encaminhadas à recorrente para ciência do ato declaratório de exclusão do simples e dos autos de infração, considerou as peças de defesa – manifestação de inconformidade e impugnação aos lançamentos – intempestivas, não conhecendo das razões meritórias.

Cientificada da decisão, em 21/08/2012 (AR fl. ...), apresentou a interessada, em 05/09/2012, recurso voluntário. Nas razões de defesa afirma que se alguma correspondência foi encaminhada a seu domicílio, com certeza não foi entregue a seu sócio administrador ou a nenhum funcionário pois haveria distrato social arquivado na junta comercial do Paraná com data anterior ao início do MPF.

Prossegue reproduzindo os demais argumentos de defesa deduzidos na manifestação de inconformidade e impugnação aos lançamentos, inclusive no que se refere ao

pedido de prova pericial com indicação do assistente técnico e quesitos que deseja ver respondidos.

Ao final pede pelo provimento das razões recursais.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria de Lourdes Ramirez, Relatora.

O recurso é tempestivo.

Como se verifica do relato contra a empresa recorrente foi instaurado procedimento de auditoria fiscal cientificado pessoalmente à procuradora da pessoa jurídica em 06/10/2010. As intimações e reintimações que se seguiram solicitando elementos de sua contabilidade e extratos bancários foram todas encaminhadas por via postal ao domicílio tributário da pessoa jurídica e lá foram, todas elas, recepcionadas. O nome do recebedor e a data da recepção encontram-se grafados com clareza nos Avisos de Recebimento – AR.

Em face do descumprimento das solicitações reiteradas da auditoria fiscal foram enviadas RMF às instituições financeiras que forneceram os extratos bancários do período de 2006 a 2010.

Intimada a esclarecer a origem dos recursos creditados, a empresa logrou comprovar parte dos montantes. Mas a maior parte dos valores restou incomprovada.

Em virtude de apuração de receita bruta superior ao limite permitido para o Simples Federal no ano-calendário 2006 (apreciada nos autos do processo n.º 10930.720861/2011-21), em decorrência da apuração de omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, a empresa foi excluída da sistemática com efeitos a partir de 01/01/2007.

Cientificada por via postal do Ato Declaratório n.º 37/2011 (e-fl.426), em 21/06/2011, como comprova a cópia do AR à fl. 428 - assinado pela mesma funcionária que havia recepcionado todas as demais intimações encaminhadas por via postal – apresentou a empresa manifestação de inconformidade em 22/08/2011, assim, claramente intempestiva e, por tal razão, não conhecida pela Turma Julgadora de 1ª Instância.

Excluída a empresa da sistemática do Simples, a auditoria fiscal passou a solicitar a apresentação de escrituração contábil e fiscal, assim como, novamente, a comprovação da origem do restante dos recursos creditados em suas contas-correntes ainda até então, não comprovados.

Diante de omissões e respostas negativas, a auditoria fiscal lavrou autos de infração arbitrando o lucro da empresa e excluindo, dos valores devidos, aqueles apurados e pagos na sistemática do Simples.

Os autos de infração foram cientificados por via postal, em 23/12/2011, como demonstra a cópia do AR à fl. 893, encaminhado ao mesmo endereço e recepcionado pela mesma funcionária.

Em idêntica atitude, apresentou a empresa, em 27/01/2012, impugnação flagrantemente intempestiva.

O parágrafo 3º do artigo 15 da Lei nº 9.317, de 1996, que rege o Simples Federal, prevê:

§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998)

O processo administrativo fiscal tributário regido pelo Decreto nº 70.235, de 1972 que assim dispõe a respeito das intimações:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

III – por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

...

§ 2º Considera-se feita a intimação:

...

II – no caso do inciso II do caput deste artigo, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

...

§ 3º Os meios de intimação previstos nos incisos do caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 4o Para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

I – o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II – o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

...

Assim, as intimações para ciência do Ato Declaratório de Exclusão do Simples e dos autos de infração encaminhados por via postal ao domicílio tributário eleito pela empresa e lá comprovadamente recepcionados atenderam aos requisitos legais sendo, assim, consideradas válidas para seus efeitos.

O prazo para apresentação de manifestação de inconformidade e de impugnação também se encontram previstos no Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 15 – A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Assim, a manifestação de inconformidade apresentada em 22/08/2011, contra o ato de exclusão do simples cientificado em 21/06/2011 é manifestamente intempestiva, assim como é flagrantemente intempestiva a impugnação, apresentada em 27/01/2012, contra os autos de infração cientificados em 23/12/2011.

Referidas peças de defesa, por serem intempestivas, não instauraram o contencioso na esfera administrativa de julgamento e, por tal razão, não foram conhecidas pela Turma Julgadora de 1ª Instância, encontrando-se, assim, preclusas.

Em virtude da preclusão, por não ter sido instaurado o contencioso administrativo fiscal, voto no sentido de não conhecer das razões de defesa e negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Maria de Lourdes Ramirez

.

Processo nº 11634.720249/2011-66
Acórdão nº **1801-002.127**

S1-TE01
Fl. 6

CÓPIA