



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

Processo nº 13433.721106/2011-63
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-002.139 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de abril de 2016
Matéria EXCLUSÃO SIMPLES NACIONAL
Recorrente HOTEL THERMAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2008

EXCLUSÃO. RECEITA BRUTA ACIMA DO LIMITE PERMITIDO. APURAÇÃO REALIZADA PELA FISCALIZAÇÃO COM BASE NA ESCRITURAÇÃO. LEGITIMIDADE.

É legítima a apuração realizada pela fiscalização na busca de elementos que contribuam para a determinação da receita bruta auferida, para fins de aferição de eventual incidência em critério de exclusão do Simples Nacional.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Demetrius Nichele Macei, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Leonardo de Andrade Couto, Leonardo Luís Pagano Gonçalves e Paulo Mateus Ciccone.

Relatório

HOTEL THERMAS LTDA recorre a este Conselho em face do acórdão nº 11-38.383 proferido pela 5ª Turma da DRJ no Recife que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235, de 1972 (PAF).

Trata-se de exclusão do Simples Nacional refere ao período de apuração de 07/2007 a 12/2007 e aos anos-calendário de 2008 e 2009 em razão de a reclamante supostamente ter auferido receita bruta superior ao limite estabelecido para ingresso e permanência em tal regime de tributação simplificado, nos termos do art. 14 da Lei Complementar 123/2006.

A RECORRENTE era optante pelo Simples Federal (Lei nº 9.317/96) e foi automaticamente inscrita no SIMPLES NACIONAL em 1º de julho de 2007, em virtude do disposto no § 4º do art. 16 da Lei Complementar nº 123/06, c/c com o art. 18 da Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007.

Em procedimento fiscal levado a efeito junto ao contribuinte, constatou-se que o mesmo, em relação ao ano-calendário de 2006 omitiu receitas escrituradas em seu livro caixa no montante de R\$ 3.711.142,92, tendo declarado e recolhido Simples Federal/Simples Nacional com base na receita bruta de R\$ 1.315.931,39. Lavrou-se auto de infração (processo nº 13433.720113/2001-48) para cobrança dos tributos que deixaram de ser declarados e recolhidos pelo contribuinte. Também constatou-se omissão de rendimentos oriundos de créditos em contas bancárias sem comprovação de origem (art. 42 da lei nº 9.430/96), também matéria objeto de lançamento de ofício no referido processo.

Tendo o contribuinte ultrapassado o limite de R\$ 2.400.000,00 de receita bruta no ano-calendário de 2006 (mesmo sem considerar a omissão de receitas com base nos depósitos bancários), o mesmo não poderia ter continuado, a partir de 01/01/2007, no SIMPLES FEDERAL, nem ter ingressado, a partir de 01/07/2007, no SIMPLES NACIONAL.

Em relação aos anos-calendário 2007 a 2009, o contribuinte manteve a prática de omitir receitas, declarando como sua receita apenas parte de sua receita, em descompasso com os valores contidos em seu livro caixa e também em desacordo com os créditos/depósitos em suas contas bancárias, matérias alvo de lançamento de ofício (autos de infração no processo nº 13433.720963/2012-27).

Computando-se as receitas omitidas ao crivo da tributação às receitas já declaradas ao Fisco, chegou-se aos seguintes resultados:

a) Ano-Calendário 2007: Em sua Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – SIMPLES – do ano-calendário de 2007 (janeiro a junho de 2007) e na sua Declaração Anual do Simples Nacional (julho a dezembro de 2007) a empresa reconheceu como receita bruta apenas o valor de R\$ 1.629.846,12 (um milhão, seiscentos e vinte e nove mil, oitocentos e quarenta e seis reais e doze centavos). Portanto, considerando que em seu Livro Caixa do ano-calendário de 2007 a pessoa jurídica fiscalizada reconheceu receitas no valor de R\$

5.073.093,08, temos uma omissão de receita no valor de R\$ 3.443.246,96 (três milhões, quatrocentos e quarenta e três mil, duzentos e quarenta e seis reais e noventa e seis centavos).

b) Ano-Calendário 2008: Em sua Declaração Anual do Simples Nacional do ano-calendário de 2008 a empresa reconheceu como receita bruta apenas o valor de R\$ 2.162.297,01 (dois milhões, cento e sessenta e dois mil, duzentos e noventa e sete reais e um centavo). Portanto, considerando que em seu Livro Caixa do ano-calendário de 2008 a pessoa jurídica fiscalizada reconheceu receitas no valor de R\$ 6.709.272,14, temos uma omissão de receita no valor de R\$ 4.546.975,13 (quatro milhões, quinhentos e quarenta e seis mil, novecentos e setenta e cinco reais e treze centavos).

c) Ano-Calendário 2009: Em sua Declaração Anual do Simples Nacional do ano-calendário de 2009 a empresa reconheceu como receita bruta apenas o valor de R\$ 2.412.013,91 (dois milhões, quatrocentos e doze mil, treze reais e noventa e um centavos). Portanto, considerando que em seu Livro Caixa do ano-calendário de 2009 a pessoa jurídica fiscalizada reconheceu receitas no valor de R\$ 4.587.647,10, temos uma omissão de receita no valor de R\$ 2.175.663,19 (dois milhões, cento e setenta e cinco mil, seiscentos e sessenta e três reais e dezenove centavos).

Considerando-se que o limite de receita bruta anual para ingresso e manutenção no Simples Nacional em todo o período em questão era de R\$ 2.400.000,00, o contribuinte foi excluído de tal regime simplificado, declarando-se ainda o impedimento de optar pelo Simples Nacional até 31/12/2012, nos termos do §1º do art. 29 da Lei Complementar nº 123/06 (prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar 123/2006 – art. 29, I e V, § 1º c/c art. 5º, incisos I, V e XI, da Resolução CGSN nº 15/2007).

Inconformado o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade, alegando, em síntese:

- que a conclusão fiscal está absolutamente equivocada, haja vista que baseou-se em mera presunção sem amparo legal;
- que não há nos autos prova material do faturamento atribuído à empresa;
- que inexistente na legislação do SIMPLES FEDERAL, bem como do SIMPLES NACIONAL, amparo à exclusão mediante presunção legal de omissão de receitas. O excesso no faturamento deve ser cabalmente comprovado. Considerando-se que as notas fiscais emitidas pela impugnante apontavam receitas inferior a R\$ 2.400.000,00 em cada um dos anos-calendário em questão, não haveria que se falar em excesso de receita bruta. O fato de a contribuinte receber adiantamentos de clientes não significaria, por si só, que tais valores se implementaram como receitas. Haveria altas taxas de devolução. Caberia ao Fisco fazer prova da infração atribuída ao contribuinte mediante diligência a esses clientes, ao menos por amostragem, para comprovar a efetiva prestação de serviços. Em verdade a fiscalização estaria invertendo o ônus da prova, exigindo do contribuinte a prova negativa, o que seria impossível.

Ao final requereu o cancelamento do ato declaratório de exclusão do Simples Nacional em face da suposta insuficiência de provas da infração atribuída à empresa.

Analizando a manifestação de inconforidade apresentada, a turma julgadora de primeira instância julgou-a improcedente.

Processo nº 13433.721106/2011-63
Acórdão n.º **1402-002.139**

S1-C4T2
Fl. 6.604

A RECORRENTE foi intimada da decisão em 22/10/2012 (fl. 6586), tendo apresentado tempestivamente o recurso voluntário de fls. 6588-6595 em 21/11/2012.

Em resumo, reafirma os termos de sua manifestação de inconformidade alegando não haver qualquer irregularidade, tampouco qualquer prova que pudesse ensejar a sua exclusão do Simples Nacional. Aduz que não há prova de sua omissão de receitas e que as notas fiscais emitidas comprovariam que não houve excesso de receita bruta em nenhum dos períodos sob exame.

É o relatório.

Voto

Conselheiro FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Relator.

1 ADMISSIBILIDADE

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade. Dele, portanto, conheço.

2 EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

O contribuinte foi excluído do Simples Nacional por excesso de receita bruta.

Na sessão de julgamento do dia 03 de março de 2016 foi analisado o recurso voluntário referente à omissão de receitas relativa ao ano-calendário de 2006 (processo nº 13433.720113/2011-48) tendo sido prolatado o acórdão 1402-002.135 que deu provimento parcial ao recurso voluntário, mas manteve omissão de receitas relativas ao ano-calendário de 2006 que, por si só, já extrapolava o limite para manutenção da empresa no Simples Federal a partir de 01 de janeiro de 2007, e, a partir de julho de 2007, no Simples Nacional.

Nesta mesma sessão julgou-se o recurso voluntário referente ao processo nº 13433.720963/2012-27 que trata de omissão de receitas relativa aos anos-calendário de 2007, 2008 e 2009, tendo sido prolatado o acórdão 1402-002.140 que deu provimento parcial ao recurso voluntário, mas manteve omissão de receitas relativas aos anos-calendário de 2007, 2008 e 2009 que, por si só, já extrapolavam o limite para manutenção da empresa no Simples Nacional nos anos-calendário imediatamente posteriores, bem como no período compreendido entre 01/01/2010 e 31/12/2012, a teor do que dispõe a Lei Complementar 123, de 2006, art. 29, inciso V e seu §1º (proibição de usufruir do Simples Nacional nos três anos-calendário subsequentes à caracterização de prática reiterada de infração ao disposto naquela Lei Complementar).

Assim sendo, confirma-se o excesso de receita bruta apontado pela autoridade fiscal e confirmado pela decisão de primeira instância, o que implica manter a exclusão do Simples Federal levada a efeito e negar provimento ao recurso voluntário.

Considerando-se que no recurso voluntário não há qualquer novo argumento em relação à impugnação apresentada, e por concordar integralmente com a decisão recorrida, transcrevo-a a seguir, adotando seus fundamentos como razões de decidir, conforme faculta o § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784/99:

5. A empresa foi comunicada de sua exclusão do Simples Nacional em virtude da fiscalização da DRF/Mossoró ter apurado que o contribuinte omite receitas. O valor total das receitas apuradas, nos anos-calendário 2006 a 2009, superam o limite total estabelecido pela legislação, para fins de permanência na condição de optante pelo Simples Nacional. Dessa forma, a unidade fiscal procede à exclusão da empresa perante o Simples Nacional, com efeitos a partir de 1/7/2007. Ainda, pela habitualidade na prática de omissão, a DRF/MOS penaliza a empresa com a proibição de opção ao Simples Nacional até

31/12/2012.

6. O reclamante busca o reconhecimento de sua permanência no Simples Nacional, sob a alegação de que a omissão de receitas não se encontra devidamente comprovada. Afirma que muitos lançamentos constantes dos livros contábeis foram realizados a título de adiantamento de clientes e, **“não significa, por si só, que tais valores se implementaram como receitas”**.

7. Sobre a exclusão do Simples Nacional, a matéria é regida pela Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, abaixo reproduzida nos trechos pertinentes:

(...)

Art.3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I- no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

II- no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

(...) (Obs: limite revogado pela Lei Complementar 139/2011- R\$ 3,6 milhões, com efeitos a partir da opção em 2012)

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

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

(...)

V- tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

(...)

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

(...)

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

(...)

Da Omissão de Receita

Art.34. *Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.*

(...)

(original sem grifos)

8. Consoante o art. 33 da LC 123/2006, a competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 (exclusão de ofício) é da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal e, tratando-se de serviços incluídos na competência tributária municipal, esta será também do respectivo Município.

8.1. Se a exclusão é promovida pela RFB, o procedimento será submetido às regras deste ente. Assim, em matéria processual, vale o Decreto nº 70.235, de 1972, (Processo Administrativo Fiscal – PAF).

8.2. A manutenção da empresa no Simples Nacional depende de algumas condições e requisitos constantes dos artigos 28 a 32 da LC 123/2006. Verificado internamente que o sujeito passivo incorreu em alguma vedação legal, é obrigação da Administração Tributária proceder à exclusão. É ato vinculado.

9. Em relação às provas no processo administrativo tributário, é importante ressaltar que o Direito Brasileiro admite, em termos de prova, inúmeros meios, desde que lícitos, consoante o art. 332, da Lei nº 5.869, de 11/1/1973 - Código de Processo Civil (CPC). Já o artigo 333 do CPC, encontramos a questão relacionada ao ônus da prova. Vejamos esses dispositivos:

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

9.1. O Decreto 70.235/1972 (PAF) não foge à idéia central do CPC e consagra o princípio “o ônus da prova cabe a quem dela aproveita”, como se observa nos arts. 9º (destinado ao sujeito ativo) e 16 (destinado ao contribuinte), *in verbis*:

*"Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais **deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.** (redação dada pelo art. 25 da Lei 11.941/2009)*

(...)

Art. 16. *A impugnação mencionará:*

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta;

*IV - as diligências que o impugnante pretenda sejam efetuadas, _____
expostos os motivos que as justifiquem.*

(...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

(sem negritos no original)

10. Compulsando os autos, observa-se que a fiscalização instaura o procedimento de ofício por meio de Mandado de Procedimento Fiscal (MPF – fl. 2), consignando o objeto de sua ação e os períodos abrangidos. O agente fiscal abre o procedimento com Termo de Início do Procedimento Fiscal (fls. 13, 14, 17 e 18). Intima o impugnante a apresentar os livros contábeis e demais documentos utilizados para respaldar suas conclusões. Apresenta provas diretas, identificando no processo as fontes obtidas, no caso concreto, os extratos de movimentação financeira e os livros-caixa. Elabora representação dirigida ao titular da unidade que culmina na publicação do ADE de exclusão, que oferece oportunidade ao contraditório e a ampla defesa, porquanto descreve a situação excludente e confere prazo para contestação.

10.1. A fiscalização apura a receita bruta do contribuinte, nos anos-calendário 2006 a 2009, diretamente do livro-caixa escriturado. Não há presunção e, dessa forma, não se pode falar em inversão do ônus da prova e **prova negativa, como afirma o contribuinte.** Além disso a doutrina e

jurisprudência atual superaram essas questões, como se vê no julgado do STJ Resp 422.778/SP, 19/6/2007:

“Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de "prova negativa", ou "impossível". (grifos acrescidos)

10.2. No exercício da ampla defesa, cabe ao contribuinte contestar o valor apurado pelo fisco através da apresentação de provas que demonstrem suas razões. A defesa apresenta meras alegações, sem documentação que possa ilidir a afirmação da fiscalização respaldada na escrituração do próprio contribuinte. Se parte dos ingressos no livro-caixa correspondem a adiantamento de clientes não implementados como receitas, como alega a defesa, bastava trazer aos autos os documentos relacionados à devolução desses recebimentos.

10.3. Neste sentido, cabe trazer aos autos, julgado do antigo Conselho de Contribuintes:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - Meras alegações sobre a falta de devolução de documentos não tem o condão de contaminar o procedimento fiscal. A perfeita descrição dos fatos permite a autuada defender-se plenamente, descaracterizando-se o cerceamento ao amplo direito de defesa. (Acórdão 105-12930 do Primeiro Conselho de Contribuintes)

10.4. Logo, a apreciação da matéria objeto de discordância expressa pelo contribuinte deve levar em consideração os motivos de fato e de direito em que este se alicerça, bem como as provas apresentadas. Em espécie, o contribuinte não traz aos autos cópia da escrituração contábil ou outro material probatório que possa comprovar equívoco cometido pela fiscalização da DRF/Mossoró.

11. Ainda, a empresa ultrapassa o limite de receita bruta por vários anos consecutivos, sem que tenha comunicado sua exclusão da sistemática simplificada. Prática reiteradamente a infração de apenas reconhecer parte de suas receitas. Em virtude dessa prática reiterada, a unidade da RFB penaliza a empresa com o preceito contido na Lei Complementar 123, de 2006, art. 29, §1º: proibição de usufruir do Simples Nacional por três anos-calendário subsequentes, no caso de 2010 a 2012. Também, neste aspecto, assiste razão à fiscalização.

Processo nº 13433.721106/2011-63
Acórdão n.º **1402-002.139**

S1-C4T2
Fl. 6.610

5 CONCLUSÃO

Isso posto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO - Relator