



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 14033.000581/2011-78
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-004.942 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de outubro de 2020
Recorrente MT TRANSPORTES E SERVIÇOS ADMINISTRATIVO EIRELI (ANTIGA MAIS TENIS COMERCIAL DE CALÇADOS LTDA)
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

NULIDADE. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA. CONFIGURAÇÃO.

No âmbito do Processo Administrativo Fiscal, configurada a preterição do direito de defesa por insuficiência probatória, deve ser declarada a nulidade do Ato Declaratório Executivo que determinou a exclusão da empresa do Simples Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher a preliminar de nulidade e, em consequência, dar provimento ao Recurso Voluntário, nos termos do relatório e voto da relatora.

Assinado Digitalmente

Luiz Tadeu Matosinho Machado – Presidente

Assinado Digitalmente

Andréia Lúcia Machado Mourão - Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lúcia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Fabiana Okchstein Kelbert e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 03-52.696 – 4ª Turma da DRJ/BSB, de 20 de junho de 2013, que manteve a exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional, por ter sido constatada prática reiterada de infração à legislação tributária, decorrente de omissão de receitas praticada em meses sucessivos. Destaco que na ocasião fazia parte da composição da turma de julgamento que proferiu a decisão recorrida.

A exclusão surtiu efeitos a partir de 01/07/2007, tendo sido determinado o impedimento da opção pelo Simples Nacional pelos três anos-calendários seguintes, nos termos do Ato Declaratório Executivo nº 38, de 29 de junho de 2011 (fls. 13).

Em sua Manifestação de Inconformidade a contribuinte aborda as seguintes questões, extraídas do relatório do Acórdão da DRJ/Brasília:

Na peça de defesa apresentada, o patrono do contribuinte inicialmente cita trechos da Representação Fiscal de fls. 04/07 que deu origem à expedição do Despacho e o ADE mencionados, protestando que os mesmos foram lavrados desprovidos de provas materiais das infrações tributárias cometidas pela empresa.

Aduz que nos autos somente consta como elemento de prova o quadro demonstrativo dos “Valores de créditos bancários comparados com as receitas declaradas em DSPJ/DIPJ e DASN” e; que não constam as cópias da DSPJ/DIPJ, DASN e os extratos bancários que teriam sido confrontados pelas autoridades fiscais.

Sustenta, citando a Súmula CARF nº 22, que pela ausência de provas o ADE Nº 38 deve ser declarado nulo.

Informa desconhecer que tenha sido autorizado, seja judicialmente ou por meio de Requisição de Movimentação Financeira (RMF), o acesso aos dados bancários do contribuinte e, defende, citando jurisprudência do extinto 1º Conselho de Contribuintes, a imprestabilidade dos extratos bancários que permitiram à autoridade fiscal concluir que o contribuinte cometeu infração à legislação tributária.

Pugna, mais uma vez, pela nulidade do ato de exclusão, argumentando que não se confunde “infração à legislação tributária” com “infração ao disposto nesta Lei Complementar”, citando o caput do artigo 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Defende que a “suposta omissão de receitas” somente poderia justificar um lançamento contra o contribuinte de um crédito tributário em favor da União; jamais poderia justificar a exclusão do Simples Nacional no “próprio ano calendário objeto da fiscalização”.

Ao final, requer a nulidade do ADE nº 38 e a possibilidade de apresentação de provas adicionais.

O Acórdão analisa as questões levantadas e conclui ter ficado evidenciado nos autos que a contribuinte praticou reiteradamente infração à legislação tributária em virtude de ter omitido rendimentos em meses sucessivos e mantém o ato de exclusão da empresa da sistemática de apuração pelo Simples Nacional.

Segue transcrição da ementa do Acórdão da DRJ Brasília:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

EXCLUSÃO. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO.

Consoante o disposto nos artigos 29 e 30, da Lei Complementar nº 123, de 2006, é cabível a exclusão de ofício das pessoas jurídicas do Simples Nacional quando constatada a prática reiterada de infração pela ocorrência de omissão de rendimentos praticada em meses sucessivos.

NULIDADE. PRESSUPOSTOS.

Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

PEDIDO POR JUNTADA DE DOCUMENTOS. APRESENTAÇÃO JUNTO COM A DEFESA. INDEFERIMENTO.

Perece o direito da contribuinte que não junta a sua peça de defesa as provas documentais que desejar.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Cientificado dessa decisão em 07/08/2013 (fls. 51), via postal, o sujeito passivo apresentou **Recurso Voluntário** em 06/09/2013 (fls. 58), com as suas razões de defesa.

Em suma, a contribuinte discute os seguintes pontos:

- a) questiona a validade do Ato Declaratório Executivo (ADE), reiterando argumentos já apresentados na Impugnação. Alega que a DRF de origem não teria juntado aos autos documentação que desse respaldo aos fatos que motivaram a exclusão da empresa do Simples Nacional; que não teria tido conhecimento das acusações, nem teria sido dada ciência da quebra do sigilo bancário, restando configurada a preterição ao direito de defesa. Cita julgados do antigo Conselho de Contribuintes.
- b) que o Acórdão da DRJ conteria “excessos, omissões e erros”, que o invalidariam por completo; que deveria ser determinada a nulidade do Acórdão por preterição do direito de defesa, por não terem sido enfrentados todos os questionamentos da Impugnação, o que teria levado, também, à inobservância do duplo grau de jurisdição consagrado pelo PAF; que o Acórdão limitou-se a discorrer sobre os dispositivos da Lei Complementar nº 123/2006, deixando de verificar a subsunção dos fatos ao quanto previsto adjetivamente;
- c) que as provas teriam sido obtidas por meios ilícitos. Discute a questão do sigilo bancário. Cita julgados do antigo Conselho de Contribuintes.
- d) que não teria sido configurada a prática reiterada de infração que justificasse a exclusão perpetrada, de modo que o ato deveria ser cancelado.

Ao finar, requer:

À vista de todo o exposto, pede que seja recebido o presente Recurso Voluntário, porque tempestivo, e no mérito, lhe seja dado provimento integral, porque assente no bom direito e em provas irrefutáveis e, consequentemente, seja reformado e/ou anulado o acórdão de fls. 41/48, declarado insubsistente e nulo o ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO Nº 38, DE 29/06/2011, bem como, do despacho decisório de 20/06/2011, por ser medida da mais lúdima justiça.

É o relatório.

Fl. 4 do Acórdão n.º 1302-004.942 - 1ª Seju/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 14033.000581/2011-78

Voto

Conselheira Andréia Lúcia Machado Mourão, Relatora.

Conhecimento.

O sujeito passivo foi cientificado em 07/08/2013 do Acórdão n.º 03-52.696 - 4ª Turma da DRJ/BSB, de 20 de junho de 2013, tendo apresentado seu Recurso Voluntário em 06/09/2013, dentro, portanto, do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, de modo que o recurso é tempestivo.

O Recurso é assinado pela representante legal da empresa, em conformidade com os documentos apresentados nos autos.

A matéria objeto do Recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme art. 2º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 9 de junho de 2015.

Isto posto, conheço do Recurso Voluntário por ser tempestivo e por preencher os requisitos de admissibilidade.

Preliminar. Nulidade do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples Nacional. Cerceamento do Direito de Defesa.

Preliminarmente, a contribuinte questiona a validade do Ato Declaratório Executivo (ADE), sob a alegação de que

- a DRF de origem não teria juntado aos autos documentação que desse respaldo aos fatos que motivaram a exclusão da empresa do Simples Nacional;
- que a exclusão seria decorrente de “ato de verdadeiro **cumpadrismo** com as fiscais representantes, sem obedecer ao princípio do devido processo legal (...)”;

Transcrevo alguns trechos:

No presente caso, consta do texto do Ato Declaratório Executivo vergastado, expedido no bojo do processo 14033.000581/2011-78, que a razão única para a exclusão do regime do SIMPLES, seria pelo “... *motivo de prática reiterada de infração à legislação tributária*”, e que tal ato de exclusão estaria ao amparo do art. 29, inciso V da Lei Complementar 123/2006.

Por seu turno, a Representação originária informa como única prova da suposta omissão de receitas, um “*quadro demonstrativo anexo denominado “valores de créditos bancários comparados com as receitas declaradas em DSPJ/DIPJ e DASN”*”.

Com efeito, a Recorrente se insurgiu via Manifestação de Inconformidade contra tamanha arbitrariedade jurídica - VALIDADE DO ATO DE EXCLUSÃO SEM QUE HAJA QUALQUER PROVA DO SUPOSTO ILÍCITO SUPOSTAMENTE COMETIDO PELA RECORRENTE, porém, a autoridade julgadora, ao seu talante, fez vista grossa a tais fatos, limitando a ratificar a única “prova” defeituosa que o fisco havia utilizado para excluir a Recorrente do Simples Nacional e Federal, o Quadro, conduta reprovável e que deve ser coibida por este e. Tribunal Administrativo.

N. Julgadores, compulsando, pois, os autos do processo 14033.000581/2011-78, constata-se, efetivamente, que ali não constam as cópias das DSPJ/DIPJ, DASN e dos extratos bancários/caixa/razão, elementos que teriam sido confrontados, na fala das i. fiscais representantes, para se chegar ao indigitado quadro demonstrativo que constituiu a "prova" da omissão. Senhores, o ato não tem motivação.

(...)

In casu, todo o procedimento de exclusão do SIMPLES, não obedeceu o devido processo legal, pois, além da falta de provas materiais da suposta omissão de receitas, o feito transcorreu sem. que a Recorrente tomasse conhecimento das acusações lançadas contra si. Não foi dado ciência sequer da quebra de sigilo bancário, restando configurado a preterição ao direito de defesa.

No âmbito do Processo Administrativo Fiscal deve ser declarada a nulidade de atos ou decisões quando estes tiverem sido lavrados ou proferidos por pessoas incompetentes ou quando tiver sido constatada preterição do direito de defesa, nos termos do art. 59, incisos I e II, do PAF (Decreto 70.235, de 1972).

No caso em análise, a Representação Fiscal, o ADE e o Acórdão da DRJ foram emitidos por pessoas competentes.

Quanto à **preterição do direito de defesa**, deve ser observado que a realização do ato administrativo deve obedecer a normas formais, que disciplinam a produção deste ato, e a normas materiais, que dispõem sobre o conteúdo do ato.

O art. 9º do Decreto 70.235, de 1972, transcrito a seguir, contem normas que regem a elaboração dos autos de infração. No *caput* deste artigo está previsto que a formalização das exigências do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada deverão estar instruídas com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito, disposição que também se aplica às hipóteses em que, constatada infração à legislação tributária, dela não resulte exigência de crédito tributário, nos termos do seu § 4º, como a que abrange o caso em análise.

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 pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

§ 4º O disposto no *caput* deste artigo aplica-se também nas hipóteses em que, constatada infração à legislação tributária, dela não resulte exigência de crédito tributário. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Assim, o Ato Declaratório de Exclusão (ADE) tem que estar instruído com toda a documentação probatória que motivou a sua emissão, medida fundamental para a compreensão do lançamento e a verificação da sua regularidade, ensejando o exercício do direito de defesa.

Sobre o momento da produção de prova no processo administrativo federal, leciona Ferragut¹:

¹ FERRAGUT, M. R. Provas e o Processo Administrativo Fiscal: Eficiência Probatória e a Atual Jurisprudência do CAREF. São Paulo: Alamedina, 2020, p.38.

Em esfera administrativa, a prova pode ser reproduzida em dois estágios diferentes: (i) na fase de fiscalização, anterior à litigiosa, e que tem por finalidade verificar se o contribuinte cumpriu suas obrigações e deveres fiscais e, em caso negativo, coletar informações suficientes e necessárias ao lançamento, e (ii) na fase litigiosa, sucessão de atos que se instauram perante a Administração, que reaprecia, provocada por impugnação do contribuinte, um lançamento já praticado. É a forma de controle de legalidade do ato que determinou os termos da obrigação tributária e visa a formar título hábil a possibilitar a execução judicial do débito.

(...)

Contrariamente ao que ocorre com o contribuinte, que pode socorrer-se de algumas exceções à regra geral do prazo de apresentação probatória, para a Administração a prescrição é uma só: a prova deve acompanhar o auto de infração ou a notificação de lançamento, pois o lançamento tributário deve ser necessariamente motivado, de forma a evidenciar os elementos tipificadores de fato que desencadeia efeitos obrigacionais. Apenas o reforço de prova, necessário para o confronto com as provas trazidas pelo sujeito passivo, é de juntada posterior admissível.

(...)

Mas e se a Administração não juntar as provas necessárias quando da lavratura do auto de infração? Nesse caso, entendemos que o ato jurídico será inválido, posto não ter observado as normas que regem a elaboração dos autos de infração (o art. 9º do Decreto nº 70.235/72), não havendo em nosso ordenamento, qualquer norma jurídica que preveja a presunção da validade do conteúdo do auto de infração.

Portanto, o lançamento deve ser necessariamente motivado, de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo sujeito passivo.

No caso em análise, consta na Representação Fiscal (fls. 4 a 7) descrição detalhada do procedimento adotado para configurar a infração imputada ao contribuinte, conforme transcrição a seguir:

Atendendo ao exigido no Termo de Início de Fiscalização, a empresa apresentou em 11/10/2010 os livros contábeis e extratos bancários das instituições financeiras, Bradesco e Caixa Econômica Federal, relativos ao período de 1º de janeiro a 30 de junho de 2007;

Feitos os levantamentos pertinentes, constatou-se que a fiscalizada prestou informações incorretas quanto aos valores das receitas auferidas e aquelas consignadas nas respectivas DSPJ, referente aos meses de janeiro a junho do ano-calendário de 2007 e DASN, referente aos meses de julho a dezembro de 2007, cujos valores estão sintetizados no quadro demonstrativo anexo denominado "valores de créditos bancários comparados com as receitas declaradas em DSPJ/DIPJ e DASN".

Posteriormente, em 16/12/2010, o contribuinte foi intimado a apresentar os livros contábeis e extratos bancários das instituições financeiras Bradesco e Caixa Econômica Federal, relativos ao período de 1º de julho a 31 de dezembro de 2007. Os livros-caixa foram apresentados com diversos valores de crédito não contabilizados e a empresa se recusou a apresentar os extratos bancários do período solicitado. Diante da negativa em apresentar os extratos bancários do segundo semestre, foram emitidas Requisições de Movimentação Financeira às instituições bancárias acima referidas, em 26 de janeiro de 2011.

Convém ressaltar que, em relação ao ano-calendário de 2007, o contribuinte apresentou Declaração Simplificada de Pessoa Jurídica - SIMPLES, abrangendo o período de janeiro a junho, e apresentou DASN - Declaração Anual do Simples Nacional, compreendendo os meses de julho a dezembro.

Diante deste fato lavrou-se, em 22/03/2011, Termo de Intimação Fiscal solicitando ao contribuinte comprovar a origem dos recursos creditados/depositados durante o ano-calendário de 2007 nas contas bancárias de sua titularidade, conforme detalhamento constante do Anexo ao referido Termo.

Em resposta à intimação, em 15/04/2011 e 18/04/2011, a fiscalizada não esclareceu informação alguma sobre a origem dos recursos creditados/depositados durante o referido ano-calendário. (grifos originais)

No entanto, não constam nos autos os elementos que teriam sido utilizados para configurar a prática reiterada de infração por omissão de receitas. De fato, em conformidade com o apontado pela recorrente em seu recurso, a única prova anexada é o quadro “*Valores de créditos bancários comparados com as receitas declaradas em DSPJ/DIPJ e DASN*”, reproduzido a seguir:

ANEXO

Valores de créditos bancários comparados com as receitas declaradas em DSPJ/DIPJ e DASN:

Período	Receita Declarada (R\$)	Créditos Cartão Crédito (R\$) em conta-corrente	Demais Créditos (R\$) em conta-corrente	Total Créditos (R\$) em conta-corrente	Valores de crédito (R\$) em conta-corrente não declarados	Receitas (R\$) Escrituradas no Livro-Caixa	Valores de crédito (R\$) em conta-corrente não escriturados
jan/07	69.540,00	818.857,03	9.627,42	828.484,45	758.944,45	828.484,45	
fev/07	60.921,44	693.110,93	8.576,00	701.686,93	640.765,49	714.188,13	
mar/07	49.226,00	738.225,75	11.210,73	749.436,48	700.210,48	749.436,73	
abr/07	47.985,05	744.344,04	9.166,33	753.510,37	705.525,32	753.510,42	
mai/07	40.454,08	755.149,04	9.277,50	764.426,54	723.972,46	764.426,54	
jun/07	30.791,63	743.169,84	12.638,22	755.808,06	725.016,43	755.807,99	
jul/07	481.388,80	831.150,22	11.587,32	842.737,54	361.348,74	481.388,80	361.348,74
ago/07	526.519,13	830.699,42	11.502,54	842.201,96	315.682,83	534.245,30	307.956,66
set/07	493.138,44	753.417,93	12.337,74	765.755,67	272.617,23	489.119,82	276.635,85
out/07	559.247,00	883.979,44	1.929,99	885.909,43	326.662,43	575.136,40	310.773,03
nov/07	617.923,73	845.796,03	2.212,00	848.008,03	230.084,30	617.923,73	230.084,30
dez/07	1.291.971,09	979.908,04	2.171,82	982.079,86		923.116,97	58.962,89
Total	4.269.106,39	9.617.807,71	102.237,61	9.720.045,32	5.760.830,16	8.186.785,28	1.533.260,04

Obs: DSPJ/DIPJ=Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica/Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica

DASN=Declaração Anual do Simples Nacional

Assim, na elaboração do quadro demonstrativo, que embasou a exclusão da empresa do Simples Nacional, foram utilizadas informações extraídas de documentos fornecidos pela própria interessada (DASN e registros contábeis), assim como informações obtidas junto às instituições bancárias. Como essas informações não foram anexadas aos autos, não há como a contribuinte cotejá-las com seus próprios registros, **o que leva à configuração da preterição do direito de defesa no caso em análise.**

Portanto, analisando melhor a questão da instrução probatória, altero minha posição, externada no Acórdão da DRJ como parte daquele Colegiado, e entendo que deve ser declarada a nulidade do Ato Declaratório nº 38, de 29 de junho de 2011, por preterição do direito de defesa, nos termos do art. 59, II do CTN.

Tendo em vista ter sido acatada a preliminar de nulidade, deixo de analisar as outras preliminares, bem como as razões de mérito apresentadas.

Conclusão

Diante do exposto, VOTO por **acatar** a preliminar de nulidade e, em consequência, **dar provimento** ao Recurso Voluntário.

Assinado Digitalmente

ANDRÉIA LÚCIA MACHADO MOURÃO