



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15540.720078/2019-22
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-003.074 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 12 de julho de 2022
Recorrente DUNAS ALUMÍNIO EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA.

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

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DO LIVRO-CAIXA.

Deve ser excluída de ofício da sistemática do Simples Nacional, a pessoa jurídica optante que não tenha escriturado livro-caixa ou não permita a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária.

EFEITOS DA EXCLUSÃO.

A exclusão produz efeitos a partir do próprio mês da ocorrência do fato impeditivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva– Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Márcio Avito Ribeiro Faria, Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça e Carmen Ferreira Saraiva.

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 Termo de Exclusão DRF/Niterói/RJ nº 594, de 03.10.2019,

com efeitos a partir de 01.01.2011, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados, e-fls. 30-31:

Fundamentação de Autoria

O/A Auditor-Fiscal, com fundamento no § 5o do art. 29 e art. 33 da Lei Complementar n.º 123, de 14/12/2006, e no art. 83 da Resolução CGSN n.º 140, de 22/05/2018, resolve excluir do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) o sujeito passivo a seguir identificado:

Identificação do Sujeito Passivo

Nome Empresarial: DUNAS ALUMÍNIO EIRELI CNPJ: 12.604.188/0001-66

Descrição dos Fatos e Fundamentação Legal

Motivo da Exclusão do Simples Nacional: Escrituração livro-caixa não permite a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária. Detalhamento do Motivo da Exclusão:

Não foi lançada integralmente na escrituração do livro-caixa a movimentação financeira da empresa, inclusive bancária. Fatos apontados no Processo Administrativo 15540.720078/2019-22

Data do Fato Motivador: 01/01/2015

Data Efeito da Exclusão do Simples Nacional: 01/01/2015.

Fundamentação Legal da Exclusão:

Lei Complementar n.º 123, de 14/12/2006: Artigo 29, VIII c/c § 1o do referido artigo. Resolução CGSN n.º 140, de 22/05/2018: Artigo 84, inciso IV, alínea g, número 2

Ordem de Intimação

Fica o sujeito passivo intimado de sua exclusão do Simples Nacional, nos termos acima citados, podendo apresentar impugnação, conforme a seguir:

Prazo para Apresentar a Impugnação: 30 (trinta dias) dias contados da data da ciência deste Termo de Exclusão. [...]

Fundamentação Legal do Prazo para Impugnar: Lei Complementar 123/06 - Artigo 39

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado no Acórdão da 2ª Turma DRJ/05 n.º 105-000.121, de 31.07.2020, e-fls. 83-90:

NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA.

Descabe a arguição de nulidade por cerceamento de defesa, quando o procedimento fiscal foi realizado em total consonância com a legislação vigente e o contribuinte teve acesso aos documentos indispensáveis a sua defesa.

MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. ACESSO A DOCUMENTOS. DEVOLUÇÃO DE PRAZO PARA ADITAMENTO DA DEFESA.

Corroborado o acesso do contribuinte aos documentos indispensáveis ao exercício do seu direito de defesa, incabível a devolução do prazo para aditamento da defesa. [...]

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. LIVRO-CAIXA. NÃO IDENTIFICAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA.

A falta de escrituração do livro-caixa ou quando aquela não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, configura hipótese de exclusão de ofício da pessoa jurídica do regime do Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Recurso Voluntário

Notificada em 05.03.2021, e-fl. 92, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 31.03.2021, e-fls. 94-101, esclarecendo que a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que:

DO RECURSO

Eméritos Julgadores:

Ab Initio, esclarece que traz na íntegra a defesa a peça impositiva, posto que a Instância a quo não atentou para o contido no artigo 31 e 32 do decreto 70.235/72, porquanto não respondeu expressamente as razões de defesa suscitada pela recorrente contra todas as exigências, sem a análise dos fatos e fundamentos constante da impugnação ofertada pela Recorrente, pelo que requer a reapreciação de toda a matéria de defesa na condição de recurso voluntário, por essa Instância superior:

NULIDADE DA EXCLUSÃO RETENÇÃO DOS DOCUMENTOS IMPRESCINDÍVEIS AO CONSTITUCIONAL DIREITO DE DEFESA DA IMPUGNANTE.

Insta ressaltar que, conforme comprova cópia dos termos de retenções de documentos anexas, indispensáveis ao direito de defesa da Recorrente, pelo que requer a nulidade do ato de exclusão do simples nacional objeto da presente, posto que todos os documentos necessários a defesa da Recorrente se encontram retidos juntamente com a fiscalização, ferindo frontalmente o que determina o artigo 5º inciso LV da Lex Fundamental, [...].

Assim, Eméritos Julgadores, observado com olhos de lince, a dicção do artigo citado, não são necessárias grandes elucubrações mentais para se concluir que o procedimento se encontra totalmente maculado, o que por si só autoriza a sua nulidade, face restar caracterizado o cerceio de defesa, posto que sem a documentação que se encontra retida na Ilustrada Fiscalização, fica a Recorrente impossibilitada de exercer o seu direito de defesa.

DA AUSÊNCIA DE PROVA A SUSTENTAR A EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

Apenas pelo sabor de argumentação, e para não ver o seu direito perecer, e clamando pelo principio da eventualidade, há de se concluir pela improcedência total da exclusão do referido regime pela total ausência de provas necessárias e capazes de sustentar a referida exclusão.

Como antes foi dito e agora se repete, não há qualquer prova capaz de sustentar o ato de exclusão, confira-se:

A hipótese do inciso VIII, não se aplica a Recorrente, uma vez que todos os livros caixas devidamente escriturados, com sua movimentação financeira e bancária foram apresentados a Ilustrada Fiscalização, conforme comprova o termo de retenção de documentos já anexo aos autos.

Por outro norte, há de ser registrado o princípio constitucional previsto no artigo 5º inciso [II] da Lex Fundamentalís [...].

Desta forma, apenas por amor ao debate, registre-se que embora a Recorrente tenha cumprido todos as determinações constantes da resolução CGSN 15/2007, e ainda todos os comandos da lei 123/2006, deve-se ressaltar que uma resolução não possui o condão de substituir ordenamento jurídico do citado artigo 5º inciso II da Carta Magna.

Tudo joeirado, resta cristalinamente demonstrado, que não há consideração de natureza alguma, juridicamente aceitável que legitime a exclusão da Recorrente, alicerçada nos argumentos de fato e de direito aduzidos, demonstrados, e não totalmente demonstrados, face o cerceio a defesa aduzido na presente peça, face retenção dos documentos com a Ilustrada Fiscalização, que ainda não os devolveu.

No que concerne ao pedido conclui que:

III — A CONCLUSÃO

ISTO POSTO

Apresenta recurso voluntário, a esse Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, esperando sua apreciação criteriosa, com exame dos argumentos e documentos apresentados para o fim de ser acolhida a preliminar, dando-se pela nulidade do ato por todas as razões apresentadas, ou ultrapassada esta, seja o mesmo julgado improcedente, aplicando-se desta forma o mais pulcro ideal de Justiça.

Por derradeiro, na remotíssima hipótese de ver ultrapassados os requerimentos acima, requer após a devolução dos documentos que se encontram em poder da Ilustrada Fiscalização, seja também devolvido o prazo para aditamento da presente defesa.

Por fim, requer seja mantido o efeito suspensivo ao ato de exclusão consubstanciado no artigo 39 parágrafo 6º da Lei complementar 123/2006 c/c artigo 151 inciso III do Código Tributário Nacional, até seu final julgamento em todas as instâncias administrativas e judiciais cabíveis.

Reitera ainda que as futuras intimações sejam direcionadas exclusivamente ao Patrono da Recorrente, em seu endereço atualizado constante da página da OAB-RJ na internet (cna.oab.org.br), que hoje se encontra na Rodovia Governador Mario Covas, s/n km 293 – parte – São Joaquim – Itaboraí, RJ, CEP 24.809.234 – Edifício Perícia-Eraldo@grupopericia.com.br, tels (21) 2605.2091 e (21) 9.9997.4679.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

Tempestividade

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento.

Notificação

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

A previsão legal é de que o sujeito passivo seja intimado validamente no domicílio tributário por ele eleito (incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 127 do Código Tributário Nacional e art. 23 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972). Nesse sentido, a Súmula CARF nº 110, que é de aplicação obrigatória, determina que "no processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo", (art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF). A afirmação suscitada na peça recursal, destarte, não é pertinente.

Devolução de Prazo para Aditamento da Defesa.

A Recorrente diz que o prazo para aditamento da defesa.

O Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, determina:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento. [...]

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. [...]

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, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

V - se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição.(Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.(Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 2º É defeso ao impugnante, ou a seu representante legal, empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao julgador, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las.(Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 3º Quando o impugnante alegar direito municipal, estadual ou estrangeiro, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o julgador.(Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 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)(Produção de efeito)

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

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

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

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior.(Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)(Produção de efeito)

§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância.(Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)(Produção de efeito)

Art. 17.Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.(Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)(Produção de efeito)

A peça de defesa delimita a matéria litigiosa devendo conter expressamente todas as matérias de divergência acompanhada do acervo fático-probatório, sob pena de preclusão, em razão de sua natureza de via estreita, salvo as exceções legais. Em regra, não há previsão legal de devolução do prazo para aditamento do recurso voluntário. A contestação aduzida na peça recursal, por isso, não pode ser sancionada.

Diligência

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

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

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

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

Cabe a aplicação do enunciado estabelecido nos termos do art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015:

Súmula CARF nº 163

O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

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

Nulidade do Termo de Exclusão Executivo e da Decisão de Primeira Instância

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos por violação de preceitos constitucionais.

O Termo de Exclusão foi lavrado por servidor competente que verificando a ocorrência da causa legal emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal. A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente, inclusive com base no princípio da persuasão racional previsto no art. 29 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972. A Recorrente foi regularmente cientificada. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos. Ademais os atos administrativos estão motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos decidam recursos administrativos.

O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício, que foi regularmente analisado pela autoridade de primeira instância (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 6º da Lei n.º 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972).

As autoridades fiscais agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 116 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal).

Ainda sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão em Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n.º 791292/PE, que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, de acordo com o art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de julho de 2015:

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

Neste sentido, devem ser enfrentados “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489 do Código de Processo Civil). Por conseguinte, o julgador não está obrigado a responder a todas as questões

suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. Assim, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a mesma matéria, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado.

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. A proposição afirmada pela Recorrente, desse modo, não pode ser ratificada.

Exclusão do Simples Nacional – Falta de Escrituração do Livro-Caixa

A Recorrente discorda do procedimento fiscal.

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

A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, que é gerido pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

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

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos que conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade. Para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente (art. 2º da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

A exclusão é feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes. Verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória no caso de incorrer em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o procedimento é efetivado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente. A pessoa jurídica excluída do Simples Nacional sujeita-se, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas (art. 3º, art. 31 e art. 32 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006).

A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, prevê:

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

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

Está registrado na Representação Fiscal, e-fls. 02-03:

Sr. Delegado da Receita Federal do Brasil em Niterói-RJ,

No curso do procedimento fiscal instaurado junto à empresa acima identificada, por meio do Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal número 07.1.02.00-2018-00071-3 constataram-se os seguintes fatos:

1 — Em 23/05/2018 foi entregue no domicílio do contribuinte o Termo de Início de Procedimento Fiscal;

2 — Ao longo da auditoria foram feitas diversas intimações, em que foram solicitados, dentre outros documentos, os extratos bancários da empresa referentes ao ano de 2015;

3 — Ainda que não tenham sido apresentados todos os extratos, razão pela qual foram feitas Requisições de Movimentação Financeira (07.1.02.00-2019-00021-0 e 07.1.02.00-2019-00022-9), foi constatado, pelas respostas às intimações referentes aos extratos apresentados, que a escrituração da empresa (livro caixa) não contemplou o total das receitas, como relatado a seguir:

- Conforme registrado na folha 36 do livro caixa apresentado, bem como declarado à Secretaria da Receita Federal do Brasil — RFB por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - PGDASN, a receita bruta no ano de 2015 foi de R\$ 635.500,80.

- Em resposta à intimação referente à movimentação financeira da empresa junto à Caixa Econômica Federal emitida em 21/05/2019, o contribuinte reconhece como receita o total de R\$ 4.226.800,29 constante naquela intimação.

- Em resposta à intimação referente à movimentação financeira da empresa junto ao Banco Itaú S.A. emitida em 22/05/2019, o contribuinte reconhece como receita o total de R\$ 206.046,92 constante naquela intimação.

— Em resposta à intimação referente à movimentação financeira da empresa junto ao Banco Santander emitida em 27/05/2019, o contribuinte reconhece como receita parte do total de R\$ 2.969.054,13, sem especificar o valor ou trazer documentos que comprovassem a parcela que não constituiria receita.

— Em resposta à intimação referente à movimentação financeira da empresa na conta 4867-4 junto ao Banco Bradesco emitida em 28/05/2019, o contribuinte reconhece como receita todos valores creditados, com exceção dos que seriam antecipações de cartão de crédito. Excluídos estes valores, foram reconhecidos nessa conta o total de R\$ 526.668,04. Registre-se que nessa intimação somente constaram lançamentos a partir de 04/05/2015, posto que os extratos dos períodos anteriores não foram apresentados.

— Em resposta à intimação referente à movimentação financeira da empresa junto ao Banco Santander emitida em 31/05/2019, o contribuinte reconhece como receita somente parte do total de R\$ 1.051.118,31, do qual seriam excluídos os valores lançados com o histórico "cheques custódia", sem trazer documentos que comprovassem que os valores não constituíram receita da empresa.

- Observe-se ainda que há mais contas a examinar, cuja não apresentação do extrato bancário, ou sua apresentação deficiente, levou às Requisições de Movimentação Financeira.

Considerados os fatos descritos anteriormente, restou inequívoco que o livro caixa apresentado não reflete as atividades da empresa, em especial sua movimentação financeira.

Por outro lado, após decorrido mais de um ano de reiteradas intimações, verifica-se que:

Não foram apresentados quaisquer extratos do Banco HSBC (hoje incorporado ao Banco Bradesco S. A.);

As três contas junto ao Banco Bradesco possuem lacunas em períodos corridos (01/01/2015 a 04/05/2015 para as duas primeiras contas apresentadas e 01/04/2015 a 31/12/2015 para a conta 3060-0), e falhas nos períodos apresentados.

Observe-se que o artigo 29, inciso VIII e parágrafo primeiro da lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006 define:

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

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

§ 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.

Dessa forma, com base no referida norma legal, propomos a exclusão da representada da sistemática do SIMPLES NACIONAL, com fundamento no artigo 29, caput e inciso VIII, da Lei Complementar 123, de 14/12/2006, a partir de 01/01/2015.

Tem-se no Despacho Decisório nº 594/Seort/DRF Niterói, de 03.10.2019. e-fls.

28-30:

Relatório

Trata-se de representação fiscal para exclusão do Simples Nacional a partir de 01/01/2015, uma vez que a empresa não efetuou a correta escrituração do livro caixa, em especial a movimentação da empresa, fls. 02/03.

Fundamentos

2. Constatou-se através do cotejamento entra a escrituração do livro caixa e os extratos bancários da empresa que não foi lançada integralmente a movimentação financeira da empresa em sua escrituração contábil, havendo omissão de valores, inclusive de receitas da empresa.

3. A exclusão de ofício do Simples Nacional pela falta de escrituração do livro caixa que permita a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária está prevista no artigo 29, inciso VIII da Lei 123/06.

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

(...)

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

(...)

4. O parágrafo primeiro do artigo 29 da Lei Complementar 123/06 estabelece que os efeitos da exclusão dos Contribuintes em que ocorrer em ofensa ao inciso VIII do referido artigo, ocorrerá a partir do próprio mês em que incorridas e que impedirá a opção por três anos-calendários, conforme transcrito a seguir:

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

(...)

§ 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 (...)

5. No caso vertente, em obediência ao comando legal, o contribuinte deve excluído do Simples Nacional a partir de 01/01/2015.

Conclusão

Diante do exposto e considerando os fatos apreciados no presente Termo de Exclusão do Simples Nacional, entende-se pela procedência da Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional a partir 01/01/2015.

Ressalte-se que todos os documentos constantes nos autos foram regularmente examinados com minudência, conforme a legislação de regência da matéria. Diferente do entendimento da Recorrente, os supostos fatos indicados na peça recursal não podem ser corroborados, nos termos do art. 145 e art. 147 do Código Tributário Nacional, bem como art. 15, art. 16 e art. 29 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, que estabelecem critérios de adoção do princípio da verdade material. O procedimento fiscal decorre de expressa previsão legal que é de observância obrigatória pela autoridade tributária, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional).

Por conseguinte, o Termo de Exclusão DRF/Niterói/RJ n.º 594, de 03.10.2019, com efeitos a partir de 01.01.2011, e-fls. 30-31, deve ser considerado correto, já que o ato está perfeito e contém todos os elementos que lhe conferem existência, validade e eficácia. A exclusão do Simples Nacional dá-se de ofício mediante ato administrativo quando a pessoa jurídica optante não escriturar o livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, circunstância esta evidenciada pelo acervo fático-probatório produzido no presente processo, e-fls. 02-21. A contestação aduzida pela Recorrente, por isso, não pode ser sancionada.

Efeito da Exclusão do Simples Nacional

A Recorrente discorda do efeito do procedimento fiscal.

A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, prevê:

Art. 29 [...]

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

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

A exclusão do Simples Nacional produz efeito próprio mês que incorrido o fato impeditivo, quando a Recorrente fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, nos termos expressamente contidos na legislação tributária. Esta consequência decorre de expressa previsão legal que é de observância obrigatória pela autoridade, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional).

Para fins argumentativos, cabe trazer a inteligência do Recurso Especial Repetitivo STJ n.º 1124507/MG, que em relação ao Simples Federal assim se pronuncia:

O ato de exclusão de ofício, nas circunstâncias previstas pela lei como impeditivas de ingresso no sistema SIMPLES, em verdade, substitui obrigação do próprio contribuinte de comunicar ao fisco a superveniência de umas das situações excludentes.

De forma que, não o fazendo a pessoa jurídica contribuinte, é dado ao fisco o direito de proceder à exclusão por iniciativa própria, no momento em que detectar a ocorrência da situação excludente.

Por isso mesmo, por se tratar de situação excludente que já era de conhecimento do contribuinte, é que a lei tratou o ato de exclusão como meramente declaratório, permitindo a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão.

De fato, no momento em que opta pela adesão ao sistema de recolhimento de tributos diferenciado, pressupõe-se que o contribuinte tenha conhecimento das situações que impedem sua adesão ou permanência nesse regime.

Assim, admitir-se que o ato de exclusão em razão da ocorrência de uma situação que poderia ter sido comunicada ao fisco pelo próprio contribuinte apenas produza efeitos após a notificação da pessoa jurídica seria permitir que ela se beneficie da própria torpeza, mormente porque em nosso ordenamento jurídico não se admite descumprir o comando legal com base em alegação de seu desconhecimento.

É nesse sentido, admitindo a possibilidade de conferir efeitos retroativos ao ato de exclusão do regime tributário SIMPLES, caso a Administração constate que a empresa optante não preenche os requisitos legais para a permanência no sistema, a reiterada jurisprudência desta Corte, conforme se depreende dos precedentes [...].

Logo, o Termo de Exclusão DRF/Niterói/RJ n.º 594, de 03.10.2019, com efeitos a partir de 01.01.2011, e-fls. 30-31, deve ser mantido, em virtude de lei.

Declaração de Concordância

Consta no Acórdão da 2ª Turma DRJ/05 n.º 105-000.121, de 31.07.2020, e-fls. 83-90, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015):

DO EFEITO SUSPENSIVO DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

A recorrente requer que seja atribuído efeito suspensivo ao ato de exclusão do Simples Nacional, até seu final julgamento em todas as instâncias administrativas e judiciais cabíveis.

Sobre o tema, os §§ 5º e 6º do art. 39 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, assim estabelecem: [...]

Por seu turno, com o fito de elucidar a questão, a Coordenação-Geral de Tributação (Cosit), órgão integrante da estrutura da RFB, editou em 01/08/2014 a Solução de Consulta Interna Cosit n.º18, de 30 de julho de 2014, cuja ementa abaixo se transcreve:

Ementa: Com base no art. 39 da Lei Complementar (LC) n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, a manifestação de inconformidade interposta em âmbito federal contra a exclusão do Simples Nacional se enquadra no conceito de recurso administrativo admissível pelas leis reguladoras do processo tributário administrativo a que se refere o inciso III do art. 151 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional (CTN).

Nos termos do § 3º do art. 75 da Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional (RCGSN) n.º 94, de 29 de novembro de 2011, a impugnação do ato de exclusão do Simples Nacional tem efeito suspensivo, razão pela qual o lançamento de ofício que teve tal ato de exclusão como premissa necessária terá caráter preventivo, e, portanto, estará com a exigibilidade suspensa.” (Grifou-se.)

Do exposto, conclui-se que se encontra suspensa a exclusão da empresa do Simples Nacional, em virtude da manifestação de inconformidade interposta.

DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA

O contribuinte pugna pela nulidade do ato de exclusão do simples nacional combatido, sob a alegação de que o seu direito de defesa encontra-se maculado, em razão dos documentos necessários a sua defesa encontrarem-se retidos com a fiscalização. Informa ter juntado cópias de termos de retenções de documentos, objetivando comprovar o alegado.

Muito embora a recorrente alegue que os documentos necessários a sua defesa encontram-se retidos pela fiscalização, nos documentos anexos à impugnação não se encontram os citados termos de retenção. Tratam-se de intimações da fiscalização, referentes à movimentação financeira do fiscalizado, com as respectivas respostas fornecidas por ele.

A exclusão do Simples Nacional teve como fundamento o fato do Livro Caixa não permitir a identificação da movimentação financeira do contribuinte. Para ilidir tal constatação, o contribuinte deveria comprovar que no citado livro encontra-se escriturada a totalidade ou a maior parte da sua movimentação financeira. Ressalte-se que não constam dos autos comprovante de que o Livro Caixa estaria de posse da fiscalização. Portanto o recorrente tinha acesso ao Livro Caixa e a seus extratos bancários, esses passíveis de solicitação junto às instituições financeiras.

Considerando que na representação para exclusão do Simples Nacional e no Despacho Decisório n.º 594/Seort/DRF-Niterói constam, de forma clara, os motivos da exclusão do contribuinte desse regime de tributação e que o recorrente tinha acesso aos documentos imprescindíveis a sua defesa não há que se falar em cerceamento de defesa.

Pelos mesmos motivos acima expostos, deve ser também rejeitado o pedido de devolução de prazo para aditamento da defesa.

DO MÉRITO

No mérito, a recorrente alega ausência de provas capazes de sustentar a exclusão do Simples Nacional. Aduz que a hipótese do inciso VIII do art. 39 da Lei Complementar n.º 123/06 não se aplica à Impugnante, uma vez que todos os livros caixas devidamente escriturados, com sua movimentação financeira e bancária foram apresentados à Fiscalização.

No entanto, carecem de fundamento as alegações do contribuinte, pois no Livro Caixa constam escrituradas receitas no ano de 2015 no aporte de R\$ 526.668,04, sendo que o próprio contribuinte reconheceu outras receitas durante o procedimento de fiscalização, vindas à tona quando da análise da movimentação financeira – parte fornecida pelo contribuinte e parte obtida mediante Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) -, nos termos explicitados no relatório acima. Em suma, as receitas reconhecidas pelo contribuinte foram as seguintes:

- total de R\$ 4.226.800,29, referente à movimentação financeira da empresa junto à Caixa Econômica Federal;
- total de R\$ 206.046,92, referente à movimentação financeira da empresa junto ao Banco Itaú S.A. ;
- parte do total de R\$ 2.969.054,13, referente à movimentação financeira da empresa junto ao Banco Santander;
- todos valores creditados, com exceção dos que seriam antecipações de cartão de crédito, referente à movimentação financeira da empresa na conta 4867-4 junto ao Banco Bradesco. Excluídos estes valores, foram reconhecidos nessa conta o total de R\$ 526.668,04.
- parte do total de R\$ 1.051.118,31, do qual seriam excluídos os valores lançados com o histórico "cheques custódia".

A escrituração do Livro Caixa, contendo a escrituração da movimentação financeira e bancária constitui obrigação acessória imposta à pessoa jurídica optante pelo Simples Nacional, conforme previsto no § 2º do art. 26 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e o seu descumprimento representa hipótese de exclusão de ofício da empresa dessa sistemática de tributação, estabelecida no inciso VIII do art. 29 da referida LC. A seguir, a transcrição dos mencionados dispositivos legais [...].

Considerando que no livro caixa encontrava-se reconhecida menos de 10% da receita do contribuinte do ano de 2015, confirmando que nele não constava escriturada a maior parte de sua movimentação financeira, restou caracterizada a hipótese de exclusão do Simples Nacional prevista no inciso VIII do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06, acima transcrito. Importa ressaltar que mesmo após intimado o contribuinte somente apresentou parte de sua movimentação bancária, sendo necessária a requisição das demais informações junto às instituições bancárias, nas quais o fiscalizado possuía conta corrente.

Estando fartamente comprovada a subsunção dos fatos à hipótese de exclusão do Simples Nacional em comento, devem ser rejeitadas as alegações da recorrente.

Do exposto, voto por rejeitar a alegação de nulidade e o pedido de devolução de prazo para aditamento da defesa, e, no mérito, julgar improcedente a manifestação de inconformidade, para manter a exclusão do contribuinte do Simples Nacional, nos termos do Despacho Decisório nº 594/2019 e do Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 594/2019, de 03/10/2019, emitidos pelo Seort/DRFNiterói.

Assim sendo, o Acórdão da 2ª Turma DRJ/05 nº 105-000.121, de 31.07.2020, e-fls. 83-90, está perfeitamente motivado de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária.

Responsabilidade por Infrações

Tem-se que “a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”

(art. 136 do Código Tributário Nacional). Ressalte-se que a “atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional” (art. 142 do Código Tributário Nacional). Ademais, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (art. 3º do Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942).

Princípio da Legalidade

Tem-se que nos estritos termos legais este procedimento está de acordo com o princípio da legalidade ao qual o agente público está vinculado em razão da obrigatoriedade da aplicação da lei de ofício. Trata-se de poder-dever funcional irrenunciável vinculado à norma jurídica, cuja atuação está direcionada ao cumprimento das determinações constantes no ordenamento jurídico. Como corolário encontra-se o princípio da indisponibilidade que decorre da supremacia do interesse público no que tange aos direitos fundamentais (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de julho de 2015).

Dispositivo

Em assim sucedendo, voto em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva