



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15540.720092/2016-83
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-005.377 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de fevereiro de 2021
Recorrente FERNAN COMERCIO E INDUSTRIA LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2012

IRREGULARIDADE NO PROCEDIMENTO FISCAL NÃO CONFIGURADA. NULIDADE AFASTADA

Não havendo qualquer irregularidade no procedimento fiscal não há que se falar em nulidade do auto de infração.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Paula Santos de Abreu – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Marco Rogério Borges, Leonardo Luís Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Júnia Roberta Gouveia Sampaio, Iagaro Jung Martins, Paula Santos de Abreu, Luciano Bernart e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

1. Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão exarada nos autos que manteve a exclusão da contribuinte do regime do Simples Nacional a partir de 01/09/2012, por ter ultrapassado o limite de receita bruta previsto no inciso II do “caput” do art.3º da LC n.º 123/2006, nos termos do Ato Declaratório Executivo DRF/NIT n.º 32, de 16/06/2016.

2. Para melhor entender a contenda, reproduzo, na íntegra, o relatório da decisão *a quo*, complementando-a a seguir:

Trata-se o presente processo de exclusão da empresa do Regime Tributário Diferenciado, Simplificado e Favorecido aplicável às Microempresas e às Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES NACIONAL), em virtude de a sociedade ter cometido as infrações previstas no inciso I, do artigo 29, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, tendo em vista que no ano-calendário de 2012 a empresa excedeu o limite de receita bruta anual previsto no artigo 3o, inciso II, da Lei Complementar n.º 123/2006.

Assim a Autoridade fiscal lavrou a competente Representação para exclusão de ofício do Simples Nacional, informando que:

Esta fiscalização extraiu todas as Notas Fiscais de Vendas de Mercadorias e Serviços utilizando o sistema SPED Notas Fiscais Eletrônicas, e confrontou com as; Notas Fiscais apresentadas pela empresa e os valores contabilizados como receita bruta.

Após a conferência, verificamos que a empresa havia fornecido todas as Notas Fiscais que constavam do SPED NF-e. Comparando os valores das Notas Fiscais de Vendas de Mercadorias e Serviços com os valores contabilizados no Livro Razão n.º 10, apuramos diversas divergências e chegamos à conclusão que a empresa omitiu receita bruta no ano-calendário 2012.

Abaixo, demonstramos através de planilhas, todo o processo de apuração das divergências:

a) Foi constatado que a empresa contabilizou na rubrica 3-1-01-01-01 VENDAS DE MERCADORIAS o total de R\$ 2.952.709,09 e na rubrica 3-1-01-01-02 RECEITA DE SERVIÇOS o total de R\$ 100.470,32. Foi extraído do SPED NF-e o total de R\$ 7.052.583,12 de Notas Fiscais de Vendas de Mercadorias, e o total de R\$ 100.470,32 de Notas Fiscais de Serviços, todas emitidas no ano de 2012. Tendo em vista que os valores contabilizados de Notas Fiscais de Serviços estão corretos, vamos demonstrar abaixo somente as divergências apuradas nas Notas Fiscais de Vendas de Mercadorias. Os valores estão discriminados abaixo, totalizados por mês:

(...)

b) Abaixo demonstramos o total da Receita Bruta apurada (somatório das Notas Fiscais de Vendas de Mercadorias e Notas Fiscais de Serviços). Podemos constatar que a empresa ultrapassou o limite da receita bruta para as EPP permanecerem no SIMPLES NACIONAL (R\$ 3.600.000,00). Os valores estão discriminados abaixo, totalizados por mês:

PERÍODO DE APURAÇÃO	Notas Fiscais de Vendas de Mercadorias	Notas Fiscais de Serviços	Total da Receita Bruta
JANEIRO/2012	376.679,26	1.825,58	378.504,84
FEVEREIRO/2012	321.375,16	7.790,35	329.165,51
MARÇO/2012	780.261,27	5.958,22	786.219,49
ABRIL/2012	263.274,63	5.708,29	268.982,92
MAIO/2012	223.963,00	6.909,75	230.872,75
JUNHO/2012	256.122,91	9.799,81	265.922,72
JULHO/2012	2.023.018,35	7.550,90	2.030.569,25
AGOSTO/2012	1.296.940,37	3.390,90	1.300.331,27
SETEMBRO/2012	562.816,00	3.386,69	566.202,69
OUTUBRO/2012	152.263,78	4.045,00	156.308,78
NOVEMBRO/2012	260.269,27	35.041,17	295.310,44
DEZEMBRO/2012	535.599,12	9.063,66	544.662,78
Total Global	7.052.583,12	100.470,32	7.153.053,44

c) A empresa excedeu o limite da receita bruta no mês de julho/2012 (R\$ 4.290.237,48) e ultrapassou em mais de 20% (R\$ 4.320.000,00) do limite de receita bruta no mês de agosto/2012 (R\$ 5.590.568,75), surtindo os efeitos da exclusão a partir de 01 de setembro de 2012, conforme discriminado abaixo, totalizado por mês:

PERÍODO DE APURAÇÃO	RECEITA BRUTA	RECEITA BRUTA ACUMULADA	LIMITE DE RECEITA BRUTA
JANEIRO/2012	378.504,84	378.504,84	-
FEVEREIRO/2012	329.165,51	707.670,35	-
MARÇO/2012	786.219,49	1.493.889,84	-
ABRIL/2012	268.982,92	1.762.872,76	-
MAIO/2012	230.872,75	1.993.745,51	-
JUNHO/2012	265.922,72	2.259.668,23	-
JULHO/2012	2.030.569,25	4.290.237,48	Excedeu o limite de EPP
AGOSTO/2012	1.300.331,27	5.590.568,75	Ultrapassou em mais de 20%

Em 25/04/2016 foi lavrado pela fiscalização o Termo de Constatação e Intimação Fiscal, anexo, no qual o contribuinte foi intimado a comprovar, mediante a apresentação de documentação hábil e idônea, a divergência entre os valores apurados de Notas Fiscais de Vendas de Mercadorias e os valores contabilizados com receita bruta, Apesar de ter declarado que realmente não havia contabilizado todas as Notas Fiscais, deixou de apresentar os esclarecimentos por escrito.

Em face ao exposto, encontra-se comprovado que a empresa não comunicou à Receita Federal do Brasil que havia excedido o limite da receita bruta anual, ficando concretizada situação que impõe a exclusão do Simples Nacional por parte da autoridade fiscal.

Foi expedido então o Ato Declaratório Executivo DRF/NIT n.º 32, de 16 de junho de 2016, excluindo a empresa FERNAN COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA - EPP, inscrito no CNPJ n.º 01.088.631/0001-77, do Simples Nacional, em virtude de a sociedade ter cometido as infrações previstas no inciso I do artigo 29 da Lei Complementar n.º 123, de 14/12/2006 e alterações posteriores, tendo em vista que no ano-calendário de 2012 a empresa excedeu o limite de receita bruta anual previsto no artigo 3o, inciso II, da Lei Complementar n.º 123/2006, sendo que tal exclusão surtirá os efeitos a partir de 1o de setembro de 2012, conforme disposto no artigo 31, inciso V, alínea "a", da citada Lei Complementar.

Foi dada ciência ao contribuinte do referido ADE em 13/07/2016, conforme fls. 57/58, tendo o mesmo apresentado Manifestação de Inconformidade (denominado de "Impugnação") em 12/08/2016, portanto, tempestivamente, alegando em síntese que:

- Alega a tempestividade de sua manifestação;
- Aduz o seu inconformismo com o procedimento adotado pela Delegacia da Receita Federal de Niterói, haja vista que, após diversas tentativas, não conseguiu ter acesso ao processo n.º 15540.720092/2016-83, que originou o Ato declaratório em questão. Esteve por diversas vezes na citada Delegacia e mesmo depois de ter solicitado a cópia do processo em questão e ter relatado que dependia de vistas do processo para proceder a impugnação a que tem direito, e ainda informando que o prazo de 30 dias para o procedimento já estava findo, não obteve êxito em obter a cópia.
- Primeiro obteve como resposta, que deveria proceder a agendamento para o atendimento, voltando em seguida lhe foi exigido um Pen drive, e que o mesmo deveria retornar a Delegacia no dia 15/06/2016, alegando a juntada do referido protocolo.
- Cita o art. 59 do Decreto 70.235/72, aduzindo que teve seu direito de defesa cerceado, uma vez que ficou impedido de conhecer o inteiro teor do ilícito que lhe foi imputado, e que acarretaram a sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, com a publicação do Ato Declaratório, não podendo ser considerado o procedimento adotado pela autoridade fiscal como correto, implicando em nulidade do ato praticado.
- Restam suspensos os efeitos do Ato Declaratório com a manifestação de sua inconformidade, instaurando-se, a partir de então, a fase litigiosa do procedimento, nos termos do art. 151, inciso III da Lei n.º 5.172/66 (CTN).
- O Ato Declaratório em epígrafe sendo expedido sem dar o devido direito a ampla defesa, torna-se ilegal e arbitrário, posto que somente se poderia justificar a sua lavratura após o trânsito em julgado da lide e na remota hipótese de não serem acatados os argumentos apresentados pelo impugnante com apoio em documentação comprobatória.
- Cita o art. 4º da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional n.º 15, de 23 de julho de 2007, que trata da Exclusão de Ofício do SIMPLES.
- Somente se poderia admitir a sua exclusão do SIMPLES depois de ultrapassadas todas as possibilidades de impugnação e de recurso a que o contribuinte tem direito por imposição legal e até que seja prolatada a decisão definitiva, e caso esta lhe seja totalmente desfavorável. Enfim, a medida extrema de exclusão do SIMPLES somente pode se tornar efetiva e, por

consequente, produzir seus efeitos após o trânsito em julgado do processo e na hipótese de a decisão definitiva considerar o ato da autoridade tributária procedente na sua plenitude e, portanto, totalmente desfavorável ao Impugnante, apesar de todas as provas em contrário apresentados.

- A exclusão da sistemática do SIMPLES se dá de forma definitiva, a partir do mês de setembro do ano-calendário de 2012, sendo que o Ato Declaratório dá a entender que tal exclusão é permanente, estendendo-se a todos os anos-calendário subsequentes, o que se trata de uma aberração sem precedentes.

- Em face de todo o exposto, requer a nulidade do Ato Declaratório Executivo n.º 32, de 16 de junho de 2010, pois foi cerceado o direito de defesa, protestando, desde logo, por todos os meios de prova admitidos.

É o relatório.

3. Em sua análise, a 9ª Turma da DRJ/RPO entendeu improcedentes os argumentos apresentadas, tendo proferido a seguinte decisão que foi assim ementada:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

SIMPLES. VEDAÇÃO. RECEITA BRUTA ACIMA DO LIMITE.

Não poderá optar pelo Simples a pessoa jurídica que, no ano-calendário, ultrapassar o limite de receita bruta previsto no inciso II do “caput” do art. 3º da LC n.º 123/2006.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

4. Inconformada, a contribuinte interpôs recurso voluntário, alegando, em síntese:

a) Tece considerações sobre a tempestividade do recurso;

b) Pugna pela “nulidade do Termo de Início de Procedimento Fiscal”, por ausência da indicação da data para encerramento da ação fiscal e, por consequência, do Ato Declaratório Executivo n.º 32/2016 que excluiu a empresa recorrente do Simples Nacional. Destaca que consta do documento a data do início (10/02/2015) da fiscalização, mas não a data do seu término, permitindo que sua validade vigorasse por prazo indeterminado, o que acarretaria a nulidade absoluta do referido procedimento;

É o relatório.

Fl. 6 do Acórdão n.º 1402-005.377 - 1ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 15540.720092/2016-83

Voto

Conselheira Paula Santos de Abreu, Relatora.

Dos Pressupostos de Admissibilidade

1. Preliminarmente faz-se necessário avaliar a tempestividade do recurso voluntário interposto em 21/11/2017, como se verifica pelo carimbo aposto no referido documento:

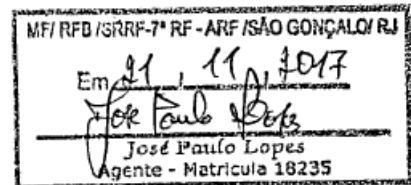
ILMO. SR. DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE
JULGAMENTO.

AGENCIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO GONÇALO

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

AO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSOS Nº 15540.720.092/2016-83



Ref: Acórdãos: 14-69.758 -9ª T

Recurso Voluntário

2. Tem-se que foi emitida intimação postal encaminhada ao endereço da ora Recorrente com aviso de recebimento, recebida em 19/10/2017, quinta-feira (fl. 241).

3. Dessa feita, o prazo para interposição do recurso voluntário iniciou-se em 20/10/2017 (sexta-feira) e encerrou-se em 20/11/2017 (segunda-feira). Logo, o recurso voluntário seria intempestivo.

4. Ocorre que 20 de novembro é feriado estadual no Rio de Janeiro em homenagem à Consciência Negra, o que alargou o prazo para interposição do recurso voluntário até o dia 21/11/2017, sendo a defesa, portanto, tempestiva.

outubro							novembro						
D	S	T	Q	Q	S	S	D	S	T	Q	Q	S	S
1	2	3	4	5	6	7				1	2	3	4
8	9	10	11	12	13	14	5	6	7	8	9	10	11
15	16	17	18	19	20	21	12	13	14	15	16	17	18
22	23	24	25	26	27	28	19	20	21	22	23	24	25
29	30	31					26	27	28	29	30		

5. Observa-se, contudo o equívoco nos argumentos de defesa da Recorrente, o que não obsta a constatação da tempestividade do recurso:

O presente Recurso voluntário é plenamente tempestivo, uma vez que a intimação da Decisão ora atacada se deu no dia 19/10/17. Sendo o prazo legal para a apresentação da presente medida recursal de 30 dias, são as razões ora formuladas plenamente tempestivas, uma vez que o final do prazo recursal se dará no dia 18/11/2017, (sábado), o que autoriza a prorrogação do referido termo final para o primeiro dia útil imediatamente seguinte, **ou seja, dia 22/11/2017 (terça feira), uma vez que no dia 21/11/2017 (segunda feira) é feriado em homenagem ao dia da "Consciência Negra". Protocolada nesta data de 22/11/2017, revela-se tempestivo o recurso ora apresentado.**

6. Por isso, tem-se que o recurso é tempestivo e, portanto, dele conheço.

Do litígio

7. Muito embora o objeto do presente processo seja a exclusão da Recorrente do regime do Simples Nacional por ter ultrapassado o limite de receita bruta permitido para opção pelo regime benéfico, a Recorrente limitou a discussão única e exclusivamente à alegação de nulidade do auto de infração, por ser decorrente de um procedimento de fiscalização iniciado por “Termo de Início de Procedimento Fiscal” nulo, em virtude de vício material.

8. Alega a Recorrente que o Termo de Início de Procedimento Fiscal não indicou a data de término de sua validade e, por não ter sido renovado após 120 dias, prazo de validade legal, este teria perdido sua eficácia, comprometendo todos os atos administrativos dele decorrentes:

Dito isso, é necessário destacar que o respeitável Procedimento Fiscal teve início em 10/02/2015 e o encerramento somente aconteceu em 26/01/2017, conforme Termo de Ciência de Lançamentos c Encerramento Total do Procedimento Fiscal assinado pelo digno Auditor Dr. Alfredo Costa Rodrigues Neto e o sócio gerente da empresa fiscalizada, senhor Flávio Luiz dos Santos.

Ou seja, em 10/02/2015, foi iniciado Procedimento Fiscal de Fiscalização com o objetivo de apurar Contribuições Previdenciárias, Outras Entidades e Fundos no período compreendido de 01/2012 a 12/2012, NÃO INFORMANDO O PRAZO PARA A EXECUÇÃO DOS TRABALHOS OU A DATA LIMITE PARA A SUA CONCLUSÃO OU AINDA, QUAL SERIA O PRAZO DE VALIDADE

DO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL, tendo o referido Procedimento sido concluído em 26/01/2017, ou seja, 660 (seiscentos e sessenta dias) depois de iniciado, ou 22 (vinte e dois) meses, aproximadamente, o que afronta além da lei de regência, os Princípios Constitucionais da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

(...)

Tendo em vista que a fiscalização da recorrente teve início em 10/02/2015 e somente foi concluída em 26/01/17, ou seja, aproximadamente 02 (dois) anos depois de iniciada, pode-se afirmar que todos os atos originados do referido Mandado de Procedimento Fiscal realizados após a extinção do seu prazo de validade, carrega vício insanável que fere de morte todo o procedimento fiscalização.

(...)

A ausência de limite de prazo para a efetivação da ação fiscal, como também a ausência de intimação de prorrogação dos prazos a partir do primeiro período de validade do Termo de Início de Procedimento fiscal, fere ainda os princípios de legalidade, moralidade e eficiência, contidos no *capit* do artigo 37 da Constituição Federal.

9. Destaca-se que a Recorrente não questionou tal fato em sua impugnação e, tampouco apresentou qualquer outro argumento, em sede de recurso voluntário, para refutar os fundamentos do lançamento efetuado pela fiscalização ou do acórdão ora recorrido.

10. Tal fato poderia importar em não conhecer das alegações de nulidade suscitadas pela ora Recorrente, vez que não foram devidamente impugnadas, conforme determina o art. 17 do Decreto 70.235/72, restando, portanto, preclusas:

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante

11. Mas, se entendermos que tal questão deva ser conhecida, por se tratar de matéria de ordem pública ou matéria de fato, verifica-se que as alegações da Recorrente não merecem prosperar.

12. Isso porque, o Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal à fl. 2, indica as prorrogações do prazo de validade do procedimento fiscal em comento, o que afasta o argumento da Recorrente. Note-se que, conforme o referido documento, todas as prorrogações do termo estão disponíveis na internet, conforme determina a Portaria RFB 1.687/2017:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL
DRF - NITERÓI

TERMO DE DISTRIBUIÇÃO DE PROCEDIMENTO FISCAL - FISCALIZAÇÃO Nº 07.1.02.00-2015-00036-4

CONTRIBUINTE/RESPONSÁVEL	
CNPJ/CPF: 01.088.631/0001-77	
NOME EMPRESARIAL/NOME: FERNAN COMERCIO E INDUSTRIA LTDA - EPP	
ENDEREÇO: RUA WALMIR R NASCIMENTO, 30	COMPLEMENTO:
BAIRRO: IPIIBA	UF: RJ
MUNICÍPIO: SÃO GONÇALO	CEP: 24.738-415
PROCEDIMENTO FISCAL: FISCALIZAÇÃO	
TRIBUTOS/CONTRIBUIÇÕES :	PERÍODOS :
IRPJ	01/2012 a 12/2012
Contribuição para Outras Entidades e Fundos	01/2012 a 12/2012
Contribuição Empresa/Empregador	01/2012 a 12/2012
AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL	
JOSE ARINALDO GONÇALVES FERREIRA	MATRICULAS SIPE/SIAPE
ALFREDO COSTA RODRIGUES NETO	00877951 / 0993408 SUPERVISÃO
	00881138 / 1285875
ENCAMINHAMENTO	
Nos termos da Portaria RFB nº 1.687, de 17 de setembro de 2014, fica distribuído o procedimento fiscal definido pelo presente instrumento, que deverá ser instaurado pelo(s) Auditor(es)-Fiscal(is) da Receita Federal do Brasil (AFRFB) acima identificado(s), que poderá(ão) praticar, isolada ou conjuntamente, todos os atos necessários à sua realização.	
O presente procedimento fiscal deverá ser executado até 26 de Maio de 2015, podendo ser prorrogado sempre que necessário para o bom cumprimento deste e, em especial, na eventualidade de qualquer ato praticado pelo sujeito passivo que impeça ou dificulte o andamento do mesmo ou a sua conclusão.	
Niterói, 26 de Janeiro de 2015.	
EDGAR BRAGANCA BAZHUNI - Matrícula: 00064881 Portaria de Delegação de Competência nº 21 de 07/03/2012 DRF NITERÓI	
1. O AFRFB deverá identificar-se mediante apresentação de sua identidade funcional ao contribuinte/responsável.	
2. Em caso de dúvida, o contribuinte/responsável poderá entrar em contato com: Responsável pela Equipe: JOSE ARINALDO GONÇALVES FERREIRA Telefone : (021) 39067163 Endereço: RUA ALMIRANTE TEFFÉ, 668 - SALA 410 - Bairro: CENTRO - NITERÓI - NITERÓI - CEP.: 24.034-900	
3. Este TDFF e suas alterações e suas prorrogações de prazo, permanecerão disponíveis para consulta na Internet, bem como a utilização do código de acesso de que trata a Portaria nº 1.687, de 17 de setembro de 2014, inclusive após a conclusão do procedimento fiscal correspondente.	
DEMONSTRATIVO DE PRORROGAÇÕES	
VALIDADE DE PRORROGAÇÃO	
prorrogado até:	23 de Setembro de 2015.
prorrogado até:	21 de Janeiro de 2016.
prorrogado até:	20 de Maio de 2016.
prorrogado até:	16 de Setembro de 2016.
prorrogado até:	13 de Janeiro de 2017.

Conclusão

13. Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Paula Santos de Abreu

