



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 18470.722644/2013-12
Recurso De Ofício
Acórdão nº 1401-006.074 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de novembro de 2021
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado R S MARCELINO BEBIDAS E GENEROS - ME

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2009

SIMPLES NACIONAL. EXCESSO DE RECEITA BRUTA. EXCLUSÃO. EFEITOS. LANÇAMENTOS FISCAIS.

A pessoa jurídica excluída do SIMPLES NACIONAL por excesso de receita bruta não pode permanecer neste sistema, devendo se submeter no ano calendário seguinte ao excesso constatado, a um outro regime de apuração.

Excluída do SIMPLES NACIONAL por esta causa excludente, os lançamentos de ofício efetuados daí decorrente devem se operar em sintonia com o momento temporal dos efeitos da exclusão pertinente, sob pena de seu cancelamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Carlos André Soares Nogueira, Cláudio de Andrade Camerano, Andre Luis Ulrich Pinto, Lucas Issa Halah e Andre Severo Chaves. Ausentes, momentaneamente, os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva e Itamar Artur Magalhães Alves Ruga.

Fl. 2 do Acórdão n.º 1401-006.074 - 1ª Seju/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 18470.722644/2013-12

Relatório

Tratam os autos de **Recurso de Ofício** apresentado pelo órgão julgador de primeira instância, conforme Acórdão de nº 01-28.902, proferido pela 1ª Turma da DRJ/BEL em sessão de 27 de março de 2014. A seguir o relatório e voto da decisão:

Relatório

I – DO LANÇAMENTO

Trata-se de auto de infração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), de Programa de Integração Social (PIS), de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e de Contribuição para o Financiamento da Seguridade (Cofins), referente ao ano-calendário de 2009, com os lançamentos discriminados no quadro 1 a seguir (principal, multa e juros, calculados até 08.2013).

TRIBUTO	IMPOSTO- R\$	JUROS DE MORA- R\$	MULTA – R\$	TOTAL – R\$
IRPJ	339.434,24	121.860,91	509.151,35	970.446,50
PIS	98.430,07	36.038,35	147.645,07	282.113,49
COFINS	454.292,81	166.331,06	681.439,18	1.302.063,05
CSLL	163.545,42	58.721,35	245.318,13	467.584,90
TOTAL				3.022.207,94

A impugnante tomou ciência do auto de Infração em 01/10/2013.(fls.393/423).

E o Responsável Tributário tomou ciência do auto de Infração, do Termo de Sujeição Passiva, e do Termo de Arrolamento, em 03/10/2013.(fls. 434/435).

II– DAS INFRAÇÕES LANÇADAS

2. A Empresa foi autuada pelas seguintes infrações à legislação tributária, a saber:

2.1 –DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

Em 05/06/2013, no Diário Oficial da União nº 106, foi publicado Ato Declaratório Executivo nº 66, de 04/06/2013, EXCLUINDO do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) de que tratam os arts. 12 a 41 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, republicada em 31/01/2012, a pessoa jurídica em questão, em virtude de a receita bruta, no ano calendário 2009, ter ultrapassado o limite estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006.

Em 25/06/2013, o sócio responsável perante a RFB, ROBSON SANTANA MARCELINO, compareceu a DIFIS/ DRF/RJ2 onde declarou a Termo, que fechou a empresa sem ter providenciado a baixa da mesma perante a RFB e que, não tem nenhuma documentação, inclusive, notas fiscais e talonários de

notas fiscais, nem tampouco, Livro Caixa disponível para apresentar nesta fiscalização. Nesta data, o mesmo, foi novamente reintimado a regularizar o domicílio fiscal da empresa, bem como, seu próprio domicílio fiscal.

O contribuinte, também, tomou ciência da publicação do Ato Declaratório Executivo n.º 66, de 04/06/2013, EXCLUINDO do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) e, que faz parte do processo administrativo fiscal n.º 18470.722644/2013-12.

Em 27/06/2013, no Diário Oficial da União n.º 122, foi publicado Ato Declaratório Executivo n.º 106, de 26/06/2013, que declarou a empresa INAPTA, conforme art. 39, § 2o, c/c art. 37, II da IN/RFB n.º 1.183/2011 e, que faz parte do processo administrativo fiscal n.º 18470.728858/2012-11. Em 09/08/2013, no Diário Oficial da União n.º 153, foi publicado Edital n.º 129, de 09/08/2013, com o intuito de dar prosseguimento a ação fiscal, bem como, intimar o sócio a comparecer para prestar informações que lhe forem demandadas.

2.2 – DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

Ressalta-se que o contador responsável Janes Jason Batista, CPF n.º 630.314.34749, após regularmente intimado apresentou o Livro Caixa do contribuinte, onde constatamos que a escrituração contém deficiências que a tornam imprestável para identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária tal fato enseja que a tributação seja determinada com base nos critérios do lucro arbitrado. Por conseguinte, consideramos que os depósitos mantidos em contas correntes não tiveram sua origem devidamente comprovada com documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, razão pela qual procedemos a tributação dos valores de depósitos bancários, como de origem não comprovada, caracterizados como OMISSÃO DE RECEITAS, conforme define o artigo 42 da Lei 9.430/96, e relacionados por lançamentos e de forma consolidada mensalmente.

2.2 – DO ARBITRAMENTO DO LUCRO

Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que a escrituração mantida pelo contribuinte é imprestável para identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária, conforme Termo de Verificação e Constatação Fiscal.

Enquadramento:

Art.530 inciso II, do RIR 99.

2.3 – DA SUJEIÇÃO PASSIVA INTERPOSTA PESSOA

Nas Procurações entregues pelo representante legal da empresa, ROBSON SANTANA MARCELINO, nas instituições financeiras em questão Banco do Brasil S/A e HSBC Bank Brasil S/A Banco Múltiplo, foi nomeado e constituído como bastante procurador JOSÉ LUIZ TAVARES, CPF n.º 006.972.547/04, conferindo —lhe poderes amplos para gerir e administrar todos os negócios e interesses do outorgante;

Todos os cheques emitidos foram assinados por JOSE LUIZ TA VARES;

3. O procurador JOSE LUIZ TAVARES consta no CNPJ da RFB como representante legal da empresa RESTAURAR DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS E GÊNEROS ALIMENTÍCIOS, CNPJ nº 11.067.476/000166. A empresa foi constituída em 19/08/2009, entregou DIPJ/2010 ano calendário 2009 INATIVA e, DIP J/2011 ano calendário 2010 Lucro Real;

O proprietário do terreno onde foi estabelecido o contribuinte R S MARCELINO, bem como, a empresa RESTAURAR é JOSÉ LUIZ TAVARES, conforme informado em sua DIRPF/2013 e, apurado através de Ofício encaminhado por esta Divisão de Fiscalização para o Cartório do 17º Ofício de Notas, desde 09/12/2005;

Foi lavrada Declaração a Termo onde ROBSON SANTANA MARCELINO informou:

Que ele, ROBSON S. MARCELINO, fechou a empresa R. S. MARCELINO sem ter providenciado a baixa da mesma perante a Receita Federal do Brasil;

Que não tem nenhuma documentação, inclusive, notas fiscais e talonários de notas fiscais, nem tampouco, Livro Caixa disponível para apresentar nesta fiscalização.

Foi, também, lavrada Declaração a Termo onde JOSE LUIZ TAVARES informou:

Que ele, JOSE LUIZ TAVARES, foi responsável perante as instituições financeiras da empresa R S MARCELINO no ano calendário 2009 e que efetuava pagamentos e retiradas;

Declarou que seu vínculo com o Sr. ROBSON S. MARCELINO, sócio responsável pela empresa em questão, era amizade de infância, não havendo portanto, nenhum vínculo comercial entre as partes;

Declarou que é proprietário do terreno que foi estabelecida a R S MARCELINO; Declarou que é sócio perante a RFB da empresa RESTAURAR DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS E GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA ME, CNPJ nº 11.067.476/00166, bem como, responsável pela abertura da mesma, tendo estabelecido sua empresa no mesmo local da R S MARCELINO com expansão do lote anexo, fato que justificaria o endereço diferente perante o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica.

Ressalta-se que tal abertura se efetuou logo após a descontinuidade e inatividade da R S MARCELINO.

Ressalta-se também, que foi efetuado Arrolamento de Bens, somente, de JOSÉ LUIZ TAVARES cujo patrimônio arrolável foi atualizado e estimado em R\$ 426.945,00; tendo em vista que o sujeito passivo e o sócio responsável ROBSON SANTANA MARCELINO não possuem nenhum bem arrolável.

2.4 – DA MULTA QUALIFICADA DE 150%

.....face às irregularidades supracitadas, evidencia-se o claro intuito do contribuinte de eximir-se de pagar os tributos devidos, concernentes às receitas auferidas no ano calendário de 2009, por meio da entrega da DASN com a Receita Declarada muito inferior a real, isto é, através de uma ação dolosa que

objetivava impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, juntamente com a utilização de Interposta Pessoa, ou seja, resta caracterizada, segundo o que ditam os dispositivos legais acima transcritos, a ocorrência de **sonegação** e o **evidente intuito de fraude**, cabendo, deste modo, a aplicação da multa prevista no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/96 (art. 957, inciso II, do RIR/99), de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre as diferenças de tributos que deixaram de ser recolhidas em virtude da prática das irregularidades acima descritas.

Resta claramente configurada a intenção de ludibriar o fisco com informações falsas que objetivavam reduzir o montante do imposto devido.

Considerando o exposto acima e, tendo sido evidenciado indícios de crime contra a ordem tributária prevista nos artigos 1º e/ou 2º da Lei nº 8.137/90, foi lavrada respectiva Representação Fiscal para Fins Penais, protocolada sob o nº 18470.726184/201393, conforme estabelece o art. 83 da Lei nº 9.430/96 e o art. 1º da Portaria RFB nº 2.439 de 21/12/2010.

III - DA IMPUGNAÇÃO

3 - Em 29/10/2013, a Empresa apresentou impugnação ao Auto de infração (fls. 464/505), e alega em síntese:

3.1 – TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, esclarece o Impugnante que foi cientificado acerca da lavratura do auto de infração em questão no dia **01 de outubro de 2013 (terça-feira)**. Assim sendo, tendo em vista que o prazo para a apresentação da presente impugnação é de 30 (trinta) dias, (art. 15 do Decreto nº 70.235/72), tem-se que o mesmo somente se expirará no dia **31 de outubro de 2013 (quinta-feira)**.

Destarte, não restam quaisquer dúvidas quanto à **tempestividade** da Impugnação que ora se apresenta.

3.2 DA INDEVIDA FORMA DE TRIBUTAÇÃO COM BASE NO LUCRO ARBITRADO NO ANO-CALENDÁRIO DE 2009 – DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

Incumbe registrar que, lamentavelmente, devido à intimação ter sido efetivada por meio de Edital, a Impugnante não tomou conhecimento do Ato Declaratório Executivo nº 66, de 04/06/2013, da exclusão do SIMPLES NACIONAL, em anexo, (Doc.. 03), e por esta razão ficou impedida de fazer uso de seu direito legal e manifestar seu inconformismo através da apresentação da correspondente impugnação que certamente demonstraria a total impropriedade do ato administrativo.

.....

Entretanto, a pretensão da Impugnante neste momento não é tenta apresentar uma defesa contra a exclusão do SIMPLES, mas sim demonstrar que o motivo apontado no Ato Declaratório não autoriza a autoridade administrativa a determinar que os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir de 1º de janeiro de 2009, restando comprovado que o arbitramento do lucro foi promovido de forma totalmente equivocada, vejamos.

.....

*Em 05/06/2013, no Diário Oficial da União nº 106, foi publicado Ato Declaratório Executivo nº 66, de 04/06/2013, EXCLUINDO do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos pelas Microempresas e empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) de que tratam os arts. 12 a 41 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, republicada em 31/01/2012, a pessoa jurídica em questão, em virtude de **a receita bruta, no ano calendário 2009, ter ultrapassado o limite estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006.** (grifo original).*

*Resta cristalino que o motivo da exclusão foi a alegação de que **a Impugnante ultrapassou o limite estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei complementar nº 123/2006.** Deste modo, jamais os efeitos da exclusão poderiam se dar a partir de **1º de janeiro de 2009,** uma vez que pela lei de regência vigente à época, (Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006), quando a empresa optante pelo SIMPLES NACIONAL ultrapassava o limite estabelecido no ano-calendário somente ficaria excluída a partir do ano calendário seguinte conforme § 9º do art. 3º da LC 123, abaixo transcrito:*

§ 9º A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do caput deste artigo fica excluída, no ano-calendário seguinte, do regime diferenciado e favorecido previsto por esta Lei Complementar para todos os efeitos legais.

.....

Independente de o Ato Declaratório ter sido impugnado, ou não, é certo que os efeitos da exclusão decorrente de excesso do limite de receita não podem ser dar a partir do primeiro dia do próprio ano calendário em que foi apurado o excesso. Ou seja, se o excesso do limite foi apurado no ano calendário de 2009, É LÓGICO que nunca o efeito da exclusão do SIMPLES poderia ter início no primeiro dia do ano de 2009.

Neste contexto, se no ano calendário de 2009 a Impugnante ainda deveria estar enquadrada no SIMPLES, conforme os motivos expostos acima, o presente auto de infração jamais poderia ter sido lavrado com base no lucro arbitrado.

3.3 DA QUEBRA INDEVIDA DO SIGILO DAS OPERAÇÕES FINANCEIRAS

*A Auditora autuante, no curso da ação fiscal, mesmo restando claro que o exame não era indispensável, procedeu à quebra do sigilo bancário da Impugnante; Assim, uma vez mais, agiu em total afronta a uma norma legal como pode ser facilmente observado pela análise do artigo 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil, que garante o **"direito à intimidade e à privacidade das pessoas:***

"Art. 5º X São - invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

.....

Nota-se que são cada vez mais fortes e contundentes os argumentos tendentes a não aceitar a quebra do sigilo tal como prevê a Lei Complementar 105/01.

Enfim, percebe-se que a Lei Complementar 105/01 é inconstitucional, tanto do ponto de vista da quebra do sigilo bancário em si, como do procedimento fiscal nela previsto, qual seja, investigação sem contraditório.

.....
*..... o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a quebra do sigilo bancário somente pode ser efetivada com autorização da justiça. **Frise-se, resta inteiramente pacificado no STF que somente a justiça pode autorizar o acesso da Receita Federal aos dados bancários sigilosos dos contribuintes.***

Em síntese, portanto, ante todas as razões aqui analisadas, tendo em vista que essa interpretação deverá ser aplicada pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, nos termos do art. 62º do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/09, propugna a Impugnante pelo cancelamento integral do presente Auto de Infração.

3.4 - DA FALTA DE INTIMAÇÃO PARA COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS CRÉDITOS BANCÁRIOS

Em 18/02/2013 foi publicado no Diário Oficial da União nº 32 o Edital nº 21, de 15/02/2013 abaixo reproduzido:

*O Delegado da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro II, no uso de suas atribuições regimentais, tendo em vista que o contribuinte R. S. MARCELINO BEBIDAS E GÊNEROS LIDA., CNPJ 06.185.103/000186, não foi encontrado no seu domicílio fiscal, constante do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) do Ministério da Fazenda, e que seus responsáveis não atenderam às intimações expedidas,, vem pelo presente Edital, com base no disposto no art. 23, I, inciso III e 2º, inciso IV do Decreto nº 70.235/72, cientificá-lo do prosseguimento da ação fiscal instaurada pelo MPF 07 i 09000.201200985: e intimá-lo a comparecer no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados do 15º (décimo quinto) dia da publicação deste edital, na Divisão de Fiscalização, situada na av. João Cabral de Mello Neto, 400 - 4º andar – Barra da Tijuca – Rio de Janeiro - RJ, das 10 às 16 horas, para comprovar; mediante a documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em contas de depósitos ou investimentos mantidas junto a instituições financeiras, de sua titularidade, **relativos ao período de 01/01/2009 a 31/01/2009.** (grifos originais)*

*Como visto a Impugnante foi intimada a comparecer, no prazo de 05 (cinco) dias, a comparecer na Divisão de Fiscalização, para comprovar a origem dos recursos creditados em contas de depósitos ou investimentos. mantidas junto a instituições financeiras, de sua titularidade, **relativos ao período de 01/01/2009 a 31/01/2009.***

*Frise-se a Impugnante somente foi intimada a comprovar a origem dos recursos **relativos ao período de 01/01/2009 a 31/01/2009.***

.....

Com uma simples leitura do caput do art. 287 do RIR/99 conclui-se facilmente que a caracterização da omissão de receita decorrente de créditos em conta de depósito somente ocorre quando; o contribuinte, regularmente intimado; não comprova a origem dos recursos utilizados nessas operações. Ou seja, somente após a regular intimação é que o Fisco pode começar a pensar na formalização de uma possível omissão de receita em função de uma PRESUNÇÃO LEGAL.

.....

Por conseguinte, como no caso vertente a intimação não faz nenhuma alusão a comprovação da origem dos depósitos referente ao período de 01/02/2009 a 31/12/2009, limitando-se exigir tão somente a comprovação da origem dos recursos creditados em contas de – depositados ou investimentos de titularidade da Impugnante, relativos ao período de 01/01/2009 a 31/01/2009, como poderia ter / ficado caracterizada a presunção de omissão de receita?

A resposta é simples: NÃO PODERIA.

.....

*Não se pode aceitar que uma simples relação discriminando os depósitos por ocasião da lavratura do auto de infração sem antes ter havido **uma intimação solicitando a comprovação da origem de cada crédito individualizadamente** seja suficiente para atender o disposto no parágrafo 3o do art. 287 do. RIR/99.*

Em relação à intimação por Edital em questão releva observar que a mesma intima a Impugnante à comparecer à Divisão de Fiscalização para comprovar a origem dos recursos creditados em contas de depósitos ou investimento de sua titularidade, porém, em lugar algum da intimação, individualiza os depósitos a terem sua origem comprovada.

.....

Para finalizar, ainda, em relação à intimação por Edital em questão a Impugnante gostaria de acrescentar que a mesma foi expedida de forma irregular, o que macula, por completo, o lançamento em questão, vejamos:

O art. 23, § 1º, do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 que dispõe sobre o processo administrativo fiscal estabelece que a intimação somente poderá ser feita por edital quando resultarem improficuas as tentativas por um dos seguintes meios:

- pessoal;*
- por via postal com prova de recebimento (AR);*
- por meio eletrônico.*

Deste modo, somente quando restarem infrutíferas as demais tentativas acima citadas é que a autoridade fiscal poderá utilizar o edital como meio para fazer a intimação. No caso em pauta, em relação à intimação para se comprovar a origem dos recursos não houve nenhuma tentativa de ciência à Impugnante, via AR; fato que se observa facilmente em uma simples leitura no Termo de Verificação. A auditora autuante em momento algum mencionou ou juntou ao

processo, comprovação de que anteriormente ao Edital nº 21 de, 15/02/2013 tentou dar ciência à Impugnante, via AR, da intimação para comprovar a origem dos recursos.

Assim, resta claro que o Edital em questão foi expedido precipitadamente, o que o torna totalmente ilegal e, sendo assim, a Impugnante não pode ser considerada intimada, o que transforma a lavratura do presente auto de infração em um procedimento totalmente improcedente.

3.5 – DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM COMPROVAÇÃO DA ORIGEM

é claro que a disponibilidade, desses depósitos, se ocorreu, pois, podem perfeitamente também não se tornarem disponíveis, efetuou-se em data posterior, ocorrendo então, caso a origem não tenha sido comprovada, o fato gerador do imposto de renda, isto é, somente na data em que os depósitos se tornam disponíveis é que acontece o crédito dos recursos e consequentemente o fato gerador do imposto de renda,

No caso vertente nota-se claramente o deslocamento do fato gerador em diversos meses de depósitos efetuados no final do mês. Vejamos o seguinte exemplo:

Em 31/03/2009 foram efetuados os depósitos BLOQUEADOS na conta nº 3949655 agência 0309 do HSBC nos valores de R\$ 41.670,00, R\$ 1.036,50 e R\$ 650,00.

Em 30/06/2009 foram efetuados os depósitos "BLOQUEADOS na mesma conta nos valores de R\$ 3.957,41 e R\$ 795,00.

Em 30/09/2009 foram efetuados os depósitos BLOQUEADOS na mesma conta nos valores de R\$ 7.839,00, R\$ 4.358,69 e R\$ 7.049,40.

Portanto, o crédito / disponibilidade referente aos referidos depósitos somente ocorreram no mês seguinte, no trimestre seguinte, ou seja, > a disponibilidade econômica e consequentemente, a ocorrência do fato gerador efetivamente aconteceu em abril, julho, e outubro, respectivamente.

Ressalta a Impugnante que foram colocados somente os exemplos acima a título de demonstração, mas que o mesmo ocorre em todo o ano-calendário.

Desta forma, jamais a fiscalização poderia ter agido como agiu, pois no mínimo; à sua conveniência, deslocou ilegalmente, a ocorrência do fato gerador, tanto do IR e CSLL, como também do PIS e da COFINS.

.....
.

COB COMP/ DISP. COB EM DINHEIRO

Notem R. Julgadores, tanto o parágrafo 2o.' do art. 287 como o inciso II do art.849, ambos do RIR/99, são extremamente claros, ou seja, se a origem foi comprovada, mas os valores não foram oferecidos à tributação, deverão então, submeter-se às normas específicas previstas na legislação e nunca ser

tributados como presunção de omissão de receita capitulada no artigo 42 da Lei 9.430/96, conforme foi o caso.

Neste plano, os valores decorrentes de **COB COMP/DISP e COB EM DINHEIRO**, óbvio, que se referem a **vendas pretéritas** sendo, portanto, relativos a **receitas já ocorridas**, declaradas ou não.

Frise-se: **A origem dos recursos é o recebimento das vendas.**

A origem está comprovada.

O que não se pode admitir, é que a Autoridade autuante, além de não considerar a origem dos; recursos, a seu bel prazer, defina "a ocorrência do fato gerador do tributo no momento em que a Impugnante efetivamente recebe os valores decorrentes do seu trabalho. O fato gerador do Imposto de renda, bem como das contribuições que foram objetos de tributação está bem definido na legislação em regência e; com certeza, não é o recebimento dos citados' valores. Em outras palavras, p regime, é de competência e não o de caixa, como faz supor o ilustre agente do Fisco.

Nunca é de mais lembrar o art. 142 do CTN que é claro quando define o lançamento como procedimento administrativo "tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido. Isto é, verificar a ocorrência do fato gerador, e não insinuar! dar a entender, presumir.

LIB DESC DUPLICATAS RDS/DESCONTO

É sabido que o Desconto Antecipado é um adiantamento de recursos', feito pelo banco, sobre os valores das respectivas vendas. Neste tipo de operação a empresa recebe dinheiro antecipado correspondente às **suas vendas d prazo**.

.....
Desta forma, os valores que apresentam «o histórico "**LIB DESC DUPLICATASRDS/DESCONTO**" se referem a **recursos obtidos através de liberação de desconto antecipado**, conforme comprovado, através do próprio histórico dos extratos justificando, de modo irrefutável a origem dos recursos.

3.6 – DO ARBITRAMENTO DO LUCRO

.....
Como visto a ilustre auditora entendeu que a escrituração do Livro Caixa da Impugnante continha deficiências que a tornam imprestável para identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive a bancária."

Entende a Impugnante que, em se tratando de empresas das quais se tem conhecimento de sua receita (mesmo que a omitida) a ausência ou deficiência de escrituração do citado livro não traz nenhum prejuízo ao Fisco, uma vez que o cálculo do SIMPLES é efetuado com base na receita. Portanto, resta claro que de fato não havia motivo para o arbitramento do lucro a não ser por pura comodidade.

No caso vertente a autuação, caso de fato ficasse comprovada a omissão de receita, deveria ter sido efetuada com base no próprio SIMPLES, .ou, na pior

das hipóteses que intimasse a Impugnante a eleger o regime de tributação tendo em vista sua exclusão do SIMPLES.

Ademais, é pacífico que o arbitramento, por se tratar de medida extrema, só deve ser utilizado como último recurso, quando a autoridade fiscal não conseguir realmente apurar a veracidade do que foi declarado.

.....
Em face de todo o exposto, resta absolutamente claro que o arbitramento do lucro foi efetuado de forma totalmente indevida, voraz e arbitrária, devendo o lançamento dessa forma ser considerado improcedente.

3.7 – DA SUJEIÇÃO PASSIVA – INTERPOSTA PESSOA

Em relação a este tópico a ilustre auditora com objetivo de caracterizar a interposta pessoa, basicamente argumenta que:

O Sr. José Luiz Tavares possui procuração com poderes para administrar interesses da Impugnante;'

Todos os cheques emitidos foram assinados por Jose Luiz Tavares;

3) O Sr. José Luiz Tavares consta como representante legal da empresa Restaurar distribuidora de bebidas e Gêneros Alimentícios;.

.4) O Sr. José Luiz Tavares é proprietário do terreno onde foi estabelecida a Impugnante;

O Sr Robson S. Marcelino informou ter fechado a empresa sem ter providenciado a baixa da mesma perante a Receita federal do Brasil;

O Sr Robson S. Marcelino informou que seu vínculo com José Luiz Tavares era amizade de infância.

Esses são os motivos, resumidamente, que levaram a fiscalização a caracterizar o Sr. Robson sr Marcelino, sócio" responsável pela .impugnante, como interposta pessoa. "

De modo a facilitar o entendimento e tendo em vista a ligação direta com a aplicação da multa qualificada a Impugnante contesta as argumentações da fiscalização no tópico seguinte.

3.8 – DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA

.....
o fato de q Sr. José Luiz Tavares constar como representante legal da empresa Restaurar distribuidora de bebidas e Gêneros Alimentícios, bem como ser proprietário do terreno onde foi estabelecida q Impugnante não autoriza presumir que o Sr. Róbson S. Marcelino, sócio responsável pela impugnante seja considerado como interposta pessoa.

Importa ainda registrar, que o fato de o Sr. Robson S. Marcelino ter fechado a empresa em função dos graves prejuízos sofridos sem providenciar a baixa perante a Receita federal do Brasil, demonstra tão somente a falta de

conhecimento e de orientação da parte das pessoas responsáveis pela sua escrita.

Ademais, é importante esclarecer que a fiscal autuante, **em nenhum momento, faz alguma menção a qualquer, procedimento doloso por parte da Impugnante**, restringindo-se a relatar procedimentos, indícios e supostas irregularidades.

.....
Importa ressaltar, como já comentado, que jamais a fiscal autuante comprovou o evidente intuito de fraude que pudesse justificar a qualificação da multa de ofício. Aliás, **jamais, sequer afirmou, categoricamente, que a Impugnante agiu de forma dolosa, ficando sempre na esfera das suposições, dos indícios entendimentos, teses, etc.**(grifo original)

DOCUMENTOS ANEXADOS

Cópia da carteira de identidade e CPF do sócio-gerente; Cópia do Ato Declaratório Executivo nº 66, de 04/06/2013.

3.9 – A Impugnante, ao fundamentar seus argumentos, menciona decisões administrativas e judiciais.

4 – DA IMPUGNAÇÃO DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA JOSÉ LUIZ TAVARES

O sujeito passivo solidário apresentou a sua impugnação em, 29/10/2013 (fls. 453/460.) e alega em síntese:

Ora, se a Impugnante passa uma procuração para o Sr. José Luiz Tavares, logicamente é para que ele possa exercer os poderes que lhe foram outorgados inclusive assinar cheques, o que não significa necessariamente que se locupletou ou mesmo tirou algum proveito de tal situação. É fato que o Sr. José Luiz, tendo em vista sua experiência e na qualidade de amigo de infância do titular da sociedade, prontificou-se a colaborar sempre que possível, na administração da empresa. Tal situação absolutamente normal no convívio entre amigos não significa e não autoriza, de forma alguma, presumir que seja ele o proprietário da empresa. Na realidade dos fatos é que a sociedade empresarial ora Impugnante, jamais pertenceu ao Sr. José Luiz, tendo este atuado tão somente como procurador pelas razões acima expostas

Da mesma forma, o fato de o Sr. José Luiz Tavares constar como representante legal da empresa Restaurar distribuidora de bebidas e Gêneros Alimentícios, bem como ser proprietário do terreno onde foi estabelecida a Impugnante não autoriza presumir que o Sr. Robson S. Marcelino, sócio responsável pela impugnante seja considerado como interposta pessoa.

Importa ainda registrar, que o fato de o Sr. Robson S. Marcelino ter fechado a empresa em função dos graves prejuízos sofridos sem providenciar a baixa perante a Receita Federal do Brasil demonstra tão somente a falta do conhecimento e de orientação da parte das pessoas responsáveis pela sua escrita.

Ademais, é importante esclarecer que a fiscal autuante, em nenhum momento, faz alguma menção d qualquer procedimento doloso por parte da Impugnante, restringindo-se a relatar procedimentos, indícios e supostas irregularidades.

.....

Ora, ilustres Julgadores: como se constata, é assente, de forma incontestada, que os adquirentes da sociedade empresária são seus sucessores no que diz respeito às obrigações tributárias. art. 133 do CTN impõe ao sucessor a responsabilidade integral, tanto pelos eventuais tributos devidos quanto pela multa decorrente, seja ela de caráter moratório ou punitivo. Como visto o adquirente de fundo de comércio ou estabelecimento que continuar a atividade exercida responde pelos tributos devidos relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, integralmente se o alienante cessar a exploração de atividade econômica, e subsidiariamente se o alienante prosseguir na exploração ou reiniciá-la dentro de seis meses da data da alienação

Neste contexto, é de fundamental importância destacar que a partir do seu ingresso na sociedade e na condição de sócia administradora responsável, foi a Sra Geisa Rafaela Costa quem sempre esteve à frente na administração diária da empresa, exercendo de forma integral a gerência da sociedade em todos os seus atos e fatos : e responsabilizando-se por todas as decisões tomadas, assinando documentos oficiais, enfim liderando e 'participando ativamente de todos os eventos normais necessários à manutenção da atividade empresarial.

Ademais, importa salientar que a Srª. Geisa possui bens, tem, domicílio tributário fixo e entrega regularmente suas declarações de imposto de renda tendo, por conseguinte/ todas as condições de responder pela empresa da qual é sócia administradora. Deste modo se houvesse o absurdo interesse aventado pela fiscalização de funcionar como uma interposta pessoa não haveria nenhuma lógica de a Sra. Geisa, uma pessoa com total capacidade e. com possibilidade de comprometimento de. seus bens ingressar na, sociedade e se responsabilizar face a sucessão como já mencionado.

.....

Ante os fatos acima relatados, o que mais importa ressaltar é que o Manifestante jamais se locupletou do fato de ser procurador da empresa não restando caracterizada nenhuma vantagem ou benefício decorrente de tal condição.

5 – O Contribuinte não apresentou Manifestação de Inconformidade em relação à Exclusão do Simples, logo, considera-se matéria não Impugnada.

Voto

I – DAS PRELIMINARES

01 – DA TEMPESTIVIDADE E DA ADMISSIBILIDADE

O Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, que regulamentou o Processo Administrativo Fiscal, em seu artigo 15, limitou o prazo para apresentação da

impugnação em 30 (trinta) dias contados da data de intimação da exigência fiscal. Como a impugnação foi apresentada no prazo tempestivo, e preencheu os requisitos de admissibilidade do artigo 16 do Decreto n.º 70.235/1972, dela tomo conhecimento.

I – DO MÉRITO

1 – EM RELAÇÃO AOS ELEMENTOS DE PROVA.

1.1 DO ARBITRAMENTO DO LUCRO

A recorrente contesta o arbitramento do lucro, alegando que:

Incumbe registrar que, lamentavelmente, devido à intimação ter sido efetivada por meio de Edital, a Impugnante não tomou conhecimento do Ato Declaratório Executivo nº 66, de 04/06/2013, da exclusão do SIMPLES NACIONAL, em anexo, (Doc.. 03), e por esta. razão ficou impedida de fazer uso de seu direito legal e manifestar seu inconformismo' através da apresentação da correspondente impugnação que certamente demonstraria a total impropriedade do ato administrativo.

.....

Entretanto, a pretensão .da Impugnante neste momento não é tenta apresentar uma defesa contra a exclusão do SIMPLES, mas sim demonstrar que o motivo apontado no Ato Declaratório não autoriza a autoridade administrativa a determinar que os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir de 1º de janeiro de 2009, restando comprovado que o arbitramento do lucro foi promovido de forma totalmente equivocada, vejamos.

.....

*Em 05/06/2013, no Diário Oficial da União nº 106, foi publicado Ato Declaratório Executivo nº 66, de 04/06/2013, EXCLUINDO do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos pelas Microempresas e empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) de que tratam os arts. 12 a 41 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, republicada em 31/01/2012, a pessoa jurídica em questão, em virtude de **a receita bruta, no ano calendário 2009, ter ultrapassado o limite estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006.** (grifo original).*

*Resta cristalino que o motivo da exclusão foi a alegação de que **a Impugnante ultrapassou o limite estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei complementar nº 123/2006.** Deste modo, jamais os efeitos da exclusão poderiam se dar a partir de **1º de janeiro de 2009,** uma vez que pela lei de regência vigente à época, (Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006), quando a empresa optante pelo SIMPLES NACIONAL ultrapassava o limite estabelecido .no ano-calendário somente ficaria excluída a partir do ano calendário seguinte conforme § 9º do art. 3º da LC 123, abaixo transcrito:*

§ 9º A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do caput deste artigo fica excluída, no ano-calendário seguinte, do regime diferenciado e favorecido previsto por esta Lei Complementar para todos os efeitos legais.

.....

Independente de o Ato Declaratório ter sido impugnado, ou não, é certo que os efeitos da exclusão decorrente de excesso do limite de receita não podem ser dar a partir do primeiro dia do próprio ano calendário em que foi apurado o excesso. Ou seja, se o excesso do limite foi apurado no ano calendário de 2009, É LÓGICO que nunca o efeito da exclusão do SIMPLES poderia ter início no primeiro dia do ano de 2009.

Neste contexto, se no ano calendário de 2009 a Impugnante ainda deveria estar enquadrada no SIMPLES, conforme os motivos expostos acima, o presente auto de infração jamais poderia ter sido lavrado com base no lucro arbitrado.

.....

De antemão, ressaltamos que o Contribuinte não apresentou a Manifestação de inconformidade em relação a exclusão do simples, no entanto, argumenta sobre a tributação inadequada a que foi submetido, tendo em vista o efeito da exclusão da tributação simplificada.

Vejamos o que traz a conclusão da Representação Fiscal – Exclusão do simples Nacional (fls. 02/05).

“Portanto, visto ter restado demonstrado que o contribuinte, optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES NACIONAL), auferiu, no ano-calendário de 2009, um montante total de R\$ 15.338.683,45, a título de receita bruta, tendo, dessa forma, ultrapassado o limite máximo de receita bruta anual de R\$ 240.000,00, estipulado no artigo 30, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006 e no artigo 12, inciso I, da Resolução CGSN nº 04/2007, para que uma pessoa jurídica possa usufruir deste regime favorecido e diferenciado.

Deste modo, resta claro que o contribuinte infringiu o artigo 30, inciso II, da Lei Complementar nº 123/2006, ao optar e permanecer no SIMPLES NACIONAL, no ano calendário de 2010, mesmo excedendo aos limites estabelecidos para Microempresa (ME) no ano-calendário de 2009, sujeitando-se à exclusão de ofício deste regime, conforme dispõem os artigos 3º, § 9º, e 29, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006 e o artigo 5º, inciso I, da Resolução CGSN nº 15/2007.

Face ao exposto, formalizo a presente Representação Fiscal que deve ser encaminhada ao Sr. Delegado da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro 2, propondo que seja determinada a exclusão do contribuinte do SIMPLES NACIONAL, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2010, nos termos dos artigos 30, inciso I e § 9º, e 29, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006 e dos artigos 30, inciso II, alínea 'a', 5º, inciso I, e 6º, inciso II, da Resolução CGSN nº 15/2007.” (grifo nosso)

[...]

A mesma motivação trouxe o Ato Declaratório Executivo publicado no DOU, em seu art. 1º (fls. 11), no entanto, o efeito da exclusão foi diferente do apontado na Representação Fiscal da Exclusão do Simples.

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 66, DE 4 DE JUNHO DE 2013

Exclui do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) de que tratam os arts. 12 a 41 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, republicada em 31.01.2012, a pessoa jurídica que menciona.

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso II do art. 302 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, e tendo em vista o disposto no art. 33 da Lei Complementar nº 123, de 2006, e no art. 75 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, declara:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a pessoa jurídica, a seguir identificada, em virtude de a receita bruta no valor de R\$ 15.338.683,45, no ano-calendário de 2009, ter ultrapassado o limite estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006.

Nome Empresarial: RS MARCELINO BEBIDAS E GÊNEROS ME. CNPJ: 06.185.103/000150.

Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir do dia 1º de janeiro de 2009, conforme disposto no artigo 29, inciso VIII, § 1º da Lei Complementar nº 123/2006.(grifo nosso).

Art. 3º A pessoa jurídica poder apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência deste ADE, manifestação de inconformidade dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento, protocolada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de sua jurisdição, conforme disposto no art. 39 da Lei Complementar nº 123, de 2006, e nos termos do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 – Processo Administrativo Fiscal (PAF).

Parágrafo único. Não havendo apresentação de manifestação de inconformidade no prazo de que trata este artigo, a exclusão tornar-se definitiva.

[...]

Na representação Fiscal apontou o efeito a partir de 1º de janeiro de 2010, conforme :

com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2010, nos termos dos artigos 3º, inciso I e § 9º, e 29, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006 e dos artigos 3º, inciso II, alínea 'a', 5º, inciso I, e 6º, inciso II, da Resolução CGSN nº 15/2007.

Veja os artigos 3º, inciso II, alínea 'a', 5º, inciso I, e 6º, inciso II, da Resolução CGSN nº 15/2007.:

Art. 3º A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação da ME ou da EPP, dar-se-á:

.....
II – obrigatoriamente, quando:

a.) incorrer na hipótese do inciso I do art. 12 da Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007

Art. 5º A exclusão de ofício da ME ou da EPP optante pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

I – verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

.....
Art. 6º A exclusão das ME e das EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

.....
II – na hipótese da alínea ‘a’ do inciso II do caput do art. 3º, **a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente ao do que tiver ocorrido o excesso;**

(grifo nosso)

E o inciso I do art. 12 da Resolução CGSN nº 04 de 30 de maio de 2007:

Art.12. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a ME ou a EPP:

I – que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais);

.....
Ora, no Ato Declaratório nº 66, que deu publicidade ao evento trouxe um outro enquadramento legal do efeito da exclusão do simples, no seu art. 2º:

Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir do dia 1º de janeiro de 2009, conforme disposto no artigo 29, inciso VIII, § 1º da Lei Complementar nº 123/2006.

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;(grifo nosso).

.....
§ 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) ano-calendário seguintes.

Observa-se que, equivocadamente, o enquadramento legal dos efeitos da exclusão do simples constante no ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 66, DE 4 DE JUNHO DE 2013, está em desacordo com a motivação da exclusão, que aponta no regramento legal a falta de escrituração do livro caixa, ou a não identificação da movimentação financeira, inclusive bancária no livro caixa. No entanto, a motivação apontada no mesmo Ato (art. 1º) foi:

em virtude de a receita bruta no valor de R\$ 15.338.683,45, no ano calendário de 2009, ter ultrapassado o limite estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006.

Logo, concluímos ser correto o efeito da exclusão apontado pela Fiscalização, na Representação Fiscal da Exclusão do simples, para esta motivação mencionada.

*O lançamento do IRPJ e contribuições sociais reflexas foi efetuado levando em consideração a exclusão da recorrente do SIMPLES. Todavia, pelo exposto, o efeito da exclusão, como fundamentado pela Fiscalização, **ocorreu a partir no ano calendário de 2010 (ano seguinte ao período fiscalizado)**. De efeito, a base de cálculo do lançamento não corresponde com a base válida eleita pelo contribuinte.*

O vício na identificação do procedimento de apuração da base de cálculo do tributo importa em erro na delimitação do aspecto material do fato gerador e, conseqüentemente, do cálculo do montante devido, maculando de nulidade o lançamento por afronta ao artigo 142 do CTN, verbis:

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a **verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação***

correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.(grifo nosso)

Desta feita considero, improcedente o lançamento de IRPJ e das contribuições sociais reflexas.

Tendo em vista o voto acima, fica prejudicada a análise dos demais itens impugnados.

IV - CONCLUSÃO

*Em vista do exposto, **VOTO** pela **impugnação procedente**, e, por conseguinte, pela exoneração do crédito tributário lançado;*

[...]

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano, Relator.

Do conhecimento.

O recurso de **ofício** foi encaminhado a este Colegiado, tendo como base a Portaria MF de nº 3, de 03 de janeiro de 2008, cujo limite de alçada para seguimento e apreciação era o crédito exonerado ser superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), entretanto, tal limite foi ampliado para R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), nos termos da Portaria MF de nº 63, de 09/02/2017, sendo este o limite a ser considerado por este Colegiado, conforme inclusiva atestado pela **Súmula CARE de nº 103**:

Para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância.

De se verificar, então, o valor do crédito tributário exonerado, no caso, apenas o principal e multa de ofício. Para tanto, reproduzo o quadro com os valores, então demonstrados na decisão recorrida:

TRIBUTO	IMPOSTO- R\$	JUROS DE MORA- R\$	MULTA – R\$	TOTAL – R\$
IRPJ	339.434,24	121.860,91	509.151,35	970.446,50
PIS	98.430,07	36.038,35	147.645,07	282.113,49
COFINS	454.292,81	166.331,06	681.439,18	1.302.063,05
CSLL	163.545,42	58.721,35	245.318,13	467.584,90
TOTAL				3.022.207,94

Considerando os valores indicados nas colunas IMPOSTO – R\$ e MULTA – R\$, tem-se que o seu somatório é superior a R\$ 2.500.000,00, de forma que conheço do **recurso de ofício**.

Da análise

Conforme consta na **Representação Fiscal – Exclusão do Simples Nacional**, a autoridade fiscal apurou que a Contribuinte teria auferido, no ano calendário de **2009**, um montante de R\$ 15.338.683,45 a título de receita bruta, ultrapassando, assim, o limite legal para permanência no SIMPLES NACIONAL.

Eis o relato:

Deste modo, resta claro que o contribuinte infringiu o artigo 30, inciso II, da Lei Complementar nº 123/2006, ao optar e permanecer no SIMPLES NACIONAL, no ano calendário de 2010, mesmo excedendo aos limites estabelecidos para Microempresa (ME) no ano-calendário de 2009, sujeitando-se à exclusão de ofício deste regime, conforme dispõem os artigos 3º, § 9º, e 29, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006 e o artigo 5º, inciso I, da Resolução CGSN nº 15/2007.

Face ao exposto, formalizo a presente Representação Fiscal que deve ser encaminhada ao Sr. Delegado da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro – 2, propondo que seja determinada a exclusão do contribuinte do SIMPLES NACIONAL, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2010, nos termos dos artigos 3º, inciso I e § 9º, e 29, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006 e dos artigos 3º, inciso II, alínea ‘a’, 5º, inciso I, e 6º, inciso II, da Resolução CGSN nº 15/2007.

Com base na referida Representação, foi emitido o ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 66, de 04 de junho de 2013 (DOU):

DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL
NO RIO DE JANEIRO II

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 66,
DE 4 DE JUNHO DE 2013

Exclui do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) de que tratam os arts. 12 a 41 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, republicada em 31.01.2012, a pessoa jurídica que menciona.

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso II do art. 302 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, e tendo em vista o disposto no art. 33 da Lei Complementar nº 123, de 2006, e no art. 75 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, declara:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a pessoa jurídica, a seguir identificada, em virtude de a receita bruta no valor de R\$ 15.338.683,45, no ano-calendário de 2009, ter ultrapassado o limite estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006.

Nome Empresarial: RS MARCELINO BEBIDAS E GÊNEROS ME. CNPJ: 06.185.103/0001-50.

Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir do dia 1º de janeiro de 2009, conforme disposto no artigo 29, inciso VIII, § 1º da Lei Complementar nº 123/2006.

Art. 3º A pessoa jurídica poder apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência deste ADE, manifestação de inconformidade dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento, protocolada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de sua jurisdição, conforme disposto no art. 39 da Lei Complementar nº 123, de 2006, e nos termos do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 - Processo Administrativo Fiscal (PAF).

Parágrafo único. Não havendo apresentação de manifestação de inconformidade no prazo de que trata este artigo, a exclusão tornar-se definitiva.

Aqui já temos uma divergência entre a Representação e o ADE:

- a Representação acusa excesso de receita bruta no ano calendário de **2009** e, consequentemente, os efeitos da exclusão da empresa do SIMPLES NACIONAL se processam a partir do ano calendário seguinte, em 2010;

- o ADE acusa a exclusão por força de excesso de receita bruta no ano calendário de **2009**, em sintonia com o apurado na Representação Fiscal, entretanto, e aqui reside o equívoco, dispôs o ato que os efeitos da exclusão se dariam a partir de 01 de janeiro de 2009, citando estar de acordo com o disposto no artigo 29, inciso VIII, §1º da LC 123/2006;

De se ver tal dispositivo:

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 calendários seguintes.

Este equívoco poderia ser sanado, **em momento próprio**, uma vez que comprovadamente existia o erro apontado no ADE, com relação aos efeitos da exclusão, então divergente com o momento temporal acertadamente indicado na Representação Fiscal.

Entendo que possam ocorrer erros desta espécie, basta ver as várias causas de exclusão de pessoas jurídicas do SIMPLES NACIONAL (SN), algumas para microempresas e outras específicas para empresas de pequeno porte, e os pertinentes efeitos à cada uma delas, então enfileirados na LC 123 de 2006, sem contar com as diversas explicações e orientações emanadas de resoluções de Comitê Gestor do SN.

Mas no caso aqui dos autos, não há mais possibilidade de tal saneamento.

O presente processo trata do lançamento de ofício de IRPJ e de contribuições sociais (lançamentos decorrentes) em face da exclusão da Contribuinte do SIMPLES NACIONAL, sendo que o período base a ser objeto de tributação seria aquele em sintonia com o momento temporal indicado na Representação Fiscal, pois estabelecido em função da causa excludente ali apontada: **excesso de receitas**.

E o próprio **Termo de Verificação e Constatação Fiscal** seguiu na linha do apurado na Representação Fiscal. Eis parte de seu relato:

Os procedimentos de auditoria efetuados constataram que o contribuinte auferiu, no ano-calendário de 2009, uma receita bruta total de R\$ 15.338.683,45, tendo, deste modo, excedido o limite de R\$

240.000,00, previsto no artigo 3º, inciso II, da Lei Complementar nº 123/2006, no artigo 12, inciso I, da Resolução CGSN nº 04/2007, para que uma pessoa jurídica possa usufruir deste regime favorecido e diferenciado, conforme a seguir descrito.

Neste sentido, os efeitos da exclusão dar-se-iam a partir do ano calendário subsequente ao excesso de receitas, no caso seria a partir de 01 de janeiro de 2010.

Então, os tributos ora lançados de ofício deveriam ser apurados com base em matéria tributável verificada no período base de 2010.

Entretanto, não foi isso o que ocorreu, uma vez que o auto de infração de IRPJ foi lavrado com base em dados obtido do ano de 2009, procedimento incorreto e que gerou exigências fiscais (IRPJ e contribuições sociais) em desacordo com a legislação ora vista, devendo as mesmas serem canceladas, pois a base de cálculo dos lançamentos tributários está irremediavelmente incorreta, não apresentando a liquidez e certeza que devem se pautar os lançamentos conforme estabelece o art.142 do CTN.

E assim acertadamente foi a conclusão da **decisão de piso**:

Observa-se que, equivocadamente, o enquadramento legal dos efeitos da exclusão do simples constante no ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 66, DE 4 DE JUNHO DE 2013, está em desacordo com a motivação da exclusão, que aponta no regramento legal a falta de escrituração do livro caixa, ou a não identificação da movimentação financeira, inclusive bancária no livro caixa. No entanto, a motivação apontada no mesmo Ato (art. 1º) foi:

em virtude de a receita bruta no valor de R\$ 15.338.683,45, no ano calendário de 2009, ter ultrapassado o limite estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006.

Logo, concluímos ser correto o efeito da exclusão apontado pela Fiscalização, na Representação Fiscal da Exclusão do simples, para esta motivação mencionada.

*O lançamento do IRPJ e contribuições sociais reflexas foi efetuado levando em consideração a exclusão da recorrente do SIMPLES. Todavia, pelo exposto, o efeito da exclusão, como fundamentado pela Fiscalização, **ocorreu a partir no ano calendário de 2010 (ano seguinte ao período fiscalizado)**. De efeito, a base de cálculo do lançamento não corresponde com a base válida eleita pelo contribuinte.*

O vício na identificação do procedimento de apuração da base de cálculo do tributo importa em erro na delimitação do aspecto material do fato gerador e,

conseqüentemente, do cálculo do montante devido, maculando de nulidade o lançamento por afronta ao artigo 142 do CTN, verbis:

*“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a **verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido**, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.**(grifo nosso)***

Desta feita considero, improcedente o lançamento de IRPJ e das contribuições sociais reflexas.

Conclusão

É o voto, negar provimento ao recurso de ofício.

(documento assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano