



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19515.002875/2007-59
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1002-001.444 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária**
Sessão de 09 de julho de 2020
Recorrente BORRACHARIA E RENOVADORA DE PNEUS SUENP LTDA EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES)

Ano-calendário: 2004

SIMPLES. RECEITA BRUTA AUFERIDA ACIMA DO LIMITE LEGAL. EXCLUSÃO.

Restando comprovado que a empresa contribuinte auferiu receita bruta em valores superiores ao permitido por lei para o enquadramento ao Regime Tributário do Simples Nacional, sua exclusão do regime simplificado é medida que se impõe.

DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA CARF N. 11.

Não corre o prazo prescricional durante o curso do processo administrativo tributário, não havendo que se falar, portanto, em prescrição intercorrente ou decadência na esfera administrativa tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Aílton Neves da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Aílton Neves da Silva, Rafael Zedral, Marcelo José Luz de Macedo e Thiago Dayan da Luz Barros

Relatório

Em atenção aos princípios da economia e celeridade processual, transcrevo o relatório produzido no Acórdão n.º 16-31.089 da 1ª Turma da DRJ/SP1, de 20 de abril de 2011, referente a esse processo aqui discutido, de n.º 19515.002875/2007-59 (fls. 244 a 251):

O presente processo foi iniciado com a Representação Fiscal para Exclusão do Simples (fls. 01 e 02) na qual auditor fiscal relata que em procedimento fiscal junto à contribuinte acima qualificada constatou que esta, no ano-calendário 2003, auferiu receita bruta em montante superior ao limite para permanência no Simples estabelecido no inciso II do artigo 2º da Lei n.º 9.317/1996, com a redação vigente naquele ano-calendário. A matéria tributável apurada, relativamente ao ano-calendário 2003, foi lançada de ofício de acordo com o Simples, já que este era o sistema de tributação ao qual a interessada havia optado, e formalizada no processo administrativo 19515.002865/2007-13 (fl. 97). Acompanharam esta Representação cópias de alguns documentos do procedimento fiscal: demonstrativo consolidado do crédito tributário (fl. 03), Termo de Verificação e Constatação Fiscal (fls. 04 a 08), demonstrativo de percentuais aplicáveis sobre a receita bruta (fl. 09), autos de infração (fls. 10 a 28) e Termo de Encerramento (fl. 29). Os lançamentos Simples formalizados no processo 19515.002865/2007-13 foram julgados por esta I a Turma nesta mesma sessão de julgamento e foram integralmente mantidos conforme cópia do Acórdão 16-31.088 (fls. 228 a 240).

2. Diante da Representação Fiscal, a contribuinte acima identificada, mediante Ato Declaratório Executivo Derat/SPO n.º 207, de 17 de outubro de 2007 (fl. 32), foi considerada excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) por ter ultrapassado o limite legal para receita bruta no ano-calendário 2003, infringindo o disposto no artigo 9º, inciso II, da Lei n.º 9.317/1996 com a redação vigente naquele ano-calendário. Os efeitos da exclusão da empresa do Simples foram a partir de 01/01/2004, conforme inciso IV do artigo 15 da mesma Lei n.º 9.317/1996.

3. O referido Ato Declaratório Executivo foi cientificado à interessada em 01/11/2007 (fl. 33 verso). Irresignada com a exclusão do Simples, a contribuinte apresentou em 21/11/2007 (fl. 34), representada por procuradora (fls. 62 a 69), a manifestação de inconformidade de fls. 34 a 62, acompanhada dos documentos de fls. 63 a 94. Ao apreciar esta manifestação de inconformidade, esta I a Turma, no Acórdão 16-25.037, de 22 de abril de 2010 (fls. 98 a 104), reconheceu a nulidade do Ato Declaratório de fl. 32 por ter sido praticado por pessoa incompetente.

4. Os autos foram devolvidos ao órgão preparador que emitiu o Ato Declaratório Executivo DERAT n.º 61/2010 (fl. 115), excluindo a contribuinte do Simples a partir de 01 de janeiro de 2004 (artigo 15 da Lei n.º 9.317/1996), pela receita bruta ter ultrapassado no ano-calendário de 2003 o limite legal, com fulcro no artigo 9º, incisos I e II, da Lei n.º 9.317/1996.

5. A interessada tomou ciência deste novo ato de exclusão em 08/10/2010 (fls. 116 e 117). Novamente irresignada, em 05/11/2010 (fl. 118) a contribuinte apresentou a manifestação de fls. 118 a 146, representada por procuradora (fls. 146 a 156) e acompanhada dos documentos de fls. 147 a 225, na qual alega, em síntese, o seguinte:

5.1. a exclusão da recorrente do Simples, de forma retroativa a 01 de janeiro de 2004, é indevida e ilegal devido à ocorrência da decadência do direito do Fisco, nos termos do artigo 173, inciso I, do CTN, que não foi interrompida com a lavratura dos autos de infração em 2007, pois o julgamento destes não foi concluído nos termos do artigo 57 da Lei n.º 9.784/1999;

5.2. segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, antes da decisão definitiva administrativa flui somente prazo decadencial;

5.3. o Ato de Exclusão é reflexo de lançamentos de ofício formalizados no processo 19515.002865/2007-13 e que estão sendo discutidos devido à impugnação apresentada (cópia às fls. 169 a 190);

5.4. aqueles lançamentos possuem imensuráveis chances de serem anulados tendo em vista as questões de Direito arguidas naquela defesa;

5.5. não foi descaracterizada a contabilidade da contribuinte, tendo a fiscalização enveredado aleatoriamente e sem qualquer critério pelo tortuoso caminho das presunções, desvinculando-se dos demais preceitos impostos pela legislação de regência, chegando a considerar valores fornecidos por terceiros, que podem inclusive ser concorrentes indiretos da contribuinte, como base de cálculo para apuração de tributos e contribuições da impugnante;

5.6. ao presumir que a falta de comprovação dos recursos utilizados no pagamento de mercadorias e insumos caracteriza a omissão de receita passível de tributação, o Fisco fez mau uso das presunções e alterou indevidamente o conceito de renda e de lucro estabelecido nos artigos 153, inciso III, e 195, inciso I, da Constituição Federal (CF) e artigos 43 e 110 do Código Tributário Nacional (CTN), conforme interpretações doutrinária e jurisprudencial transcritas;

5.7. somente podem ser tributados a renda e o lucro que efetivamente representarem acréscimo patrimonial novo, efetivo e disponível para a empresa, não se enquadrando neste conceito os recebimento por conta e ordem de terceiros, os estornos e os resgates de aplicações financeiras, sob pena de se estar tributando o próprio patrimônio da contribuinte;

5.8. refuta também a cobrança da CSLL, da contribuição ao INSS, do PIS e da COFINS sob os mesmos argumentos já citados, até porque o julgamento do lançamento principal refletirá nos lançamentos decorrentes;

5.9. especificamente no tocante ao PIS e à COFINS, o Fisco, ao utilizar indistintamente supostos pagamentos realizados pela compra de mercadorias e insumos de terceiras empresas, incluiu na base de cálculo de referidas contribuições valores relativos a receitas que, além de não serem próprias, são não-operacionais, o que não era permitido pela redação original do artigo 195, inciso I, da Constituição Federal (CF), vigente no momento de edição da Lei n.º 9.718/1998;

5.10. ainda que se considere que a Lei n.º 9.718/1998 criou nova fonte de custeio para a seguridade social, o fato de não ser Lei Complementar, ofende os artigos 59, parágrafo único, 195, § 4º, e 154, inciso I, da CF;

5.11. a contribuição ao PIS foi recepcionada pelo ordenamento jurídico (artigo 239 da CF) conforme instituída pela Lei Complementar n.º 07/70, não podendo, desta forma, ser revogada ou alterada por legislação ordinária medidas provisórias, que não são o instrumento legislativo competente, conforme o disposto nos artigos 59, parágrafo único, 195, § 4º, e 154, inciso I, da CF;

5.12. admitir que o conceito de faturamento existente no artigo 195, inciso I, da CF, antes da alteração realizada pela Emenda Constitucional (EC) n.º 20/1998 não é, conforme estabelecido pelo Direito Privado, "receita bruta de vendas", mas sim "totalidade das receitas", é tornar letra morta o disposto no artigo 110 do Código Tributário Nacional (CTN) que veda a alteração da definição, do alcance e do conteúdo dos conceitos e formas de direito privado pela legislação tributária, bem como ofender

os princípios constitucionais da legalidade (artigos 5º, inciso II, e 150, inciso I, da CF) e da segurança jurídica (artigo 5º, caput);

5.13. a EC n.º 20/1998, promulgada em 16/12/1998, somente alcançou as leis editadas posteriormente à sua promulgação, sendo, portanto, inconstitucional, para não se malferir os princípios da legalidade e da segurança jurídica, o alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS, efetuados pela Lei n.º 9.718/1998, de 27/11/1998, conforme inclusive já decidiu o Supremo Tribunal Federal em novembro de 2005;

5.14. a edição da Medida Provisória que foi convertida na Lei n.º 9.718/1998 afrontou o artigo 246 da CF;

5.15. está nitidamente demonstrada a inviabilidade da exclusão da contribuinte do Simples, pois os valores apurados na fiscalização como suposta omissão de receita restaram totalmente refutados;

5.16. admitir a exclusão do Simples retroativamente é violar o princípio da segurança jurídica e desrespeitar o artigo 142 do Código Tributário Nacional;

5.17. o ato administrativo de exclusão do Simples, formalizado através do Ato Declaratório Executivo, somente produz seus efeitos jurídicos após sua regular notificação ao contribuinte, quando se forma a relação jurídica tributária, e é atendido o princípio da publicidade, previsto expressamente no artigo 37 da Constituição Federal;

5.18. inúmeros julgados do antigo Conselho de Contribuintes, cujas ementas são transcritas, consideraram nulos autos de infração lavrados com base em valores correspondentes a somatória de supostas compras de mercadorias e insumos de terceiros, sem a averiguação concreta de todos os fatores que influenciam a apuração dos tributos, tais como a verificação dos custos, diferenças de estoques inventariados e apuração efetiva do lucro e uma ementa transcrita reconhece a ilegalidade dos efeitos retroativos da exclusão;

5.19. em face do Princípio da Verdade Material, protesta por todos os meios de prova admitidos, inclusive a juntada posterior de novos documentos, que auxiliem o julgamento da demanda; e

5.20. diante do exposto, requer a declaração de nulidade do Ato Declaratório Executivo DERAT/SPO n.º 61/2010, assim como a ilegalidade de seu efeito retroativo.

A DRJ/SP1 julgou improcedente o pedido da empresa recorrente contido em sua manifestação de inconformidade. O contribuinte acima identificado foi excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, por auferir receita bruta no ano-calendário de 2003 que ultrapassou o limite legal (fls. 250 e 251):

[...] 9. A fiscalização constatou que a contribuinte auferiu no ano-calendário 2003, entre receita omitida e receita declarada, o montante de R\$2.382.095,57 (fl. 01), valor superior ao limite legal para permanência no Simples conforme o disposto nos artigos 9º, incisos I e II (com a redação vigente em 2003 dada pela Medida Provisória n.º 2.189-49/2001), 13, inciso II, letra "a", 14, inciso I, e 15, inciso IV, da Lei n.º 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

[...] 10. Como se vê, a própria lei que disciplina o Simples e que vigia em 2003 determina que o contribuinte deve ser excluído deste sistema de tributação favorecido

no ano seguinte ao que ultrapassar o limite legal permitido. Em 2003 a interessada ultrapassou o limite legal para permanecer no Simples Federal. Assim, os efeitos da exclusão do ADE de fls. 115 valem a partir de 01 de janeiro de 2004, inclusive quanto aos anos-calendário posteriores a 2004, ainda que a contribuinte tenha auferido nestes anos posteriores receita inferior ao limite estabelecido para opção pelo Simples Federal, já que a lei (inciso IV do artigo 15 da Lei n.º 9.317/1996) determina os efeitos da exclusão "a partir do ano-calendário subseqüente" e não "no ano-calendário subseqüente".

[...] 14. Diante do exposto, voto por julgar IMPROCEDENTE a manifestação de inconformidade apresentada contra o Ato Declaratório Executivo DERAT n.º 061/2010 de fl. 115.

Dessa forma, a 1ª Turma da DRJ/SP1 decidiu pela improcedência da manifestação de inconformidade, mantendo a decisão de Unidade de Origem.

Face ao referido Acórdão da DRJ/SP1, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 256 a 285), requerendo que seja revista a exclusão da empresa do regime tributário do SIMPLES levada a efeito pela autoridade fiscal.

A contribuinte apresenta, ainda, documentos que julga comprovar os argumentos por ela aludidos (fls. 286 a 294).

Por fim, a empresa Recorrente pleiteia a reforma da decisão prolatada pela 1ª Turma da DRJ/SP1, requerendo o acolhimento do Recurso Voluntário interposto.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Thiago Dayan da Luz Barros, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 2º e do art. 23-B do Anexo II da Portaria MF n.º 343/2015 (Regimento Interno do CARF), atualizada pela Portaria MF n.º 329/2017, considerando-se tratar de exclusão e inclusão do Simples e do Simples Federal, desvinculados de exigência de crédito tributário, ano-calendário 2004.

Ainda, observo que o recurso é tempestivo (interposto em 31 de maio de 2012, vide termo de recebimento da RFB, fl. 256, face ao recebimento da intimação datada de 02 de maio de 2012, fl. 254), e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Preliminar

Alega a empresa contribuinte que, no caso em tela, *“houve a consumação da decadência tributária pelo decurso do prazo de 05 (cinco) anos que detinha a Fazenda para constituir o suposto crédito tributário oriundo da exclusão da ora recorrente do Simples”*.

No entanto, para que haja a alegada decadência do direito do fisco, com o processo já em trâmite, seria necessário seria que ocorresse a prescrição intercorrente ao Processo Administrativo Tributário, ou o seu fim, o que deve prosperar.

A corroborar com o exposto acima, importa transcrever o entendimento desse Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, exposto pela Súmula CARF nº 11, à qual foi atribuída efeito vinculante pela Portaria MF nº 227 de 07 de junho de 2018:

Súmula Vinculante CARF nº 11: Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal.

Sabe-se que o efeito vinculante atribuído à Súmula CARF nº 11, em 2018, se traduz na obrigatoriedade de adoção e aplicação de seu conteúdo a todos os seus destinatários, afastando toda e qualquer orientação em sentido diverso.

Isso se deve pelo fato de que, enquanto um processo administrativo tributário perdurar, o tributo não se constitui definitivamente. Somente com a constituição definitiva do crédito tributário, ou seja, com a conclusão do mencionado processo administrativo tributário é que se inicia o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para a Fazenda ajuizar a execução fiscal, nos termos do artigo 174 do Código Tributário Nacional.

O impedimento do curso do prazo prescricional se dá também porque o inciso III, do artigo 151, do Código Tributário Nacional, determina que a defesa ou recurso administrativo suspendem a exigibilidade do crédito tributário. E, se o tributo não pode ser exigido, não pode ser executado.

Em razão desta suspensão da exigibilidade do crédito, firmou-se o entendimento de que não corre o prazo prescricional durante o curso do processo administrativo tributário, não havendo que se falar, portanto, em prescrição intercorrente na esfera administrativa tributária.

Outro não é o entendimento jurisprudencial, consoante se verifica das decisões do ínclito Superior Tribunal de Justiça bem como do egrégio Supremo Tribunal Federal, abaixo transcritas (grifos nossos):

Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: “APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO - TRIBUTÁRIO – AÇÃO ANULATÓRIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO - AUTO DE INFRAÇÃO QUE FORA ANTERIORMENTE IMPUGNADO NA VIA ADMINISTRATIVA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – MANUTENÇÃO – AGRAVO RETIDO QUE SE NEGA PROVIMENTO - NÃO HÁ OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL, NEM AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ, A REMESSA DOS AUTOS AO GRUPO DE SENTENÇA PARA JULGAR A CAUSA – PRECEDENTES DO TJRJ E STJ – **ARGÜICÃO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO CURSO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E DE VIOLAÇÃO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO, NO SENTIDO DE IMPOSSIBILITAR A DISCUSSÃO JUDICIAL POR JÁ ESTAR PRESCRITO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO, ARGUMENTO QUE SE REJEITA – PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE PERMANECEU PARALISADO POR 12 ANOS, DE 1993 A 2005 – CONTUDO, NÃO OCORREU A PRESCRIÇÃO POIS, SEGUNDO O STJ, EM RECURSO REPETITIVO, O INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL SOMENTE SE INICIA APÓS A CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, COM O ENCERRAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL** – NO MÉRITO, NÃO FORAM COMPROVADAS AS ALEGAÇÕES DE NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, NEM DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO EM RAZÃO DA VENDA DAS MERCADORIAS NELE DISCRIMINADAS SEM A EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS - NÃO É POSSÍVEL O RECONHECIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA COM RELAÇÃO A UMA DAS MERCADORIAS DO AUTO DE INFRAÇÃO, DIANTE DA FALTA DE PROVAS PARA TANTO – NÃO HÁ RESPALDO LEGAL PARA A ALEGAÇÃO DE RETROATIVIDADE MAIS BENIGNA DE LEI PARA O CONTRIBUINTE – RECURSOS DESPROVIDOS”. [...]. Diante do exposto, com base no art. 544, § 4º, II, a, do CPC e no art. 21, § 1º, do RI/STF, conheço do agravo para negar-lhe provimento. Publique-se. Brasília, 12 de fevereiro de 2016. Ministro Luís Roberto Barroso Relator Documento assinado digitalmente. (STF - ARE n. 944.955/RJ, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 12/02/2016, publicado em 16/02/2016).

Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, "a" e "c", da CF) interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região cuja ementa é a seguinte (fl. 184, e-STJ): TRIBUTÁRIO. **PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA INTERCORRENTE. NÃO OCORRÊNCIA.** TERMO INICIAL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. RECURSO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 151 CTN. REMESSA OFICIAL E APELO PROVIDOS. [...] 2. A Lei n.º 9.873/99 não é aplicável aos procedimentos administrativos fiscais, já que se volta a regulamentar o prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta, e indireta, **não se aplicando aos processos administrativos fiscais, que possuem**

regulamentação específica. 3. O art. 151, inciso III, do CTN estabelece que os recursos administrativos suspendem a exigibilidade do crédito tributário. 4. Durante a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, não há que se aplicar a contagem do prazo prescricional até a decisão definitiva a respeito do recurso administrativo interposto pelo contribuinte, não se lhe aplicando a Lei n.º 9.873/99, direcionada apenas às questões eminentemente administrativas, decorrentes do exercício do poder de polícia, não sendo o caso de extensão às questões tributárias, ante a ausência de previsão por parte do legislador. Precedente: (REsp n.º 1.113.959-RJ (2009/0048881-3). Relator: Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 15/12/09). [...]

2. A interposição de recurso administrativo pela contribuinte, sob o fundamento de que a exação fiscal em questão é inconstitucional, suspende a exigibilidade do crédito tributário e a prescrição da cobrança, nos moldes preconizados pelo art. 151, III, do CTN. Precedentes do STJ. [...] 2. **O recurso administrativo, mesmo inadmissível, suspende a exigibilidade do crédito tributário e, por consequência o curso prescricional, pois o contribuinte tem direito à resposta estatal que, enquanto pendente de solução, impede a propositura da ação de cobrança.** Precedentes. [...] Diante do exposto, nos termos do art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao Recurso Especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 09 de janeiro de 2015. MINISTRO HERMAN BENJAMIN. Relator. (STJ - REsp n. 1.502.942/PE, Relator(a): Min. HERMAN BENJAMIN, julgado em 09/01/2015, publicado em 19/02/2015).

Posto isso, exprimindo os entendimentos das mais altas cortes julgadoras do Poder Judiciário, alinhado à inteligência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, explicitada pela Súmula Vinculante CARF n.º 11, rejeito a preliminar de incidência da decadência suscitada.

Mérito

Quanto ao mérito da presente demanda, necessário esclarecer que a contribuinte foi excluída do Simples pelo Ato Declaratório Executivo DERAT n.º 61/2010, por ultrapassar o limite proporcional permitido de receita bruta no ano-calendário de 2003, para o ano de início de atividades, de acordo com a fundamentação legal:

- Lei n.º 9.317 de 1996: art. 9º, I, II; art.12; 13, II, "a", §2º; art. 14, I; art. 15, IV, § 3º e art. 16;
- Instrução Normativa SRF n.º 608, de 09 de janeiro de 2006: art.20, I; art. 21; art. 22, II, "a"; art. 23, I; art. 24, VI; e art. 25.

Não obstante as decisões administrativas, a empresa contribuinte alega que “*a fiscalização se pautou principalmente em informações e documentos fornecidos por terceiros, que podem, inclusive, ser concorrentes indiretos do contribuinte, a despeito da regularidade dos lançamentos fiscais realizados pelo contribuinte*” (fl. 262).

Ocorre que a fiscalização constatou que a contribuinte auferiu no ano-calendário 2003, entre receita omitida e receita declarada, o montante de R\$2.382.095,57 (fl. 02), valor superior ao limite legal para permanência no Simples.

Corroborando com o exposto, o Acórdão 16-31.088 da 1ª Turma da DRJ/SP1 (fls. 231 a 243), prolatado em 20 de abril de 2011, que apreciou a impugnação apresentada pela contribuinte contra os lançamentos bem como a constatação da receita omitida em 2003 no montante de R\$2.382.095,57, formalizados no processo 19515.002865/2007-13, negou provimento ao recurso do autor, o que confirma a exclusão da contribuinte do Simples a partir de 01 de janeiro de 2004 e dispensa a apreciação das alegações da manifestante quanto aos lançamentos e à presunção legal, já tratados naquele processo administrativo.

O mencionado acórdão 16-31.088 da 1ª Turma da DRJ/SP1, prolatado em 20 de abril de 2011, teve a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

ESPÉCIES DE PROVAS. PERICIAL. DILIGÊNCIA. DOCUMENTAL. MOMENTO PARA REQUERER OU APRESENTAR. IMPUGNAÇÃO.

O processo administrativo fiscal federal prevê a prova pericial, a diligência e a prova documental, devendo as primeiras ser formuladas e justificadas na impugnação e a última, em regra, ser apresentada juntamente com a mesma impugnação.

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO.

A instituição de uma presunção pela lei tributária transfere ao contribuinte o ônus de provar que o fato presumido pela lei não aconteceu em seu caso particular.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

PAGAMENTOS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. OMISSÃO DE RECEITAS.

A falta de escrituração de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica caracteriza omissão de receitas.

OMISSÃO DE RECEITAS. DETERMINAÇÃO DO IMPOSTO. REGIME DE TRIBUTAÇÃO.

Verificada a omissão de receita, o imposto a ser lançado de ofício deve ser determinado de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Data do fato gerador: 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003 31/05/2009, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

LANÇAMENTO. JULGAMENTO. NORMAS APLICÁVEIS. IMPOSTO DE RENDA.

As normas relativas ao imposto de renda devem ser aplicadas na determinação e exigência dos créditos tributários devidos em conformidade com o Simples.

Restam, portanto, ratificados os fatos, com documentação probatória, apresentados pela Administração Tributária por meio do documento “Representação Fiscal para Fins de Exclusão de Ofício do Simples” (fls. 02 e 03), que levaram de forma correta à exclusão da empresa contribuinte do Simples Federal.

Importa mencionar que a contribuinte não apresentou documentação alguma capaz de corroborar com o que alega, se limitando a argumentar de forma vazia contra os documentos juntados pela autoridade tributária.

Nesse sentido, o artigo 16 do Decreto 70.235 de 1972 determina que a impugnação/manifestação de inconformidade deve ser instruída com a prova documental do direito alegado, que assevera:

Art. 16. **A impugnação mencionará:**

[...]

III – os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir:

[...]

§ 4.º **A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual,** a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

(grifos nossos)

Corroborando com o exposto, os artigos 319, inciso VI, bem como 373, inciso I, ambos do Código de Processo Civil, diploma aplicado de forma suplementar ao processo

administrativo, disciplinam ser do autor (no presente caso o sujeito passivo da obrigação tributária) o ônus de comprovar seu direito alegado:

Art. 319. A petição inicial indicará:

[...]

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

Não menos importante é o que estabelece a Lei 9.784 de 1999, que diz ser incumbência da parte interessada fornecer os elementos materiais que comprovem o direito que pretende ver reconhecido:

Art 4º São deveres do administrado:

[...]

IV – prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos;

[...]

Art 40 Quando dados, atuações ou documentos solicitados ao interessado forem necessários à apreciação do pedido formulado, o não atendimento no prazo fixado pela Administração para a respectiva apresentação implicará arquivamento do processo.

Sendo ônus do contribuinte comprovar seu direito e considerando que a mesma dispõe de melhores condições para o esclarecimento dos fatos com provas hábeis por ela produzidas, a demonstração cabal dos argumentos por ela aludidos, dependeria, portanto, da conexão lógica entre as explicações e referências da empresa contribuinte com os documentos por ela apresentados, o que não aconteceu.

Não basta que a contribuinte junte aos autos numerosos documentos na tentativa de ver seu pedido deferido. As documentações probantes devem estar acompanhadas de relatório analítico explicativo, planilhamento de valores, ênfase em pontos relevantes, tudo no intuito de possibilitar sua análise detalhada.

Sobre tal aspecto, a ilustre doutrinadora Fabiana Del Padre Tomé preleciona, de modo esclarecedor, no sentido de que o “*instrumento utilizado para transportar os fatos ao*

processo, construindo fatos jurídicos, é o que denominamos meio de prova. Isso não significa, contudo, que para provar algo basta simplesmente juntar um documento aos autos. É preciso estabelecer relação de implicação entre esse documento e o fato que se pretende provar.”

A ausência de esclarecimentos precisos e a falta de demonstração cabal por parte da empresa contribuinte, por não ter apresentado documentos hábeis à comprovação do direito pleiteado, como escrituração contábil do período, devidamente registrada e chancelada pelo órgão oficial competente, com apresentação de termo de abertura e termo de encerramento bem como livros diário e razão, acompanhados de assinatura dos responsáveis pela empresa; notas fiscais; extratos bancários; ou qualquer documentação capaz de legitimar o direito pretendido; resulta na impossibilidade de reconhecimento de seu direito pleiteado.

Sobre o tema, a Lei 9.317 de 1996, estabelece:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

[...]

§1º Na hipótese de início de atividade no ano-calendário imediatamente anterior ao da opção, os valores a que se referem os incisos I e II serão, respectivamente, de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e R\$ 100.000,00 (cem mil reais) multiplicados pelo número de meses de funcionamento naquele período, desconsideradas as frações de meses.

[...]

Art. 12. A exclusão do SIMPLES será feita mediante comunicação pela pessoa jurídica ou de ofício.

[...]

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

[...]

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

[...]

III - a partir do início de atividade da pessoa jurídica, sujeitando-a ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos impostos e contribuições, devidos de conformidade com as normas gerais de incidência, acrescidos, apenas, de juros de mora quando efetuado antes do início de procedimento de ofício, na hipótese do inciso II, "b", do art. 13;

Dessa forma, restando comprovados por meio de documentos hábeis as alegações da autoridade tributária, o indeferimento do pedido pleiteado pela empresa contribuinte é medida que se impõe.

Dispositivo

Posto isso, restando comprovado que a empresa contribuinte auferiu receita bruta em valores superiores ao permitido por lei para o enquadramento ao Regime Tributário do Simples Nacional, torna-se inviável o reconhecimento da pretensão pleiteada nos autos, não havendo motivos para a reforma do Acórdão da DRJ pelos motivos anteriormente expostos. Nesse sentido, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso, mantendo integralmente a decisão de piso, reconhecendo o Ato Declaratório Executivo DERAT n.º 61/2010, e os atos administrativos ulteriores que o ratificaram.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros