

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10320.003116/2005-54
Recurso nº 167948 De Ofício
Acórdão nº 1201-00.201 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de dezembro de 2009
Matéria IRPJ E OUTRO'
Recorrente M. DE J. DOS REIS GOMES
Recorrida DRJ Fortaleza

ASSUNTO: IRPJ, PIS, COFINS, CSLL

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

ARBITRAMENTO DO LUCRO. HIPÓTESES.

Para o arbitramento dos tributos de contribuinte optante pelo SIMPLES é necessária a sua prévia exclusão daquela sistemática, atendidas as formalidade legais fixadas pela lei, em especial a expedição de Ato Declaratório Executivo e sua intimação ao sujeito passivo.

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. EFICÁCIA.

Embora possa alcançar fatos geradores anteriores a sua edição, desde que não decaídos, o Ato Declaratório Executivo para exclusão da sistemática do SIMPLES tem eficácia a partir de sua ciência pelo sujeito passivo, sendo nulo o auto de infração que arbitrar o lucro do contribuinte pela sistemática ordinária antes da sua formal exclusão do SIMPLES, via regular emissão e intimação do referido Ato Declaratório Executivo.

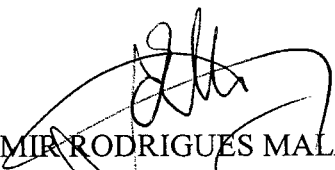
IRRETROATIVIDADE DOS EFEITOS DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO PARA SANAR NULIDADE DE AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO ANTES DE SUA EDIÇÃO E INTIMAÇÃO.

A posterior emissão e intimação de Ato Declaratório Executivo não convalida auto de infração anteriormente lavrado em face de contribuinte optante pelo SIMPLES, a fim de constituir crédito tributário arbitrado. Precedente do STF, RE 346.084-6, aplicável por analogia.

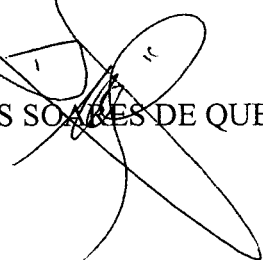
Remessa oficial a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.



CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS - Presidente.



REGIS MAGALHÃES SOARES DE QUEIROZ - Relator.

EDITADO EM: 24 MAI 2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Adriana Gomes Rêgo (Presidente da Turma), Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Barbosa Jaguaribe, Marcelo Cuba Netto (Suplente Convocado), Regis Magalhães Soares Queiroz, Antonio Carlos Guidoni Filho (Vice Presidente de Turma).

Relatório

Conselheiro REGIS MAGALHÃES SOARES DE QUEIROZ, relator:

Cuida-se de remessa oficial para examinar a r. decisão *a quo*, que julgou o lançamento integralmente improcedente, da qual adoto o relatório:

“Contra o Sujeito Passivo acima identificado foram lavrados Autos de Infração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ (fls. 06/20), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL (fls. 21/35), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins (fls. 229/244) e da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS (fls. 429/444), para formalização e cobrança dos créditos tributários neles estipulados no valor total R\$ 1.648.934,59, inclusive encargos legais, calculados até 31/10/2005.

Conforme relatado na “Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is) de fls. 07/0, o lançamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, no valor total de R\$ 316.868,71, incluindo encargos legais, foi lavrado, tendo em vista que a contribuinte foi excluída do Simples por meio do Ato Declaratório Executivo nº 28, de 09/11/2005, com efeitos a partir de 01/01/2002, por ter ultrapassado, no ano-calendário de 2001, o limite de receita de R\$ 1.200.000,00 estabelecido para “Empresa de Pequeno Porte – EPP”, uma vez que auferiu receita operacional no valor de R\$ 1.726.175,40.

Assim, por estar sujeita a tributação pelo lucro real no período de 01/02/2002 a 31/12/2004, e não possuir escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, fato por ela declarado, conforme expediente datado de 13/04/2005, a fiscalização procedeu ao arbitramento do lucro nos períodos de 03/2001, 06/2001, 09/2001, 12/2001, 03/2002, 06/2002, 09/2002, 12/2002, 03/2003, 06/2003, 09/2003, 12/2003, 03/2004, 06/2004, 09/2004 e 12/2004, com supedâneo no art. 530, inciso I, do RIR/99.

Os valores das receitas foram apurados a partir de levantamento realizado no Livro de Registro de Saídas e Livro de Apuração do ICMS da contribuinte, uma vez que a mesma não atendeu às solicitações da fiscalização, pois deixou de apresentar sua escrituração das leis comerciais e fiscais, relativa ao período 01/01/2002 a 30/11/2004. Em resposta às solicitações formuladas, a empresa prestou uma declaração, em 13/04/2004, assinada por seu procurador, sr. Rozemar Rodrigues Moreira onde diz: “A empresa acima citada, através desta informa que não tem os livros CAIXA – RAZÃO – DIÁRIO, somente temos os que colocamos à disposição da Receita Federal. Esclarecemos ainda, que não temos escrituração contábil, e que procuramos atender a solicitação de Vossa Excelência dentro das nossas possibilidades”. Face ao ocorrido, só restou à fiscalização a opção de efetuar o arbitramento do lucro da empresa, do período de 01/01/2002 a 30/11/2004, com base na receita de vendas de mercadorias constantes dos livros fiscais, como também do ano-



calendário de 2001, pelos motivos descritos em “Razão do Arbitramento”.

Os valores tributáveis encontram-se elencados na “Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is) de fls. 08/10.

Enquadramento Legal: Arts. 530, inciso I, e 532 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26/03/1999 - RIR/99.

Foram lavrados, ainda, os seguintes Autos de Infração Reflexos:

Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido CSLL, fls. 21/35, capitulada no artigo 2º e seus parágrafos, da Lei nº 7.689/88, arts. 19 e 20 da Lei nº 9.249/95, art. 29 da Lei nº 9.430/96 e art. 6º da Medida Provisória nº 1.858/99 e reedições, no valor total de R\$ 223.330,76, incluindo encargos legais, decorrente da omissão de receitas;

Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, fls. 229/244, capitulada no artigo 1º da Lei Complementar nº 70/91, arts. 2º, 3º e 8º, da Lei nº 9.718/98, com as alterações na Medida Provisória nº 1.807/99 e reedições, com as alterações da Medida Provisória nº 1.858/99 e reedições, arts. 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/02 e arts. 1º, 3º e 5º da Lei nº 10.833/03, no valor total de R\$ 862.643,80, incluindo encargos legais, tem por suporte fático falta/insuficiência de recolhimento da aludida contribuição;

Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, fls. 429/444, capitulada nos artigos 1º e 3º da Lei Complementar nº 7/70, art. 2º, inciso I, 8º, inciso I e 9º da Lei nº 9.715/98, arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718/98, arts. 2º, inciso I, alínea “a” e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/02 e arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 10.637/02 no valor total de R\$ 246.091,32, incluindo encargos legais, tem por suporte fático falta/insuficiência de recolhimento da aludida contribuição.

Inconformada com as exigências das quais tomou ciência via postal em 03/11/2005, por meio do Aviso de Recebimento – AR (fl. 179), a contribuinte apresentou, em 02/01/2006, impugnações contra os lançamentos do IRPJ e CSLL (fls. 183/194), da Cofins (fls. 390/407) e do PIS (fls. 590/607), fundamentando-as nos argumentos abaixo elencados:

- a impugnante é empresa individual, devidamente registrada na JUCEMA, que tem por objeto o comércio varejista de gêneros alimentícios, exercendo suas atividades regularmente desde fevereiro de 1999, tendo optado pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das micro empresas e empresa de pequeno porte – Simples;

- aduz que o arbitramento do lucro nos anos de 2002, 2003 e 2004 e o lançamento do imposto só poderiam ocorrer após o ato de exclusão da impugnante do regime do Simples, mas esse ato não ocorreu ou se ocorreu, não foi devidamente comunicado à contribuinte, embora no corpo no corpo do auto de infração, exatamente na descrição dos fatos

e enquadramento legal, o AFRF tenha se referido ao Ato Declaratório Executivo nº 28, de 09/11/2008, e este não foi anexado aos autos;

- a exclusão do simples deve se realizar por meio de ato administrativo – Ato Declaratório – assegurada ampla defesa e o contraditório em processo administrativo (art. 15, §3º da Lei nº 9.317/96) e a intimação tem que ser feita pessoalmente ao contribuinte, e a intimação por edital somente poderá ocorrer se resultarem improficuos os meios elencados (§1º) nos incisos I e II do art. 23 do Decreto nº 70.235/72, conforme entendimento da 2ª Câmara do Conselho de Contribuintes, no Recurso Voluntário nº 127.627;

- assim, conclui, em preliminar, que a nulidade do procedimento de exclusão do Simples deve ser acolhida por falta de meio legítimo – Emissão de Ato Declaratório ou, se este existir, por falta de intimação pessoal da contribuinte;

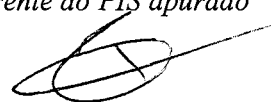
- no tópico “2.1 Descumprimento de obrigação acessória não é causa de exclusão do simples – Impossibilidade de arbitramento para o exercício de 2001”, a contribuinte elenca as causas de exclusão do simples previstas nos arts. 13 e 14 da Lei nº 9.317/96, afirmando que são taxativas, observando que a exclusão é sempre feita mediante comunicação, ou pela pessoa jurídica ou de ofício;

- afirma restar claro que ultrapassado o limite de receita no exercício de 2001, o efeito surtirá a partir do ano-calendário subsequente, de modo que o auto de infração deve ser anulado com relação ao exercício de 2001, pelo fato de a falta de livros e escrituração não estar na lista taxativa de exclusão do simples, pois o descumprimento de obrigações acessórias é inservível para a exclusão do Simples e, como tal, nem poderia constar da lista taxativa dos motivos de exclusão constantes dos arts. 13 e 14 da Lei nº 9.317/96;

- argúi a impossibilidade de cobrança não-cumulativa do PIS e da Cofins no regime de tributação do lucro presumido ou arbitrado, por vedação expressa prevista na Lei nº 10.637/2002 e Lei nº 10.833/03, não podendo vigorar as alíquotas de 1,65% e 7,6% (sete vírgula seis por cento), conforme aplicadas nos autos de infração;

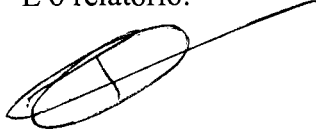
- elabora planilha em sua defesa (fl. 405 e 605), demonstrando os valores devidos de PIS e Cofins pelo regime da cumulatividade, com a aplicação das alíquotas de 0,65% e 3%, respectivamente.

Diante do exposto, requer a impugnante: 1) a anulação total do auto de infração pela falta de Ato declaratório de exclusão do Simples, tal como exigido pelo art. 15, §3º, da Lei nº 9.317/96, ou se este existir, pela falta de comunicação pessoal da impugnante, nos termos do art. 23, incisos I, II e III, do Decreto nº 70.235/72, tudo em obediência ao devido processo legal, art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988; 2) a anulação do auto de infração referente ao ano de 2001, pelo fato de a insuficiência ou falta de cumprimento de obrigação acessória não constar da lista taxativa de motivos de exclusão dos arts. 13 e 14 da Lei nº 9.317/96; 3) exclusão da alíquota de 7,6%, período de 2004, inerente à Cofins apurada pelo regime da não-cumulatividade, pois vedada pela Lei nº 10.833/03 para o lucro arbitrado; e 4) exclusão da alíquota de 1,65%, exercícios de 2003 e 2004, inerente ao PIS apurado



pelo regime da não-cumulatividade, pois vedada pela Lei nº 10.637/02 para o lucro arbitrado”.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'S' or 'L' shape with a horizontal line extending to the right.

Voto

Conselheiro REGIS MAGALHÃES SOARES DE QUEIROZ, relator:

O valor exonerado ultrapassa o limite de alçada e por isso tomo conhecimento da remessa oficial.

Consoante consta do documento Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fls. 07), a fiscalização procedeu ao arbitramento do lucro nos períodos de 03/2001, 06/2001, 09/2001, 12/2001, 03/2002, 06/2002, 09/2002, 12/2002, 03/2003, 06/2003, 09/2003, 12/2003, 03/2004, 06/2004, 09/2004 e 12/2004.

1. Cancelamento do arbitramento referente ao ano 2001

Com relação aos arbitramentos do lucro do ano de 2001, o lançamento foi cancelado ao fundamento de que o Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 28/06 produziu efeitos apenas a partir de 01.01.2002. Logo, descabida a apuração do lucro de período anterior com base da sistemática ordinária, *verbis*:

“Por fim, é de se concluir pela improcedência dos lançamentos em relação ao ano-calendário de 2001, pois a contribuinte era optante da sistemática do Simples, uma vez que o ADE nº 28/06 produziu efeitos a partir de 01/01/2002, fato reconhecido pelo o Auditor-Fiscal, e, desta forma, submetia-se às regras dessa sistemática de tributação, não sendo cabível a cobrança de IRPJ e CSLL pelo regime de tributação normal das empresas (lucro real, presumido ou arbitrado), nem tampouco de Cofins e PIS, conforme já analisado nesse voto, mesmo tendo a autuada deixado de apresentar livro Caixa e o de Registro de Inventário que era obrigada a possuir”.

Entendo estar correta a decisão reexaminada. A inscrição no SIMPLES obriga a apuração dos tributos conforme sua sistemática própria, estabelecida na Lei 9.317/96:

Art. 3º A pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, na forma do art. 2º, poderá optar pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

§ 1º A inscrição no SIMPLES implica pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições:

- a) Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ;*
- b) Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP;*
- c) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;*
- d) Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS;*
- e) Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI;*



f) Contribuições para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que tratam a Lei Complementar n. 84, de 18 de janeiro de 1996, os arts. 22 e 22A da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 e o art. 25 da Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994.

(...)

Art. 6º O pagamento unificado de impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte inscritas no Simples será feito de forma centralizada até o 20º (vigésimo) dia do mês subsequente àquele em que houver sido auferida a receita bruta.

Logo, no período anterior à exclusão da contribuinte da sistemática simplificada, ou seja, no ano de 2001, realmente a fiscalização não poderia arbitrar os tributos na forma das optantes pelo lucro real, como fez, razão porque nulo o lançamento.

2. Cancelamento do arbitramento referente aos anos 2002 a 2004

Com relação aos arbitramentos do lucro dos anos de 2002 a 2004, os lançamentos foram cancelados ao fundamento de que a contribuinte foi intimado do ADE nº 28/06 em 09.01.2006, data a partir da qual surtiu efeitos, enquanto os autos de infração foram lavrados e intimados em 02.12.2005.

Ou seja, quando a fiscalização lavrou os autos de infração para arbitrar o lucro dos anos 2002 a 2004 na forma ordinária, em 02.12.2005, a contribuinte ainda não havia sido legal e regularmente excluída da sistemática do SIMPLES, fato que somente se aperfeiçoou com a sua intimação dos termos do ADE nº 28/06, em 09.01.2006.

Afirmou a r. decisão *a quo*:

“c) assim, como as hipóteses de arbitramento somente são aplicáveis ao regime geral de tributação da pessoa jurídica, a sua adoção pressupõe que a empresa optante pela sistemática do SIMPLES tenha sido dele excluída, nas situações previstas na lei e com as formalidades nela contidas, o que não ocorreu no presente caso, pois a exclusão da sistemática do Simples somente se aperfeiçoou com a ciência do ADE nº 28/06, que se deu em 09/01/2006, enquanto os autos de infração foram cientificados em 02/12/2005 (AR, fl. 179), quando a contribuinte ainda se submetia às regras do Simples;

d) igualmente não procedem os lançamentos da Cofins e do PIS, uma vez que efetivados em desacordo com as regras da sistemática do Simples”.

É fato que a exclusão do SIMPLES, mesmo tendo ocorrido em 2006, retroage para alcançar os fatos geradores ocorridos desde 01.01.2002.

Mas a possibilidade de alcançar fatos geradores pretéritos não decaídos ou prescritos não significa que a autoridade fiscal possa constituir tributo arbitrado pela sistemática ordinária de uma contribuinte optante pelo SIMPLES. Para tanto, deve-se logicamente primeiro excluir a contribuinte do sistema simplificado.



A exclusão posterior não valida o lançamento anterior, posto que realizado em desconformidade com a lei

Nessa linha, confira-se a ementa do RE 346.084-6, julgado pelo Tribunal Pleno em 09.11.2005, que declarou que os efeitos de uma emenda constitucional não podem retroagir a fim de constitucionalizar uma lei que, a época de sua promulgação, era inconstitucional:

“CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. (...)”

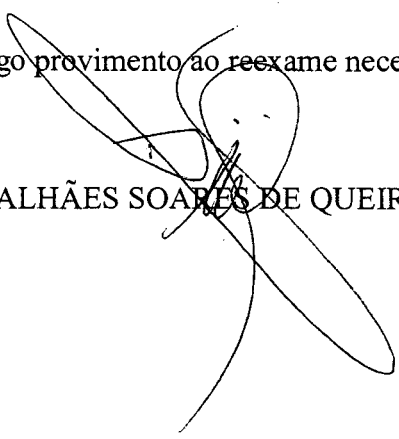
Concluo, pois, que atos administrativos nascidos sob o signo da ilegalidade são nulos e não podem ser recompostos, ou legalizados, posteriormente.

3. Conclusão

Isso posto, nego provimento ao reexame necessário.

É o meu voto.

REGIS MAGALHÃES SOARES DE QUEIROZ





MINISTÉRIO DA FAZENDA

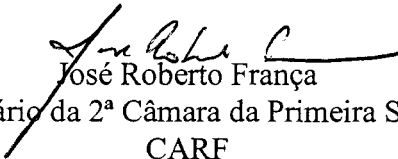
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

Processo : 10320.003116/2005-54

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do artigo 81 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Portaria MF nº 259/2009), intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Segunda Câmara da Primeira Seção do CARF, a tomar ciência do inteiro ter do **Acórdão nº 1201-00.201**.

Brasília - DF, em 24 de maio de 2010


José Roberto França
Secretário da 2ª Câmara da Primeira Seção
CARF

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência:-----/-----/-----

Procurador(a) da Fazenda Nacional

