

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elizabeth Emílio de Moraes Chierigatto, Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior, Corinθο Oliveira Machado, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro, Mércia Helena Trajano D'Amorim e Luis Antonio Flora. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.

Relatório

Por bem descrever os fatos relativos ao contencioso, adoto o relato do órgão julgador de primeira instância até aquela fase, e de modo conciso:

Foi instaurado contra a contribuinte acima qualificada um procedimento fiscal no qual detectou que a empresa havia permanecido indevidamente no SIMPLES no ano calendário 2003, uma vez que havia auferido, durante o ano calendário 2002, receita bruta de R\$ 1.375.420,80 superior a R\$ 1.200.000,00, excedente ao limite do SIMPLES Microempresa/Empresa de Pequeno Porte, consoante demonstrativo apurado com base no Livro Registro de Apuração de ICMS, às fls.02.

Diante da verificação acima citada foi feita uma Representação Fiscal ao Sr. Delegado da Receita Federal em Caruaru, às fls. 01, solicitando a exclusão do SIMPLES da empresa por ela se encontrar na situação de exclusão prevista no inciso I do art. 14 da Lei n.º 9.317/96, com efeito nos termos do inciso IV do art. 15, do citado diploma legal.

Foram anexados à Representação Fiscal os documentos de fls. 02/23.

Em atendimento à Representação Fiscal citada, a Delegacia da Receita Federal de Caruaru expediu Ato Declaratório n.º 10, de 11/08/2004, publicado no Diário Oficial n.º 156 em 17/08/2004, às fls. 24/25, declarando a empresa Industria Alimenticia Krep Ltda excluída do SIMPLES com os efeitos a partir de 01/01/2003.

1-Da impugnação.

A contribuinte tomou ciência do Ato Declaratório de Exclusão n.º 10 através da Intimação às fls. 29, em 19/08/2004, consoante "AR" de fls. 30, inconformada com o mesmo, entrou com impugnação em 18/11/2003, às fls. 31/36, trazendo as seguintes alegações:

Que o Ato Declaratório n.º 10 padece de nulidade face de o mesmo ser omissivo na especificação do motivo da exclusão, não desmonstrando os fundamentos e fatos jurídicos que o embasaram. Também por não ter tomado ciência do conteúdo do presente processo.

Sobre o assunto cita ementa do Acórdão n.º 303-31.438, de 12/05/2004 do 1º Conselho de Contribuintes, às fls. 32.

A impugnante discorrendo acerca da verificação procedida em sua escrita fiscal, pela fiscalização, alega que a "preliminar constatação de irregularidade (indícios) não poderia servir como prova cabal e definitiva, sem a realização de diligências confirmatórias, da ocorrência de receita omitida, que adicionada à receita mensal declarada caracterizaria a infração" (sic). Assevera ainda que no Livro de Apuração do ICMS nem todas as receitas podem ser consideradas tributáveis, e portanto, o equívoco do fisco, provavelmente seria decorrente desse fato.

A impugnante conclui que caberia ao fisco o ônus da prova. Sobre o assunto cita os ensinamentos do Prof. Paulo de Barros Carvalho às fls. 33.

Alega ainda a impugnante que a fiscalização somente poderia excluir do SIMPLES nos termos do art. 13, § 2º da Lei nº 9.317/96, sem maiores delongas se a contribuinte houvesse declarado o montante de receita bruta superior ao limite do permitido para sua permanência no sistema simplificado. No presente caso a fiscalização teria o dever de provar a infração fiscal motivadora da sua exclusão. Sobre o assunto cita ementa da Decisão nº 5.448/2008 da DRJ do Rio de Janeiro/RJ.

Também discorre a respeito da criação do SIMPLES, como um sistema que visa à valorização do pequeno empreendedor, e que a Lei nº 9.317/96 foi criada com fundamento no art. 179 da CF que atribui à lei o tratamento jurídico diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte, desta forma, assevera que o administrador fiscal tendo este conhecimento deverá resguardar a contribuinte agindo com justiça fiscal.

A impugnante também alega que enquanto não se tornar definitiva a decisão de possível exclusão da empresa no SIMPLES a fiscalização estará impedida, da mesma forma que em processo de consulta, de lavrar qualquer auto de infração contra possíveis diferenças de tributos, sob pena de nulidade do respectivo auto de infração.

Outrossim afirma que “se a autoridade fiscal indica que o Ato Declaratório Executivo nº 10/2004 tem arrimo em receita bruta excessiva, tida, por presunção, como omitida pela empresa, sem cuidar em deixar provado, de forma definitiva, o ilícito, o ato está inquinado de vício de legalidade” (sic).

Do Pedido.

Diante das razões apontadas a impugnante requer a nulidade do Ato Declaratório Executivo nº 10 de 11/08/2004, nos termos do inciso LV, do art. 5º da CF, e no inciso II, do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, e o reconhecimento do direito da empresa de permanecer no SIMPLES, pelo fato de sua exclusão ter se baseado em meros indícios de receita operacional omitida.

Na decisão de primeira instância, a Delegacia da Receita Federal de Recife/PE indeferiu a solicitação da recorrente, mantendo a exclusão do SIMPLES, conforme Decisão DRJ/REC nº 11.317, de 28/02/2005, fls. 44/51, assim ementada:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2002

Ementa: PRELIMINAR DE NULIDADE.

Não é cabível a alegação de nulidade do Ato Declaratório de Exclusão quando a motivação do mesmo estiver perfeitamente identificada e os elementos dos autos demonstrarem, inequivocamente, a que se refere a exclusão, dando suporte material suficiente para que a contribuinte

possa conhecê-lo e apresentar a sua defesa e também para que o julgador possa formar livremente a sua convicção e proferir a decisão do feito.

EXCLUSÃO DO SIMPLES.

A empresa que na condição de empresa de pequeno porte, tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) fica impedida de optar pelo SIMPLES.

EFEITOS DA EXCLUSÃO.

A contribuinte que na condição de empresa de pequeno porte, tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) será excluída do SIMPLES a partir do ano calendário subsequente.

Solicitação Indeferida

Regularmente cientificada da decisão de primeira instância, fls. 54, a interessada apresentou Recurso Voluntário ao Conselho de Contribuintes, fls. 55/66, reprisando os argumentos da exordial, tendo sido dado, então, seguimento ao recurso interposto.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Luciano Lopes de Almeida Moraes, Relator

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

A fiscalização, em diligência realizada junto à recorrente, constatou que a empresa havia permanecido indevidamente no SIMPLES no ano calendário de 2003, uma vez que havia auferido, durante o ano calendário 2002, receita bruta de R\$ 1.375.420,80 superior a R\$ 1.200.000,00 previsto na legislação do SIMPLES, conforme verificação no Livro Registro de Apuração de ICMS daquela.

Diante da situação supra, foi expedido o Ato Declaratório nº 10, de 11/08/2004, publicado no Diário Oficial nº 156 em 17/08/2004, às fls. 24/25, declarando a empresa Industria Alimentícia Krep Ltda excluída do SIMPLES com os efeitos a partir de 01/01/2003.

O referido Ato Declaratório foi claro ao dispor que o motivo da exclusão da recorrente foi a causa prevista no art. 9º, II da Lei nº 9.317/96, fls. 24, que assim dispunha à época:

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

(...)

I - na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais); (...)

Desta feita, restou claro à recorrente o motivo de sua exclusão, não havendo qualquer violação ao seu direito da ampla defesa e do contraditório, ressaltando, ainda, que o rito do respectivo procedimento administrativo foi obedecido à risca, não havendo qualquer prejuízo por parte daquela.

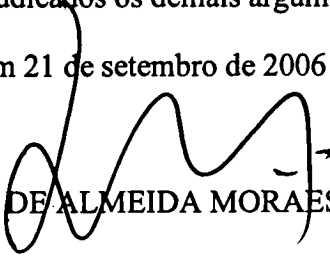
A recorrente, em todas as defesas apresentadas no processo, não refuta a causa principal e primordial da sua exclusão do SIMPLES, qual seja, apuração de receita bruta em valor superior ao legalmente permitido.

Nem poderia ser diferente, já que os próprios livros fiscais da recorrente é que forneceram os dados para verificação daquela situação, os quais, diga-se, são provas aptas e hábeis para sustentar o lançamento realizado.

A *contrario sensu*, a recorrente resume sua defesa a sustentar violação ao princípio da ampla defesa, sem comprovar faticamente qualquer ocorrência deste, visto os autos estarem devidamente carregados de todos os elementos e provas necessárias à defesa da recorrente, bem como o processo administrativo ter obedecido ao rito legalmente previsto.

São pelas razões supra e demais argumentações contidas na decisão *a quo*, que encampo neste voto, como se aqui estivessem transcritas, que voto por negar provimento ao recurso voluntário interposto, prejudicados os demais argumentos.

Sala das Sessões, em 21 de setembro de 2006


LUCIANO LOPES DE ALMEIDA MORAES - Relator