



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

Processo n° 10665.001117/2009-97
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1802-001.487 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 5 de dezembro de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente LABORATÓRIO RAFAEL E. C. CASTILHO CIA. LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

AUTO DE INFRAÇÃO. DECORRÊNCIA. EXCLUSÃO DO SIMPLES. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

O Auto de Infração versa sobre exigência de crédito tributário (IRPJ e CSLL) decorrente de exclusão do SIMPLES. Tendo sido instaurado processo próprio para a exclusão do SIMPLES, não cabe aventar neste processo nada a respeito, em atenção ao princípio da segurança jurídica e do ato jurídico perfeito. Os presentes autos, refletindo os ditames do processo administrativo sob o prisma do Decreto n° 70.235/72 e demais especificidades aplicáveis à espécie, merece surtir seus efeitos. O lançamento de ofício no ato de exclusão do SIMPLES respeita ao disposto nos art. 16 da Lei n° 9.317/96 e 32 da Lei Complementar n° 123/06.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

Marciel Eder Costa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa (presidente da turma), Marciel Eder Costa, Marco Antonio Nunes Castilho, Nelso Kichel, Jose de Oliveira Ferraz Correa e Gustavo Junqueira Carneiro Leao.

CÓPIA

Relatório

Tratam os presentes de Auto de Infração de IRPJ e CSLL, dos anos-calendário de 2004, 2005, 2006 e 2007, reflexos à exclusão retroativa do SIMPLES, controlado em outro processo.

Por bem descrever os fatos que antecedem à análise do presente Recurso Voluntário, aproveito-me do relatório proferido pela 4ª Turma da DRJ/BHE através do Acórdão nº 02-34.804, constante às fls. (processo eletrônico) 205/208:

1. Da Autuação

Contra a sociedade acima qualificada foram lavrados autos de infração para exigência do IRPJ - Imposto de Renda Pessoa Jurídica (fls. 2/26) e da CSLL - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (fls. 27/41) referentes aos períodos de apuração compreendidos entre janeiro de 2004 e dezembro de 2007.

Os valores apurados encontram-se discriminados a seguir.

VALORES LANÇADOS

(em reais)

<i>IMPOSTO OU CONTRIBUIÇÃO</i>	<i>VALOR</i>	<i>JUROS (até 31/07/2009)</i>	<i>MULTA</i>	<i>SOMA</i>
<i>IRPJ</i>	<i>232.381,37</i>	<i>84.650,16</i>	<i>174.285,97</i>	<i>491.317,50</i>
<i>CSLL</i>	<i>98.333,71</i>	<i>37.424,62</i>	<i>73.750,22</i>	<i>209.508,55</i>
<i>TOTAL</i>	<i>330.715,08</i>	<i>122.074,78</i>	<i>248.036,19</i>	<i>700.826,05</i>

Dos referidos autos de infração serão transcritos os seguintes trechos:

A empresa foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, conforme Ato Declaratório Executivo DRF/DIV nº 36, de 22 de setembro de 2004 [fls. 103], com efeitos da exclusão a partir de 01 de janeiro de 2002.

A empresa apresentou recurso contra o Ato declaratório citado acima, o qual foi julgado em 29/07/2007, pela 4ª turma da DRJ/BHE, e que manteve a exclusão do SIMPLES. Desta decisão a empresa apresentou recurso ao Conselho de Contribuintes, cuja decisão não foi publicada até a presente data.

A partir dos efeitos da exclusão, 01/01/2012) a empresa fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, inclusive às obrigações tributárias principais e

Apesar da exclusão a empresa apresentou declaração de imposto de renda para os anos calendário de 2004 a 2006 como optante pelo SIMPLES, para o ano calendário de 2007 a empresa apresentou declaração como SIMPLES, no primeiro semestre e como lucro presumido no segundo semestre de 2007.

A empresa apresentou DCTF para o ano de 2004 como lucro presumido.

A fiscalização intimou a empresa através do TIO TIO, emitido em 27/04/2009 a apresentar livro diário e razão, para o período de 2004 a 2007, intimação que não foi atendida pela empresa. A empresa foi reintimada a apresentar os Livros diário e razão, através do TIO TIO emitida em 27/04/2009, a esta intimação a empresa respondeu, em 05/05/2009, não haver escriturado os referidos livros por ser tributada pelo lucro presumido.

A fiscalização emitiu, em 08/05/2009 outro termo de intimação fiscal, intimando pela terceira vez a empresa a apresentar os livros diário e razão.

Nesta intimação os livros citados foram solicitados para o período de 2005, 2006 e 1º semestre de 2007, para o ano de 2004 e 2º semestre de 2007 foi solicitada a apresentação do livro caixa.

Na resposta a esta intimação a empresa afirmou mais uma vez não haver escriturado os livros diário e razão e apresentou os livros caixa dos anos de 2004 a 2007.

A empresa afirma também não possuir livro de apuração do lucro real e demonstrativo de créditos de PIS e da COFINS.

No período de 2004 a 2007, a empresa recolheu a contribuição do SIMPLES, apenas nos meses 05/2005, 10/2006 e 12/2006.

Neste auto de infração a empresa foi tributada com base no lucro presumido no ano de 2004, por ter apresentado DCTF com esta informação para este ano, e no segundo semestre de 2007 por ter apresentado DIPJ com esta forma de tributação.

Nos anos de 2005, 2006 e primeiro semestre de 2007 ela foi tributada com base no lucro arbitrado, por não possuir escrituração na forma das leis comerciais e fiscais e ter sido excluída do SIMPLES.

(...)

Os valores da receita bruta declarada nas DIPJ dos anos de 2004 a 2007 estão corretos, de acordo com os livros caixa e livros de apuração do ISS apresentados à fiscalização.

Estes valores de receita foram lançados para cálculo dos tributos devidos, os valores declarados em DCTF foram lançados como crédito, bem como os valores recolhidos no SIMPLES.

Assim, a partir da receita informada na DIPJ, foram apurados os tributos devidos. Relativamente ao ano de 2004 e ao segundo semestre de 2007, a apuração foi feita com base no lucro presumido, para os de 2005, 2006 e no primeiro semestre de 2007 pelo lucro arbitrado.

2. Da Impugnação

Cientificada dos autos de infração em 5 de agosto de 2009, conforme aviso de recebimento de fls. 111, a interessada apresentou, em 3 de setembro de 2009, a impugnação de fls. 112/144, com as seguintes alegações.

O auto de infração tem como sustentáculo a suposta exclusão da Impugnante do Simples, na forma do Ato Declaratório Executivo DRF-DIV-MG nº 36, de 22 de setembro de 2004.

Todavia, o referido ato (sic), por ser unilateral e não condizer com a realidade fática, e, ainda, por lhe faltar motivação adequada e pertinente, o mesmo foi oportuna e tempestivamente impugnado, estando o feito "sub judice".

Dessa forma verifica-se, de modo inequívoco, que o referido ato também não é líquido e certo, bem como não houve o necessário trânsito em julgado com manutenção da citada exclusão.

Assim, s.m.j. não poderia ter sido lavrado o auto de infração, devendo o mesmo extinto, para, se for a hipótese de manutenção da exclusão, o que se admite apenas para fins de argumentação, na oportunidade, ser lavrado outro. O citado processo, em face de celeridade e economia processual não pode ter curso normal e muito menos válido.

É certo que o Contribuinte tem o prazo legal de 30 (trinta) dias para interpor a cabível e necessária Impugnação contra o Ato Declaratório Executivo nº 36, de 22/09/2004.

Esta impugnação foi aviada, tendo sido dirigida ao Órgão Julgador competente, haja vista que é assegurado ao Contribuinte, ora Impugnante, o contraditório e a ampla defesa constitucionalmente assegurados.

Não obstante o anteriormente exposto, e de conformidade com o § 3º do próprio Ato Declaratório Executivo DRF/DIV nº 36, "NÃO HAVENDO MANIFESTAÇÃO NO PRAZO PREVISTO NO PARÁGRAFO 2º, A EXCLUSÃO DO SIMPLES TORNAR-SE-Á DEFINITIVA.

O citado parágrafo 2º informa que, no prazo de 30 (trinta) dias de sua ciência, o contribuinte pode interpor impugnação contra o Ato. Isto ocorreu, conforme enfatizado alhures. Frise-se, encontra-se "sub judice".

Desta forma, e antes de exaurida todas as instâncias administrativas, não deve o fisco exigir livros, documentos, lavrar autos de infração, PRÉ-JULGANDO a exclusão do contribuinte do SIMPLES, inclusive com alteração da sistemática de tributação da Impugnante, como se o mesmo já estivesse EXCLUÍDO DEFINITIVAMENTE do Simples. Indignificante.

Do mesmo modo, não há que se falar na apresentação das declarações nos moldes sugeridos pelo fisco, pois, frise-se, somente após o trânsito em julgado é que se poderia proceder às exigências fiscais.

Na hipótese do entendimento das INSTÂNCIAS SUPERIORES se der pela manutenção da empresa/impugnante na sistemática do SIMPLES, não haverá forma de se cancelar as ajustes lançados na escrituração comercial da sociedade, exigidas pelo fisco, devidamente registrada junto aos órgãos competentes.

"AB ABSURDO", se isto ocorresse, deveria ser extirpado da legislação a possibilidade de recurso por parte do contribuinte, com a nítida quebra do contraditório amplo, pleno e irrestrito, assegurado constitucionalmente. Deveria, na forma pretendida pelo fisco, ser decretada a extinção das instâncias administrativas superiores.

O direito aos recursos está previsto na própria legislação tributária, inclusive na administrativa.

Dessa forma, o auto de infração deve ser cancelado, com todas as conseqüências jurídicas advindas.

Por fim, a título de argumentação, a impugnante se insurge contra a multa aplicada, de setenta e cinco por cento sobre os tributos apurados, que considera confiscatória. Questiona, ainda, a cobrança de juros calculados pela taxa Selic. Para tanto, cita e transcreve trechos da doutrina e da jurisprudência e invoca princípios constitucionais.

Para instrução do processo, foram juntados os, documentos de fls. 45/110 e 145/153.

Naquela oportunidade, entendeu a nobre turma julgadora pela improcedência da impugnação, conforme a seguinte Ementa (fls. 160):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2007

EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES. COEXISTÊNCIA DE PROCEDIMENTOS.

A contestação do procedimento de exclusão do Simples não impede que sejam apuradas outras irregularidades, decorrentes ou não das tratadas no processo de exclusão, e tampouco impede

a atuação da Administração Fazendária até o momento da existência de decisão definitiva em relação àquele litígio.

MULTA. CONSTITUCIONALIDADE. LEGALIDADE.

Os percentuais da multa exigíveis em lançamento de ofício são determinados expressamente em lei, não dispondo as autoridades administrativas de competência para apreciar a constitucionalidade ou a legalidade de normas legalmente inseridas no ordenamento jurídico.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

A utilização da taxa Selic como juros moratórios decorre de expressa disposição legal.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Intimada do Acórdão em 28/10/2012, interpôs Recurso Voluntário em 28/11/2011, alegando em apertada síntese que (I) o ato declaratório de exclusão do SIMPLES foi ilegal, na medida que houve excesso e inconstitucionalidade promovida pela Lei nº 11.941/09 e pela Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6/09 ao permitir a exclusão do programa simplificado pela existência de débitos, sendo matéria reservada à Lei Complementar, (II) é ilegal a retroatividade prejudicial ao contribuinte e (III) ao final, pedindo a análise de todas as questões levantadas, como direito fundamental a ser resguardado.

É o relato do essencial.

Voto

Conselheiro Marciel Eder Costa, Relator

O Recurso Voluntário interposto é tempestivo e preenche aos requisitos de admissibilidade. Dele, tomo conhecimento.

Inicialmente faz-se necessário delimitar a matéria versada pelo presente processo administrativo: Auto de Infração de IRPJ (Imposto de Renda da Pessoa Jurídica) e CSLL (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido), referente aos anos-calendário de 2004, 2005, 2006 e 2007, decorrentes de exclusão do SIMPLES, exigindo o valor total de R\$ 700.826,05.

Ressalta-se que houve o devido processo administrativo tendente a discutir a exclusão do SIMPLES para a recorrente, fato que culminou na existência do Processo Administrativo Fiscal 10665.000849/2004-55.

Tal processo (10665.000849/2004-55) que cuidou da exclusão do SIMPLES da recorrente já se encontra encerrado, conforme consulta eletrônica ao *Comprot* – desde 03/11/2011 está no “ARQUIVO GERAL DA SAMF-MG”.

Assim sendo, sob o prisma do princípio da segurança jurídica e do ato jurídico perfeito, não há mais o que se tratar sobre tal matéria, já restando consolidada a exclusão do SIMPLES da recorrente, ficando prejudicada qualquer ventilação sobre tal matéria no presente recurso.

Por tais motivos, não serão conhecidos os seguintes tópicos constantes do Recurso da recorrente:

- DA ILEGALIDADE E ABUSIVIDADE DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/DIV-MG N° 36, DE 22/09/2004

- A ILEGALIDADE DA VEDAÇÃO DOS CONTRIBUINTES INSCRITOS NO SIMPLES NACIONAL DO REFIS DA CRISE (PORTARIA CONJUNTA N. 06/09 DA PGFN E SRF)

- IRRETROATIVIDADE DAS LEIS E DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como se observa, com exceção do último tópico, todos os outros ventilados pela recorrente tratam de sua exclusão do SIMPLES, matéria que não pode ser aventada neste processo conforme já discorrido alhures.

Confirmando isso, traço a seguir um breve resumo do constante em cada tópico acima citado, constante no Recurso Voluntário interposto, sendo o último, analisado como mérito de validade do processo administrativo em tela:

Em “*Da ilegalidade e abusividade do Ato Declaratório Executivo DRF/DIV-MG n° 36, de 22/09/2004*”, a recorrente trata da ilegalidade de sua exclusão do SIMPLES, aduzindo que referido ato administrativo não possui validade jurídica.

Em “*A ilegalidade da vedação dos contribuintes inscritos no SIMPLES NACIONAL do REFIS da Crise (Portaria Conjunta n. 06/09 da PGFN e SRF)*”, aduz que a Lei 11.941/2009 excluiu do parcelamento especial os devedores inscritos no SIMPLES, o que, segundo sustenta, mostrou-se uma inovação no mundo jurídico, colacionando jurisprudência e doutrina, esta última onde consta (página 15 do Recurso interposto):

... Assim, por todos os motivos acima alegados, é inconstitucional excluir as microempresas e empresas de pequeno porte do Simples Nacional pela falta de pagamento de tributos, pois, não era este o espírito constitucional destinado para esse tipo empreendimento, mas sim, dar a ele condições de se desenvolver e crescer, cumprindo com sua função social.

No fecho deste tópico assim argumenta a recorrente (página 18 do Recurso interposto):

*Assim, deve ser cancelado o Ato Declaratório Executivo DRF/DIV nº36, mantendo-se a Manifestante (sic) no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), por ser medida de direito e imperativo da mais lúdima **JUSTICA**. É o que se requer. (Grifos no original)*

Em “*Irretroatividade das Leis e dos Atos da Administração Pública*” aduz que é ilegal a retroatividade dos efeitos de sua exclusão do SIMPLES, citando jurisprudência e concluindo o seguinte (página 19 do Recurso Voluntário interposto):

*Destarte, o Ato Executivo Declaratório DRF/DIV/MG nº 36, que houve por EXCLUI a Manifestante (sic) do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) **NÃO PODE CONTEMPLAR PERÍODO ANTERIOR À DATA DE SUA PUBLICAÇÃO E/OU CIÊNCIA**.(Grifos no original)*

Neste tópico, caso a intenção da recorrente tenha sido discorrer sobre o princípio da irretroatividade tributária com o fim de exigir tributos, salienta-se que tal imposição é exatamente reflexo da exigência tratada pelo art. 16 da Lei nº 9.317/96, repetida pelo art. 32 da Lei Complementar nº 123/2006, de que os efeitos da exclusão retroagem desde o fato excludente.

Neste sentido, assim trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006:

*Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional **sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.***

[...](Grifou-se)

Ora, também é por imposição legal que deve a autoridade fiscal aplicando a Lei, efetuar o lançamento, conforme traçado pelo Código Tributário Nacional – Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966:

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 o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Portanto, está correta a imposição dos tributos na forma em que exigido das demais pessoas jurídicas, desde o início dos efeitos da exclusão do Simples da recorrente, de forma retroativa, assim como consta da legislação de regência, não podendo a autoridade fiscal agir de forma diferente, sob pena de responsabilidade funcional.

Como se observa, todos os tópicos acima já estão consolidados no processo que discutiu a exclusão do SIMPLES da recorrente, nº 10665.000849/2004-55, de forma que não podem ser conhecidos.

Por fim, em “*Do processo administrativo tributário vinculado à Lei e ao Direito, sua afirmação como Direito Fundamental*”, a recorrente citando a doutrina pede que o processo administrativo seja julgado de forma justa, como princípio primado dum Estado Democrático de Direito.

Neste tópico, entenda-se que a recorrente tenha pedido a revisão dos atos que culminaram no lançamento de ofício, bem como o julgamento justo de que os atos estão revestidos dos pressupostos de legalidade.

Ora, como já citado, os efeitos da exclusão retroagem impondo ao contribuinte excluído a tributação cabível às demais pessoas jurídicas. Portanto, é senão por imposição legal que a autoridade fiscal realize o lançamento de ofício.

Verifica-se ainda, que a autoridade fiscal agiu de acordo com as exigências, conforme traçado pelo Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta e conterá obrigatoriamente:

I – a qualificação do autuado;

II – o local, a data e a hora da lavratura;

III – a descrição do fato;

IV – a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V – a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias;

VI – a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Todos os tópicos deste artigo estão devidamente constituídos no Auto de Infração em reclamo.

Verifica-se também que a autoridade fiscal promoveu o respectivo abatimento dos tributos recolhidos a título de SIMPLES dos tributos devidos pelo auto de infração decorrentes da exclusão.

Também não se denota nenhuma das hipóteses de nulidade traçadas pelo art. 59 deste mesmo Decreto:

Art. 59. São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§2º Na declaração de nulidade, a autoridade dia os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Ainda não se observa nenhuma causa de prescrição ou decadência, tendo sido efetuado o lançamento dentro dos pressupostos legais estabelecidos, respeitando-se o art. 173, I, do Código Tributário Nacional aplicável *in casu*, por não ter havido nenhum pagamento no ano-calendário de 2004:

Art. 173. O direito de a fazenda Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

[...]

Neste aspecto, ressalta-se que segundo consta do Auto de Infração (fato incontroverso), não houve pagamento do imposto SIMPLES no ano-calendário de 2004, não se aplicando o art. 150 §4º do Código Tributário Nacional como contagem do prazo decadencial (e-fls. 6):

No período de 2004 a 2007, a empresa recolheu a contribuição do SIMPLES, apenas nos meses 05/2005, 10/2006 e 12/2006.

Assim ocorrendo com relação ao ano-calendário de 2004, pela aplicação do prazo de que trata o art. 173, I, do CTN, conta-se o prazo para lançamento do ano-calendário de 2004 desde 01/01/2005, fulminando o prazo decadencial em 01/01/2010. Tendo sido intimada do lançamento em 05/08/2009, é válida a exigência de todo o ano-calendário de 2004.

Como se observa, não há quaisquer óbices ao lançamento, devendo o mesmo surtir seus efeitos.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

É como voto.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

Marciel Eder Costa - Relator