



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10920.724235/2012-12
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-006.097 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de agosto de 2023
Recorrente META FOLPAG S/S LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Período de apuração: 01/02/2009 a 31/12/2010

CONCOMITÂNCIA ENTRE A EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL E AS AUTUAÇÕES DELE DECORRENTES. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE QUE IMPEÇA O LANÇAMENTO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. SÚMULA CARF Nº 7.

Não há prejudicialidade entre o ato de exclusão do Simples Nacional e o lançamento dos créditos tributários que dele decorrem, uma vez que a exigibilidade dos mesmos fica suspensa até o término do respectivo processo administrativo.

A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão, conforme Súmula CARF nº 7.

EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. LANÇAMENTO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS RELATIVOS A PERÍODOS ANTERIORES AO ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO.

Os reflexos tributários decorrentes do ato de exclusão que reconhece situação vedada à permanência de contribuinte no regime do Simples Nacional produzem efeitos no mês seguinte à sua ocorrência, respeitado o prazo decadencial de 5 anos anteriores ao Ato Declaratório Executivo (ADE), que constitui o marco temporal a partir do qual se constatou o impedimento.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS FISCAIS APÓS EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. POSSIBILIDADE.

Autoriza-se o arbitramento do lucro quando a pessoa jurídica deixa de cumprir obrigações acessórias relacionadas à apuração pelo regime do lucro presumido ou real.

IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DE NORMA VIGENTE SOB O FUNDAMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA Nº 2 DO CARF.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, sendo vedado aos órgãos administrativos afastarem a aplicação de norma vigente sob tal fundamento.

TRIBUTOS REFLEXOS. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. NECESSÁRIA DEMONSTRAÇÃO DE SUA INCLUSÃO NOS LANÇAMENTOS.

Conquanto o STF tenha fixado a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS (RE 574.706, tema 69), os autos de infração que não contemplam a inclusão do imposto na base de cálculo não demandam retificação, pois não há ICMS a excluir de base de cálculo que nunca o integrou.

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)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Fredy José Gomes de Albuquerque - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Efigenio de Freitas Junior, Fabio de Tarsis Gama Cordeiro, Fredy Jose Gomes de Albuquerque, Jeferson Teodorovicz, Jose Eduardo Genero Serra, Thais de Laurentiis Galkowicz, Viviani Aparecida Bacchmi, Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário manejado contra decisão que manteve os lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, referentes ao período de 01/02/2009 a 31/12/2010, de contribuinte excluída do Simples Nacional por força do Ato Declaratório Executivo nº 185, de 8 de setembro de 2011.

A exclusão do regime simplificado foi processada em autos apartados, objeto do Processo nº 10920.721608/2011-12, julgado por este Colegiado em 21/07/2023, tendo sido lavrado acórdão nº 1201-006.023 que manteve a exclusão da recorrente.

Os autos de infração foram lavrados em relação a períodos anteriores ao ADE, tendo a contribuinte sido intimada (e.fls. 2/4) a apresentar documentos fiscais ou escriturar nova apuração, devendo optar pelo regime de sua preferência, tendo sido alertada de que a ausência de opção levaria à apuração pelo lucro real.

Foram apresentados livros Diário e Razão, sem que a parte tenha optado por regime de apuração, razão pela qual foi realizado o arbitramento do lucro real trimestral, com a cobrança dos seus respectivos reflexos, conforme indicado no Termo de Verificação Fiscal (e.fls. 128/133) e autos de infração (e.fls. 82/127).

A decisão recorrida manteve os lançamentos, em decisão assim emendada:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2009, 2010

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. LANÇAMENTOS DECORRENTES. POSSIBILIDADE MESMO NA PENDÊNCIA DE JULGAMENTO ACERCA DO ATO DE EXCLUSÃO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 77 DO CARF.

É cabível efetuar os lançamentos decorrentes da exclusão do Simples Nacional, ainda que na pendência de julgamento acerca desta.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

A contribuinte interpôs Recurso Voluntário (e.fls. 184/199), em que suscita as seguintes razões de defesa para desconstituir as autuações:

- a) Alega que os fatos geradores ocorreram antes da lavratura do ato de exclusão, cujo processo ainda não foi concluído, sendo indevido o lançamento dos tributos de forma retroativa, sobretudo porque não tinha obrigação de manter escrituração baseada no lucro real.
- b) Aduz que o lançamento é ilíquido, pois entende que *“a nulidade de qualquer dos tópicos integrantes do lançamento, que a seguir passa a contribuinte a defender, macula o cálculo do montante do tributo devido, não tendo mais a matéria lançada, se revestindo mais o ato administrativo do lançamento de todas as exigências do art. 142, devendo o ato administrativo ser totalmente nulo”*.
- c) Suscita a irretroatividade dos atos administrativos, reforçando o argumento de que o término do processo de exclusão é condição para a lavratura dos autos de infração e que não estaria obrigada a manter escrituração fiscal diversa.
- d) Combate o arbitramento da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, entendendo que sua contabilidade foi equivocadamente desconsiderada e que o lucro apurado só poderia ser alcançado mediante obrigações acessórias regulares, que não estava obrigada a cumprir, concluindo que a multa seria igualmente injusta.
- e) Ainda sobre o arbitramento, aponta que o correto seria aplicar os percentuais de presunção do lucro sobre a receita bruta conhecida, acrescidos de 20%, nos termos do art. 532 do RIR, e, quando não conhecida, obter o lucro arbitrado dentre as alternativas do art. 535 do regulamento. Conclui que a administração

tributária “*tomou por base a declaração existente para outra finalidade, para apuração da receita bruta*”, razão pela qual contesta a movimentação bancária indicada nos livros apresentados como base de cálculo para arbitramento do lucro.

- f) Alternativamente à manutenção dos lançamentos, requer a exclusão do ICMS da base de cálculo dos lançamentos de PIS e COFINS;
- g) Contesta a multa de ofício, por considerá-la exorbitante e inconstitucional, porquanto confiscatória.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque, Relator.

O recurso é tempestivo e admite conhecimento.

Importa registrar que não há nulidades suscitadas no Recurso Voluntário. Apesar da parte controverter a possível *nulidade de qualquer dos tópicos do lançamento*, trata-se de mera retórica argumentativa, pois não há preterição de direito de defesa em nenhuma passagem indicada na peça recursal.

A recorrente traz alguns argumentos para fundamentar sua irresignação e entende que o acolhimento de algum deles poderá desconstituir as autuações, utilizando a expressão *nulidade* de forma equivocada, pois os fundamentos de defesa estão vinculados à análise de mérito.

Portanto, apenas para fins de registro, não se reconhece neste processo nenhuma causa de nulidade prevista no art. 59 do Decreto 70.235/72.

DA PREJUDICIALIDADE PARA CONSTITUIR OS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS

No que tange ao mérito, o primeiro ponto suscitado pela parte está relacionado à concomitância entre o processo de exclusão do Simples Nacional e os lançamentos em apreço. Entende que se faz necessário concluir o processo de exclusão, que seria uma condição à cobrança dos tributos que compõem as autuações.

A contribuinte foi excluída pelo Ato Declaratório Executivo nº 185, de 8 de setembro de 2011, que foi julgado por este Colegiado e mantida a exclusão, conforme acórdão nº 1201-006.023, desta mesma Relatoria (sessão de 21/07/2023, Processo nº 10920.721608/2011-12).

Independentemente do resultado acima, essa matéria é objeto da Súmula CARF 77, a assim determina:

Súmula CARF nº 77: A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão. (vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Não existe prejudicialidade entre a conclusão do julgamento do ADE e a constituição dos créditos tributários em apreço, dado que foram lançados para prevenir sua decadência.

A constituição do crédito tributário pelo lançamento não é uma faculdade da administração tributária, mas, antes, representa uma obrigação do agente público, objetivamente descrita no parágrafo único do art. 142 do CTN, onde se vê que “*A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional*”. É dessa norma cogente de natureza geral que deflui o dever de lançar o tributo também nas hipóteses em que o Fisco, diante de circunstância prejudicial que coloque em risco a constituição do crédito tributário em face de decadência, realiza o lançamento para preveni-la, mas fica impedida de cobrá-lo, até o afastamento da condição da qual decorra sua suspensividade.

Cite-se, ainda, que o CARF possui vastos precedentes no mesmo sentido, a seguir indicados para fins de registro:

Acórdão nº 2803003.982 – 3ª Turma Especial – 2ª Seção de Julgamento

Sessão de 21 de janeiro de 2015

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 30/06/2007

AUTO DE INFRAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. SUSPENSÃO DO DIREITO DE LANÇAMENTO DO FISCO. INOCORRÊNCIA.

Sob pena de responsabilidade funcional, o Auditor Fiscal da Receita Federal tem a obrigação de efetivar o devido lançamento quando presentes as condições legais para tanto. A discussão, em diverso processo administrativo, acerca da exclusão do SIMPLES não tem efeito suspensivo, não obstaculizando o fisco de lançar o que devido, inclusive evitando a decadência de eventuais créditos.

Acórdão nº 2301-007.415 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária

Sessão de 07 de julho de 2020

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EXCLUSÃO. SIMPLES.

A Fiscalização está autorizada a efetuar o lançamento de contribuições sociais de empresa de empresa excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), mesmo que a exclusão tenha sido objeto de manifestação de inconformidade pendente de julgamento.

Acórdão nº 2401005.401 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária

Sessão de 03 de abril de 2018

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES. COEXISTÊNCIA DE PROCEDIMENTOS. EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES. EFEITOS. ACRÉSCIMOS LEGAIS.

A empresa é obrigada a recolher as contribuições previdenciárias a seu cargo, incidente sobre a remuneração paga ou creditada a segurados empregados e contribuintes individuais.

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 engessa a atuação do Fisco até o momento da existência de decisão definitiva em relação àquele litígio.

Não há ilegalidade no lançamento de crédito tributário cuja exigibilidade esteja suspensa, seja em decorrência da impugnação ou recurso ainda pendente de julgamento, ou mesmo por qualquer causa suspensiva indicada no art. 151 do CTN, porquanto é lícito à administração tributária realizar o lançamento para prevenir a ocorrência de decadência.

DA IRRETROATIVIDADE DOS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS AOS PERÍODOS ANTERIORES À EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

A esse respeito, a recorrente argumenta que os lançamentos não poderiam retroagir para alcançar os anos anteriores à lavratura do Ato Declaratório Executivo que a excluiu do Simples Nacional, porque estaria desobrigada a manter escriturações relacionadas a regime diverso.

Equivoca-se a recorrente, porque a Lei Complementar 123/2006 expressamente determina que a exclusão do Simples Nacional produz efeitos *a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva*, nos casos em que a contribuinte incorra em situações vedadas, conforme decorreu do ADE já julgado por este colegiado.

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

...

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar;

...

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

...

II - na hipótese do inciso II do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva.

Portanto, os reflexos tributários decorrentes do ato de exclusão que reconhece situação vedada à permanência da contribuinte no regime do Simples Nacional produzem efeitos no mês seguinte à sua ocorrência, respeitado o prazo decadencial de 5 anos anteriores ao ADE.

Assim, considerando que o Ato Declaratório Executivo nº 185 foi lavrado em 8 de setembro de 2011 e os períodos de apuração referem-se anos de 2009 e 2010, os lançamentos atenderam à lei e não promoveram nenhum tipo de erro procedimental.

Ressalte-se que não existe retroatividade do ADE. Ele apenas declara e constitui o marco temporal a partir do qual se constatou que a contribuinte já não fazia jus ao tratamento tributário simplificado, por haver incorrido em situação vedada pela norma. Assim, considerando que estava impedida de se valer do regime simplificado por materialmente haver imergido em situação vedada, ainda que formalmente se mantivesse inscrita no regime, tão logo constatado o impedimento, os reflexos tributários de apuração normal dos tributos passaram a valer a partir do mês seguinte à constatação.

Afasta-se, portanto, o argumento da recorrente, pois se equivoca ao vincular os lançamentos aos períodos posteriores ao ADE, quando, em verdade, englobam as datas posteriores à vedação materialmente considerada.

DO ARBITRAMENTO DO LUCRO TRIBUTÁVEL

O arbitramento do lucro foi criticado pela Recorrente sob o argumento de que os livros Razão e Diário que apresentou, onde constam suas movimentações bancárias, não serviriam para apurar o lucro tributável, pois não estaria obrigada a cumprir obrigações acessórias relacionadas ao regime do lucro presumido ou do lucro real.

Indica que o caminho correto seria aplicar os percentuais de presunção do lucro sobre a receita bruta conhecida, acrescidos de 20%, nos termos do art. 532 do RIR. Na hipótese de não ser conhecida, a administração tributária deveria valer-se do método do art. 535 do regulamento.

Ocorre que a recorrente deixou de atentar que os autos de infração foram lavrados com base no citado dispositivo legal, conforme se observa às e.fls. 86, onde consta como fundamentação legal do lançamento o próprio art. 532 do RIR/99 (à época vigente).

Os coeficientes de presunção (32%) acrescidos de 20%, previstos na norma, foram adequadamente aplicados nos autos de infração, como indicados às e.fls. 87 e seguintes, portanto, inteiramente dentro do que a lei determina. Não há controvérsia alguma trazida pela parte.

O argumento adicional que a recorrente utiliza para combater o arbitramento consiste no fato de que as informações constantes de seus próprios registros contábeis (livros Diário e Razão) não contemplariam sua receita bruta. Não obstante, não traz qualquer elemento de prova nem indica onde estaria o pretense “erro” da fiscalização, tratando-se de mera retórica argumentativa que nada traz de útil à solução do caso em apreço.

Não faz sentido algum afirmar que os registros dos próprios livros contábeis não servem à apuração da receita bruta, pois os mesmos contemplam as movimentações de seu faturamento. Caso não fosse, caberia à própria parte apontar eventuais divergências, não apenas trazer argumentos vagos, sem nenhum elemento de prova.

Assim, conclui-se que o arbitramento do lucro está correto e os lançamentos devem ser mantidos.

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS

A parte requesta a exclusão do ICMS da base de cálculo dos lançamentos de PIS e COFINS, citando fundamentos diversos.

A questão foi decidida pelo STF por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 574.706, que fixou o tema 69 e firmou a tese segundo a qual *o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS*.

Ocorre, porém, que a composição da base de cálculo arbitrada não inseriu o ICMS em seu cálculo, aliás, não há qualquer inclusão desse tributo no arbitramento, apenas a receita bruta considerada.

O ICMS teria que ser excluído se a parte comprovasse (ou ao menos indicasse) haver pago ICMS no período, ou mesmo destacado em alguma de suas notas fiscais o citado tributo.

Aliás, importa registrar que a recorrente é uma prestadora de serviços, dedicada a apoio administrativo combinado com preparo de folha de pagamento, conforme ela mesma informa em sua impugnação (e.fls. 142 e seguintes). Não recolheu nem destacou ICMS – seja por estar no SIMPLES, seja por ser prestadora de serviços –, razão pela qual a tese de que o ICMS compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS não encontra justificativa plausível ou mesmo lógica.

Não há imposto a excluir da base de cálculo, pois ele nunca existiu, portanto, mantêm-se as autuações em sua integralidade.

INCONSTITUCIONALIDADE DA MULTA DE OFÍCIO

A contribuinte argui que a multa de ofício é excessiva e confiscatória, porém, tal matéria deve ser afastada em razão da aplicação da Súmula CARF n.º 2, que assim dispõe:

Súmula CARF n.º 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

O princípio da presunção de constitucionalidade das normas jurídicas só admite o seu afastamento do ordenamento jurídico por meio de declaração de inconstitucionalidade processada pela via judicial.

Ademais, a pretensão aduzida pela parte não pode ser acolhida por este Colegiado, considerando expressa vedação imposta pelo art. 62, o § 1º, I, do RICARF, segundo o qual:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Tal regra espelha idêntica vedação do Decreto nº 70.235/72, que disciplina o processo administrativo tributário federal, nos seguintes termos:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Não é possível ao órgão de julgamento administrativo declarar inconstitucionalidade de norma questionada pelo contribuinte, se a mesma não for assim declarada pelo Poder Judiciário, porquanto tal medida representaria desconstituição de norma cogente do Ordenamento Jurídico.

Assim, mantém-se a multa de ofício aplicada nos lançamentos.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, nego provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Fredy José Gomes de Albuquerque