



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

Processo nº 11050.001795/2003-55
Recurso nº 341.935 Voluntário
Acórdão nº 1302-00.289 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de maio de 2010
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES
Recorrente NOIVA DO MAR PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA.
Recorrida DRJ/PORTO ALEGRE/RS

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

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004

SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA. EXCLUSÃO. Deve ser mantido o Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES (ADE) posto que é vedada no regime SIMPLES a atividade de jateamento de areia e pintura industrial de máquinas, por caracterizar-se atividade de conservação e limpeza, por coincidência fiscalizada pelo CREA (conselho de engenharia).

CONCOMITÂNCIA DE AÇÃO JUDICIAL. RETROATIVIDADE DO ADE. A contribuinte decidiu discutir judicialmente se o ADE deve ser aplicado a partir da data em que expedido ou retroativamente à data em que verificada a situação excludente do SIMPLES, razão pela qual não se conhece a matéria neste processo administrativo. Súmula 1 do CARF.

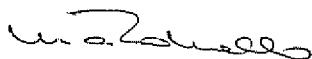
IRPJ. CSLL. INADMISSÍVEL LANÇAMENTO DE OFÍCIO PELO REGIME DE LUCRO PRESUMIDO. EMPRESA NÃO OPTANTE. O lucro presumido só pode ser adotado como forma de lançamento quando a empresa opta por apurar tributos nesse regime. Como a empresa era optante do SIMPLES, diante do ADE de exclusão do SIMPLES, só poderia ser adotado o regime do lucro real ou do lucro arbitrado para lançamento de ofício. O enquadramento legal e as evidências trazidas no termo de verificação fiscal não corroboram a hipótese de lucro arbitrado, sendo insubsistente o lançamento que teve base em lucro presumido.

PIS. COFINS. Verificada a omissão de receitas, legítimo é o lançamento de PIS e COFINS com base na Lei 9.718/98 sobre as receitas de prestação de serviços.


Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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



MARCOS RODRIGUES DE MELLO - Presidente



LAVÍNIA MORAES DE ALMEIDA NOGUEIRA JUNQUEIRA - Relatora

EDITADO EM: 12 AGO 2010

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Wilson Fernandes Guimarães, Guilherme Pallastrí Gomes da Silva, Lavinia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira, Eduardo de Andrade, Irineu Bianchi e Marcos Rodrigues de Mello.

Relatório

A empresa foi excluída do regime do SIMPLES pelo Ato Declaratório de Exclusão 03/2004, fls. 40, em 09/02/2004, sob a alegação de que desempenha atividade vedada no regime do SIMPLES. A alegação fundou-se em notas fiscais de prestação de serviço de jateamento de areia, pintura industrial, reparo de máquinas, limpeza mecânica. A autoridade fiscal entendeu que a atividade praticada consistia em conservação e limpeza, vedada para inclusão no SIMPLES; sendo a prática dessas atividades reiterada desde a constituição da empresa. A exclusão visou retroagir seus efeitos a 19/05/1998. Em virtude da exclusão do SIMPLES, foi aberto mandado de procedimento fiscal e como resultado do qual foram lavrados autos de infração de IRPJ e CSLL pelo lucro presumido, bem como autos de infração de PIS e COFINS pelo regime cumulativo, relativos aos anos-calendários de 1999 a 2003. Esses lançamentos foram cada um objeto de um processo administrativo (PA) independente, com raiz numérica 11050.001664/2004 e os seguintes prefixos: IRPJ -59; CSLL - 01; PIS - 48; COFINS -92.

Todos esses processos foram, após decisão da Delegacia Regional de Julgamento (DRJ), acostados e unificados neste processo origem, para serem submetidos à decisão deste Conselho, considerando que todos os processos:

- (a) fundaram-se no mesmo objeto, a exclusão do SIMPLES
- (b) tiveram idênticos elementos de fato e de prova,
- (c) tiveram similares defesas apresentadas pela contribuinte
- (d) foram objeto de decisão pela DRJ em mesma data.

Na impugnação relativa ao Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES (ADE) de fls. 47, a empresa alegou que houve erro de interpretação de sua atividade, porque a atividade de jato de areia não se confunde com conservação, limpeza ou construção civil,



conforme próprias perguntas e respostas da Receita Federal do Brasil. Ainda, pintura de máquinas não se confunde com reparo ou construção civil.

Na impugnação aos lançamentos fiscais, a empresa alegou ainda que a autoridade fiscal não poderia fazer lançamento que não fosse pelo SIMPLES. Não era possível à autoridade fiscal fazer lançamento de ofício com base no lucro presumido, por isso, o lançamento é nulo. A empresa entregou a documentação contábil pedida pela autoridade e por isso o lançamento deveria ser feito pelo lucro real com o abatimento das despesas da atividade. A empresa pediu prazo para apresentar outras documentações contábeis e ainda a suspensão do auto de infração até a decisão do processo em que se discute o ADE.

A empresa pediu a aplicação benigna da Lei 9.372/98 para que o ADE, se mantido, gere efeitos apenas a partir do dia da exclusão, sem retroagir a fatos geradores anteriores. Quanto à impossibilidade de aplicação retroativa do ADE, a empresa ingressou com ação ordinária declaratória anulatória 2006.71.01.005326-3 (fls. 69).

Em suas decisões, a Delegacia Regional de Julgamento de Porto Alegre – RS (DRJ) (fls. 138 e fls 227 e seguintes, dentre outras) entendeu que não poderia optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica que realiza operações relativas a prestação de serviço de tratamento anti-corrosivo, incluindo jateamento e pintura de máquinas, pois isso além de ser atividade de conservação é também atividade técnica de engenharia. Esclareceu ainda que a proibição para essa empresa optar pelo SIMPLES consta do Ato Declaratório Normativo da Secretaria da Receita Federal COSIT nº 4/00. Quanto à aplicação retroativa do ADE, a autoridade entendeu que há concomitância com o pleito já submetido à análise do poder judiciário, portanto, não apreciou a matéria.

No que tange aos lançamentos de ofício, a DRJ entendeu que não é nulo o lançamento que seguiu a legislação aplicável. Mesmo com o ADE em fase de julgamento, poderiam ser feitos os lançamentos de ofício. Como os lançamentos de ofício e o ADE foram julgados em mesma sessão da DRJ, não houve qualquer prejuízo ao direito de ampla defesa da contribuinte. A contribuinte não apresentou documentos contábeis à autoridade fiscal, razão pela qual não há qualquer previsão legal para que, no curso do processo administrativo, abra-se prazo para essa apresentação. Nessa linha, justificou a DRJ o lançamento pelo lucro presumido e indeferiu o pedido de prazo para apresentar documentos.

Em seu recurso, tempestivo, a empresa recorrente esclareceu e pediu o seguinte (fls. 885 e seguintes, para o ADE, e fls. 1334 e seguintes, dentre outras, para lançamento fiscal).

- (i) A atividade praticada pela empresa não está vedada na opção do SIMPLES, já que não se confunde com atividade de conservação e limpeza e qualquer pretensão de assim fazer a classificação implica em interpretação extensiva da Lei.
- (ii) O serviço prestado pela empresa não conserva a máquina, o jato de areia não conserva a máquina, o que a conserva é a tinta aplicada na máquina.
- (iii) Não é possível, como visou a DRJ, excluir a empresa do SIMPLES por força do exercício de atividade de

engenharia, pois é razão diferente da que consta no ADE de exclusão não podendo a autoridade inovar nesse sentido.

- (iv) A contribuinte não omitiu jamais suas atividades da autoridade fiscal, tendo agido de boa-fé, razão pela qual não há prática reiterada de qualquer infração fiscal e inexistente razão para aplicar o ADE retroativamente.
- (v) A Súmula 1 do Primeiro Conselho de Contribuintes, que trata da concomitância, é inconstitucional, fere o artigo 5, inciso LV da Constituição Federal de 1988 e o direito ao amplo contraditório e ampla defesa, fere o direito de ação, razão pela qual deve ser relevada por esta corte.
- (vi) O ADE não pode ser aplicado retroativamente, devendo valer apenas a partir da data em que foi expedido, se tanto.
- (vii) A empresa não se conforma com o lançamento fiscal pelo lucro presumido, tendo apresentado a DIPJ SIMPLES, o diário e o livro caixa à autoridade fiscal, conforme pedido, sendo que só não apresentou algumas notas fiscais pois não as tinha.
- (viii) Nessa medida, o lançamento fiscal precisaria ser feito pelo lucro real, devendo ser for o caso ser aberto prazo para a contribuinte encaminhar documentos contábeis para tanto.

Nesse sentido, a recorrente pediu ...

- (ix) O afastamento da Súmula 1 deste Conselho.
- (x) A nulidade ou cancelamento do ADE do SIMPLES por fundamento inaplicável ao caso.
- (xi) A reforma da decisão da DRJ, pois a empresa não exerce atividade impedida no regime SIMPLES.
- (xii) Cancelamento do lançamento fiscal de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

É o relatório.



Voto

Conselheira Lavinia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Inicialmente verifico que o ADE é plenamente válido, tendo preenchido os requisitos dispostos na Lei 9.317/96 e Decreto 70.235/72, com alterações posteriores. A atividade praticada pela empresa está vedada na opção do SIMPLES. De fato, é uma atividade de limpeza de máquinas, por jato de areia, com subsequente conservação, pela aplicação de pintura industrial. Tanto a DRJ quanto a própria contribuinte reconhecem que a pintura aplicada pela empresa conserva a máquina, evitando ferrugem. Nessa medida, correto está o fundamento do ADE que excluiu a empresa do SIMPLES.

Por coincidência, tal atividade é regulada pelo Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura – CREA -, ou seja, além de consistir em atividade de conservação de máquinas também é atividade de engenharia. Essa particularidade realmente não consta no ADE, sendo que a empresa não foi excluída do regime do SIMPLES por exercer atividade de engenharia, mas sim por exercer atividade de limpeza e conservação, no caso específico, de máquinas. Por coincidência, não citada no ADE, tal atividade é fiscalizada pelo CREA.

Verifico pelas informações constantes deste processo que a empresa não chegou a omitir suas atividades da autoridade fiscal, porque de certa maneira essas atividades estavam no bojo de seu objeto social e CNAE. Por outro lado, a contribuinte veio equivocadamente informando em sua DIPJ que exercia atividade de comércio de material de ferragem e elétrico, tendo assim cometido erro. Não verifico, de fato, má-fé da empresa nestes autos, ocorre que essa verificação não elimina a culpa da empresa por ter optado pelo SIMPLES em situação vedada e ter renovado sua opção pelo SIMPLES por meio de seus pagamentos de tributo e suas DIPJ ano a ano, sem ter espontaneamente denunciado sua situação de exclusão do regime SIMPLES nos termos do artigo 13, I e II, da Lei 9.317/96. A ausência de má-fé da empresa, portanto, em nada afeta o poder-dever da autoridade, nos termos da mesma Lei, de declarar de ofício a exclusão do SIMPLES via ADE.

Quanto à aplicação retroativa do ADE, de fato, o artigo 15, II, da Lei 9.317/96, em sua redação dada pela Lei 9.732/98, vigente à época em que foi expedido o ADE, determinava que ele deveria surtir efeitos apenas a partir do mês subsequente ao mês em que foi expedido o ADE, no caso do exercício das atividades vedadas de que tratavam os incisos III a XVIII do artigo 9º da mesma Lei.

Contudo, neste caso específico, a empresa decidiu abrir mão da discussão na esfera administrativa para submeter o assunto diretamente à deliberação judicial na ação declaratória número 2006.71.01.005326-3, que tem por objeto justamente pedido para aplicar de forma benigna a Lei 9.732/98 e alguns princípios gerais de irretroatividade do ato administrativo para afastar os efeitos retroativos do ADE de exclusão do SIMPLES. Na ação judicial pede-se que o ADE só gere efeitos a partir da data de sua expedição, visando evitar lançamento fiscal de períodos pretéritos.



Entendo portanto que é caso de concomitância entre o pedido feito na esfera judicial e o pedido feito na esfera administrativa, ensejando a aplicação da Súmula n° 1 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

SÚMULA N° 1 do CARF: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Embora a contribuinte peça para que este Conselho afaste a aplicação dessa Súmula, estamos a ela vinculados pela Portaria do CARF n° 69/2009, Capítulo I, artigo 1°.

A contribuinte tem todo o direito de ação que a Lei lhe permite: na esfera administrativa e na esfera judicial. Pode contudo escolher a estratégia processual que mais lhe convenha. Tendo optado, no caso da discussão sobre retroatividade do ADE, pela esfera judicial, não cabe mais à esfera administrativa a apreciação do tema. A Súmula existe para evitar que haja duas dicotômicas decisões sobre o mesmo tema: na esfera judicial e na esfera administrativa. A Súmula visa portanto evitar o conflito de jurisdição: considerando que a matéria foi oferecida à decisão judicial, não cabe mais a apreciar no âmbito administrativo. No mais, não cabe a este Conselho apreciar matéria de inconstitucionalidade da Lei ou da Súmula.

Quanto aos lançamentos fiscais, pela leitura dos termos de intimação fiscal e do termo de verificação fiscal, observo que de fato a empresa entregou à autoridade fiscal a documentação de que dispunha e que foi pedida pela autoridade. Como a empresa não entregou algumas notas fiscais, a autoridade fiscal buscou esses documentos junto aos clientes da contribuinte, tendo saciado a necessidade de informação.

Foi justamente com base nessas informações obtidas que a autoridade fiscal confrontou as receitas oferecidas à tributação na DIPJ do SIMPLES com as receitas localizadas no livro caixa da empresa e junto aos fornecedores. Considerando que houve receitas omitidas, o lançamento, no caso de PIS e COFINS, foi efetuado com base na Lei 9.718/98, sobre a receita de prestação de serviços identificada na ação fiscal, estando correto o lançamento de ofício nesse tanto.

Já no caso de IRPJ e CSLL, o lançamento fundou-se nos artigos 224 (conceito de receita bruta), 518 e 519 (lucro presumido) e 841, inciso III (escrita contábil), do RIR/99 (Decreto 3.000/99) (fls. 179). Esses dispositivos tratam do lucro presumido. A contribuinte protesta contra esse lançamento, alegando que ele precisaria ser feito pelo lucro real. Aqui, cabe razão à contribuinte.

Nos termos da Lei aplicável, o lucro presumido é um regime de tributação, alternativo ao SIMPLES ou ao lucro real, que é utilizado apenas mediante opção da contribuinte. Devido à exclusão da empresa do regime SIMPLES, neste caso, só poderiam ser utilizados como regime fiscal para lançamento ou o lucro real (artigo 247 do RIR/99) ou o lucro arbitrado (artigos 529 a 540 do RIR/99). Por sua vez, o uso do lucro arbitrado depende da verificação e comprovação, na prática, das hipóteses legais devidamente compiladas no artigo 530 do Decreto 3.000/99 (RIR/1999), cuja prova cabe à autoridade fiscal. Neste caso, a autoridade fiscal de fato não utilizou o enquadramento legal do lucro arbitrado e nem consubstanciou ou comprovou as hipóteses que justificariam o arbitramento.



Sobraria, portanto, o regime do lucro real para o lançamento do IRPJ e da CSLL. Os lançamentos combatidos foram feitos de forma equivocada pelo lucro presumido. Nessa medida, há um erro material irreparável no lançamento fiscal, razão pela qual ele não deve prosperar. Assim já decidiu esta Corte:

"1º Conselho de Contribuintes / 3ª Câmara / ACÓRDÃO 103-19.879 em 23.02.1999

IRPJ e OUTROS - EXERCÍCIOS FINANCEIROS DE 1993 A 1996

IRPJ - MICROEMPRESA - OMISSÃO DE RECEITAS - TRIBUTAÇÃO COM BASE NO LUCRO PRESUMIDO - EXISTÊNCIA DE PRECEDENTES TIPIFICADORES DO LUCRO ARBITRADO - Indevida a exigência com base em lucro presumido sobre o excesso de receita bruta apurado em procedimento de ofício (. .) A opção pelo lucro presumido é da iniciativa irrevogável da contribuinte, descabendo, similarmente, ao fisco, optar, supletivamente, por esta forma de tributação presuntiva dos lucros (. .)

TRIBUTAÇÃO DECORRENTE - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO

CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - CONTRIBUIÇÃO AO PIS/FATURAMENTO - Subsiste a exigência das contribuições sociais calculadas sobre a receita omitida apurada em procedimento de ofício levado a efeito contra a recorrente, ainda que não prospere, por falta de permissivo legal específico, a exação imposta ao tributo principal (I.R.P.J.)"

Nesse sentido, voto por entender parcialmente procedente o recurso voluntário da contribuinte para cancelar os lançamentos fiscais de IRPJ, CSLL, mas por outro lado manter o lançamento de PIS e COFINS e reconhecer plenamente válido e em vigor o Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES 03/2004 de 09/02/2004.



LAVINIA MORAES DE ALMEIDA NOGUEIRA JUNQUEIRA - Relatora