



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº	11080.003454/2005-29
Recurso nº	135.180 Voluntário
Matéria	SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº	303-34.369
Sessão de	24 de maio de 2007
Recorrente	ELETROSTOCK COMÉRCIO DE ELETRÔNICOS 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: 2003

Ementa: SIMPLES. EXCLUSÃO RETROATIVA AO ANO DE 2003. POSSIBILIDADE. AFASTADA A PREJUDICIAL PARA ANEXAÇÃO AO PROCESSO Nº 13003.000265/2005-42 (AUTO DE INFRAÇÃO DE IRPJ /CSLL /COFINS /PIS). PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA / ARTIGO 7º DA LEI 9.317/1996. NÃO PODERÁ PERMANECER OPTANTE DO SIMPLES A EMPRESA QUE NÃO POSSUI ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL MÍNIMA (LIVRO CAIXA) EXIGIDO PELA LEGISLAÇÃO VIGENTE APLICÁVEL.

Recurso voluntário julgado **improcedente**, para que seja mantida a exclusão da empresa do SIMPLES, a partir do ano-calendário de 2003.

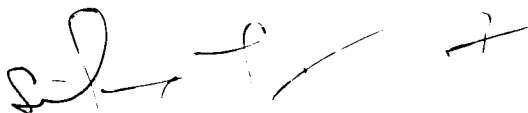
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.



ANELISE DAUDT PRIETO

Presidente



SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Nilton Luiz Bartoli, Marciel Eder Costa, Tarásio Campelo Borges, Luis Marcelo Guerra de Castro e Zenaldo Loibman.

Relatório

A empresa ora recorrente foi declarada excluída do SIMPLES – Sistema Integrado de Pagamento dos Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, em decorrência da prática reiterada de infração à legislação tributária, nos termos do inciso V do artigo 14, da Lei 9.317/1996. O Ato Declaratório Executivo DRF/POA n.º 043, de 25 de maio de 2005 às fls. 24/25, que consubstanciou tal exclusão, cuja ciência se deu em 13/06/2005.

A fiscalização teve início no dia 13/12/2004, com o objetivo de verificar o cumprimento das obrigações tributárias relativas ao ano-calendário de 2003.

Do trabalho fiscal desenvolvido, conforme se vê do relatório de representação fiscal para fins de exclusão do SIMPLES, fls. 01/03, verificou-se que:

- a fiscalizada optou pela tributação de suas receitas sob o regime do SIMPLES no período em exame, tendo entregue a respectiva declaração;

- houve intimação para apresentação, em 13/12/2004, da escrituração contábil, do Livro Razão e Diário, Registro de Inventário e Livro Caixa;

- em 23/12/2004 houve apresentação de dois livros Registro Simplificado (entradas e saídas) e um Livro Registro de Inventário, sem a entrega da escrituração contábil regular ou Livro Caixa que contivesse sua movimentação financeira;

- em 03/01/2005 apresentou declaração dizendo que reiteramos que os livros que possuímos são os mesmos mencionados e apresentados segundo expediente com data de 23 de dezembro de 2004;

- tendo em vista que não foi apresentado Livro Caixa nem escrituração completa, houve ofensa ao disposto no artigo 7º, § 1º da Lei 9.317/1996, o que torna necessária a exclusão da empresa do referido regime para o ano-calendário;

- foi protocolada Representação, contendo proposta de exclusão da fiscalizada do regime SIMPLES em decorrência dos fatos apurados pela fiscalização. Em 25 de maio de 2005 foi expedido Ato Declaratório Executivo DRF/POA n.º 043, fls. 483, excluindo a fiscalizada do SIMPLES, por não atendimento das condições formais (falta de escrituração) para a permanência no sistema, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2003;

Mediante documentação, em 13/07/2005, fls. 31/32, a autuada impugnou a exigência, alegando que a exclusão teria decorrido de fatos apurados pela fiscalização, remetendo suas razões de defesa àquelas referidas no processo número 13003.000265/2005-42, cópias acostadas aos autos por esta DRJ, fls. 35/53, que, em síntese, são:

- há ilegalidade na ação fiscal e na lavratura do auto, pelo não cumprimento de todas as exigências descritas em lei;



- *há descumprimento dos requisitos estabelecidos no artigo 10 do Decreto 70.235/72, bem como do artigo 142 do Código Tributário Nacional (negritos na lavratura por agente competente, local da verificação da falta, descrição do fato e disposição legal infringida e a penalidade aplicável);*
- *o agente fiscal é incompetente para o ato, pois o MPF extinguiu-se na data do decurso do prazo de validade do mesmo, 5 de abril de 2005 (art. 15, II, da Portaria SRF 3.007/2001; também não seria o caso de emissão do MPF-C, como intentou a fiscalização;*
- *a intimação (fls. 127/131) para comprovação da origem dos valores depositados também foi irregular, haja vista que, àquela época, a digna fiscal estava a descoberto do respectivo MPF;*
- *alega que não foi dito que o relatório de atividade fiscal integra o auto de infração;*
- *alega incorreta menção à data do dia 05/01/2005 como data da lavratura do Ato Declaratório de Exclusão, quando a data correta do documento é 25/05/2005;*
- *não há correta descrição dos fatos referentes à matéria tributável, nem tampouco clareza e capitulação legal dos dispositivos infringidos, bem como a lavratura não se deu no local da verificação da falta;*
- *a exclusão do SIMPLES é arbitrária, sem contraditório e ampla defesa, com referência global ao relatório de atividade fiscal, sem especificar suas folhas, redundando em cerceamento do seu direito de defesa;*
- *não há indicação do número de folhas que compõem o AI, nem especificação maior nas planilhas em anexo;*
- *jamais se poderia agravar a multa em circunstância de presunção de ocorrência do fato gerador, conforme jurisprudência que transcreve;*
- *não houve análise individual dos créditos bancários, limitando-se a dizer que foram analisados os extratos fornecidos pela instituição;*
- *alega que é necessária a formação de um juízo de certeza quanto aos fatos tributário, não bastando a sua credibilidade ou a sua verossimilhança;*
- *não houve apuração, por exemplo, de sinais exteriores de riqueza dos sócios, omissão de compras ou vendas pelo cruzamento com fornecedores;*
- *não houve individualização dos valores que representaram efetivas receitas e aqueles restantes, lançados por presunção, o que dificultaria a defesa da impugnante;*
- *o vigor de um feito está intimamente ligado à observância dos procedimentos estatuidos na perspectiva da legalidade e do devido processo legal, o que não aconteceu no caso presente.*



A DRF de Julgamento em Porto Alegre - RS, através do Acórdão N.º 6.752, de 16/11/2005, indeferiu as solicitações da recorrente, nos seguintes termos, que a seguir se transcreve, omitindo-se apenas algumas transcrições de acórdãos e de texto legal:

“A exclusão da empresa do SIMPLES teve como fundamento dispositivos da Lei 9.317/1996, (transcrito).

Da leitura da representação fiscal para fins de exclusão do SIMPLES e do Ato Declaratório Executivo DRF/POA n.º 043, depreende-se que o motivo para a exclusão foi inexistência de escrituração contábil mínima para que a empresa pudesse optar pelo regime, nos termos da legislação do SIMPLES acima transcrita.

A empresa remete suas razões para a impugnação entregue no processo de exigência do IRPJ, 13003.000265/2005-42, cópia neste processo, fls. 35/53, onde houve o arbitramento do lucro por consequência do próprio procedimento de exclusão. Embora os fatos descritos no lançamento do IRPJ e seus reflexos também pudessem ser fator ou causa de exclusão, a fiscalização e o próprio Ato Declaratório foram embasados na falta de escrituração regular para que a empresa pudesse optar pelo regime.

Mesmo assim, para garantia da ampla defesa da interessada, tomo aquela impugnação ao lançamento e procuro abordar os pontos em que possa relacionar-se com o processo de exclusão do SIMPLES que ora examinamos.

Dessa forma, vejo como questões a serem abordadas nesta decisão a questão da nulidade por falta de competência do agente que efetuou a representação para fins de exclusão do sistema e a nulidade por cerceamento do direito de defesa pela falta de melhor descrição dos fatos no tocante à exclusão do SIMPLES.

Das Questões Prejudiciais

Da Nulidade do Ato Declaratório pela não Prorrogação do MPF

Reclama-se de nulidade do Ato Declaratório por incompetência do agente que efetuou a representação para a exclusão, tendo em vista que teria ocorrido a extinção do MPF pelo decurso do seu prazo de validade.

O argumento principal da impugnante reside no fato de que, com o encerramento da ação fiscal, não caberia falar-se em mandado de procedimento fiscal complementar. Seria um procedimento novo, a ser acobertado por nova autorização.

O mandado de procedimento fiscal (MPF) foi instituído pela Portaria SRF n.º 1.265/99, posteriormente alterada pela Portaria SRF n.º 1.614/00 e pela Portaria SRF n.º 3.007/01, com as alterações dadas pelas Portarias 1238/02, 1432/03, 1468/03 e 2.096/03. Posteriormente ao presente lançamento, foi editada a Portaria SRF 4.328/05, revogando as anteriores e consolidando a matéria.

Diferentemente do que afirma a interessada, houve a prorrogação do MPF original, de número 1010100 2004 00543-7, mediante



demonstrativo de emissão e prorrogação de MPF, via sistema "ação fiscal", do SIEF. Os dados podem ser obtidos no site www.receita.fazenda.gov.br, com o CNPJ da autuada e do código constante do MPF originário, fls. 05, item 3. Vejamos o teor do documento (transcrito no original).

Vejase que a prorrogação foi implementada para dois períodos de sessenta dias, o primeiro até 04 de junho de 2005 e o segundo até o dia 03 de agosto de 2005, sem solução de continuidade. Tais informações estiveram disponíveis para a interessada durante todo o transcurso da ação fiscal até a data de hoje, inclusive, atestando a devida competência do agente fiscal.

Ressalte-se que não houve a utilização do MPF complementar para implementar a prorrogação. O MPF complementar foi utilizado para incluir o IRPJ no período de 01/2003 a 12/2003, conforme documento de fls. 484 do processo 13003.000265/2005-42. Para a prorrogação foi utilizado registro eletrônico, forte no permissivo do § 1º do artigo 13 da Portaria 3.007/2001 (Transcrito).

Não obstante tudo o que foi dito, a relevância dada ao MPF no sentido da sua indispensabilidade para a validade do Ato Declaratório deve ser objeto de questionamento. Trata-se de requisito administrativo e assim deve ser entendido, não devendo afetar a competência do fiscal para o exercício da representação de exclusão, pois trata-se de competência estabelecida em lei, enquanto o MPF foi instituído especificamente por atos normativos da Receita Federal.

O Decreto n.º 3.724, de 11/01/2001, não ampliou os efeitos do MPF para gerar a "nulidade absoluta do ato produzido", como alega a impugnante. Este decreto teve sim o propósito específico de regulamentar o art. 6º da Lei Complementar n.º 105, de 10/01/2001, quanto aos procedimentos exigidos para requisição, acesso e uso de informações pela Secretaria da Receita Federal, obtidas pela quebra do sigilo de operações de instituições financeiras. Apenas proibiu o exame de tais informações pelo auditor fiscal enquanto não houvesse procedimento fiscal instaurado (com exceções).

Portanto, os autos de infração foram lavrados por autoridade competente (art. 142 do CTN e art. 6º, I, a, da Medida Provisória 2.175-29). Não se implementaram as condições para declaração de nulidade do lançamento, previstas no art. 59, I, do Decreto n.º 70.235/72.

Em seguida, transcreveu diversos acórdãos proferidos pelo Egrégio Conselho de Contribuinte nesse sentido.

Nulidade do Procedimento- Incompleta Descrição dos Fatos

Diz a interessada:

a exclusão do simples é arbitrária, sem contraditório e ampla defesa, com referência global ao relatório de atividade fiscal, sem especificar suas folhas, redundando em cerceamento do seu direito de defesa;



O Relatório de Representação Fiscal de fls. 01/03 é elucidativo. Não houve apresentação do Livro Caixa nem da escrituração comercial. A própria empresa afirma taxativamente que não os possuía. Assim, a infração foi tipificada nos termos do artigo 7º, § 1º da Lei 9.317/1996.

Por força dessa representação, foi exarado o Ato Declaratório Executivo DRF/POA n.º 043, que remete às razões da representação constante do presente processo. fls. 01/03 e tipifica a infração nos termos dos artigos 9º a 16 da Lei 9.317/1996, em decorrência de prática reiterada de infração à legislação tributária, nos termos do artigo 14, inciso V, daquele diploma legal.

Dessa forma, descabe falar-se em cerceamento do direito de defesa quando os fatos e a própria base legal estão corretamente descritos no corpo daqueles documentos atacados pela impugnação.

Conclusão

Nesses termos, voto por rejeitar as questões prejudiciais levantadas pela impugnante para julgar improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela interessada e manter a exclusão da empresa do SIMPLES a partir do ano-calendário de 2003. Sala das Sessões (POA), de 16 de novembro de 2005. Fernando Mombelli – Relator”.

A recorrente tomou ciência dessa decisão através de Notificação recebida via AR e apresentou, com a guarda do prazo legal, as razões de sua insatisfação recursal à este Terceiro Conselho de Contribuintes.

Em seu arrazoado, apresentado nesta atual fase recursal, a recorrente não mais manteve todas as questões de prejudiciais alegadas, persistindo apenas os argumentos quanto ao fato de sua pretensão para que o presente processo fosse apensado ao outro processo de n.º 13003.000265/2005-42 que se encontra igualmente em fase recursal, lavrado pela Fiscalização por infrações à legislação do Imposto de Renda, quanto a IRPJ e Reflexos (CSLL / COFINS e PIS), além de manter os argumentos explanados na exordial, referente a sua exclusão do SIMPLES pela suposta, dito apenas por suposição, de prática reiterada de infração à legislação tributária.

Por fim, solicitou seja acolhido o seu recurso, para que fosse sobrestado o presente processo e no mérito de imediato, a reforma da decisão que determinou a sua exclusão do SIMPLES.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA, Relator

Tomo conhecimento do recurso, que é tempestivo, tendo em vista que a recorrente tomou ciência da decisão da DRF de Julgamento em Porto Alegre – RS, através da Notificação n.º 18/2006 / DRF / POA / SECAT via AR em data de 15/02/2006 (fls. 68), tendo apresentado suas razões recursais, devidamente protocolados na repartição competente da SRF em 10/03/2006 (fls. 69 a 75) estando revestido das demais formalidades legais, bem como, trata-se de matéria da competência deste Colegiado.

Em sede de preliminar, a arguição da recorrente da prejudicial por pretensamente dever o processo ora vergastado ficar sobrestado, por anexação ao Processo N.º 13003.000265/2005-42, referente ao Auto de Infração de IRPJ e Reflexos (CSLL /COFINS /PIS), lavrados pela ação fiscal para exigência dos créditos tributários apurados por arbitramento dos lucros de empresa em consequência da sua movimentação bancária, após o procedimento de exclusão, não poderá prosperar, em função de que os processos são totalmente independentes, este tratando exclusivamente da exclusão do SIMPLES, e o outro pela apuração de crédito tributário verificado pela Fiscalização, realizada através de MPF específico, em vista de programa oficial em execução.

No mérito, pelas razões expostas, comprova-se que a exclusão da recorrente do SIMPLES se deu, conforme ADE da DRF de Porto Alegre /RS de n.º 043 de 25/05/2005 (fls. 24), pelo motivo causador do evento ter sido a prática reiterada de infração à legislação tributária, a luz do inciso V, do artigo 14, da Lei 9.317/96, por ter ficado comprovado que a empresa não possuía escrituração contábil mínima (Livro Caixa), fato este declarado e reiterado pela própria recorrente, exigência básica contida na legislação vigente aplicável a espécie (artigo 7º, § 1º da Lei 9.317 de 1996), a partir do ano-calendário de 2003, cujo teor transcrevo:

“Art. 7º A microempresa e a empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES apresentarão, anualmente, declaração simplificada que será entregue até o último dia útil do mês de maio do ano-calendário subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores dos impostos e contribuições de que tratam os arts. 3º e 4º.

§ 1º A microempresa e a empresa de pequeno porte ficam dispensadas de escrituração comercial desde que mantenham, em boa ordem e guarda e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes:

- a) Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária;*
- b) Livro de Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário;*
- c) todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos livros referidos nas alíneas anteriores.*



§ 2º O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento, por parte da microempresa e empresa de pequeno porte, das obrigações acessórias previstas na legislação previdenciária e trabalhista.

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

(...)

V – prática reiterada de infração à legislação tributária; (...)

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

(...)

V – a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior.

(...)

§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998)

Com efeito, a legislação competente, corrobora os efeitos da exclusão da sistemática do SIMPLES, com data retroativa, já que o art. 73, da Medida Provisória nº 2158-34, de 27/07/2001, convalidada pela MP 2.158/35, de 24/08/2001, ainda vigente por força da Emenda Constitucional nº 32, alterou a redação do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, passando a haver autorização legislativa para que a exclusão se dê com efeitos retroativos à data da situação excludente.

Assim, restou comprovado que a recorrente realmente incorreu na vedação prevista na Lei nº 9.317, de 1996, estando correto o entendimento da DRF ao determinar os efeitos do ato de exclusão a partir do ano-calendário de 2003.

Desta maneira, a recorrente não se enquadrou nas condições preconizadas na Lei 9.317/1996, regulamentada pela IN SRF 355/2003, para que possa permanecer na condição de optante da sistemática do SIMPLES.

Por essas razões, é de se manter o ATO DECLARATÓRIO que tornou a recorrente excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, a partir do ano-calendário de 2003. Então,

VOTO para que seja negado provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 24 de maio de 2007

SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA - Relator