



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13411.000828/2004-18
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1401-004.459 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 14 de julho de 2020
Recorrente FRANCISCO ALVES DE FREITAS ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

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

ATO DECLARATÓRIO. EXCLUSÃO. SIMPLES. COMUNICAÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

A intimação referente à ciência de exclusão de empresa do SIMPLES deve obedecer as formas de comunicação estabelecidas nos termos da legislação que rege o processo administrativo fiscal (Decreto nº 70.235/72), sob pena de **nulidade** do ato de exclusão do ato declaratório de exclusão (ADE) se assim não se proceder.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, preliminarmente, por maioria de votos, negar provimento à conversão do julgamento em diligência sugerida pelo Conselheiro Nelso Kichel, que restou vencido na votação. No mérito, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário para declarar a nulidade do Ato Declaratório de Exclusão e, conseqüentemente, cancelar as exigências objeto do lançamento de ofício ora analisados neste processo. Votou pelas conclusões a Conselheira Letícia Domingues Costa Braga.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Carlos André Soares Nogueira, Nelso Kichel, Cláudio de Andrade Camerano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva, Letícia Domingues Costa Braga e Eduardo Morgado Rodrigues.

Fl. 2 do Acórdão n.º 1401-004.459 - 1ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 13411.000828/2004-18

Relatório

Início por transcrever a última peça processual que consta nos autos, uma Resolução deste Colegiado, de outra turma, de nº 3302-001.174, em sessão de 25 de julho de 2019:

COMPETÊNCIA. DECLINAR.

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

Trata de processo que discute a exclusão da empresa do SIMPLES.

Conforme estabelece o inciso V do art 2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, tal matéria é da competência da Primeira Seção de Julgamento do CARF, razão pela qual devolvo os autos à Secretaria desta Terceira Câmara, para encaminhamento àquela Seção. Competência declinada em favor da Primeira Seção de Julgamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em declinar competência e encaminhar o processo à 1ª Seção do CARF, para sorteio e julgamento. Vencido o conselheiro Corinθο Oliveira Machado que não conhecia do recurso.

(documento assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Denise Madalena Green - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Corinθο Oliveira Machado, Walker Araujo, Jorge Lima Abud, Jose Renato Pereira de Deus, Gerson Jose Morgado de Castro, Raphael Madeira Abad, Denise Madalena Green e Gilson Macedo Rosenburg Filho (Presidente).

Relatório

Trata-se de firma individual optante pelo SIMPLES que extrapolou o limite da microempresa e que foi excluído do programa, mediante edital e por intimação pessoal. O Auto de Infração apurou os valores devidos de acordo com os regimes normais de tributação das contribuições PIS e COFINS.

O recurso voluntário dirigido contra acórdão assim emendado:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA o FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

DIREITO DE DEFESA. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Afasta-se a alegação de cerceamento de defesa, quando comprovado que o Ato Declaratório Executivo foi publicado em Diário Oficial e que o interessado foi informado da exclusão do SIMPLES, mediante Termo de Intimação Fiscal.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. DIFERENÇA ENTRE VALOR DECLARADO E VALOR ESCRITURADO/PAGO.

O lançamento consolida-se administrativamente no que se refere à matéria não impugnada.

SIMPLES. PAGAMENTOS EFETUADOS.

Nos casos de exclusão do SIMPLES, os pagamentos efetuados devem ser considerados na apuração no montante do tributo devido.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

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

DIREITO DE DEFESA. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Afasta-se a alegação de cerceamento de defesa, quando comprovado que o Ato Declaratório Executivo foi publicado no Diário Oficial e que o interessado foi informado da exclusão do SIMPLES, mediante Termo de Intimação Fiscal.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. DIFERENÇA ENTRE VALOR DECLARADO E VALOR ESCRITURADO/PAGO.

O lançamento consolida-se administrativamente no que se refere à matéria não impugnada.

SIMPLES. PAGAMENTOS EFETUADOS.

Nos casos de exclusão do SIMPLES, os pagamentos efetuados devem ser considerados na apuração do montante do tributo devido.”

Contra o assinalado aresto, a empresa interpôs recurso voluntário, pedindo a reforma do julgado. O processo digitalizado foi distribuído e, posteriormente, encaminhado a este Conselheiro Relator.

É o relatório.

Voto

Conselheira Denise Madalena Green , Relatora.

Declinação de competência para a Primeira Seção de Julgamento do CARF:

No seu recurso, a contribuinte se insurge contra a sua exclusão do SIMPLES.

Conforme estabelece o inciso V do art 2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF1, tal matéria é da competência da Primeira Seção de Julgamento do CARF, razão pela qual devolvo os autos à Secretaria desta Terceira Câmara, para encaminhamento àquela Seção.

Ante o exposto, voto para declinar a competência em favor da Primeira Seção de Julgamento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Denise Madalena Green

Esta introdução se fez necessária porque o presente processo contempla autos de infração de **COFINS** e de **PIS**, entendidos como que seriam decorrentes do procedimento fiscal que resultou na exclusão da Interessada do SIMPLES.

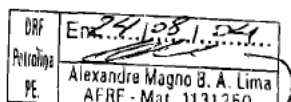
Existem elementos e documentos nos autos que são pertinentes ao processo de exclusão da Interessada do SIMPLES (então ora juntados por cópias), de forma que entendo relevante examinarmos, antes, como se sucedeu a situação que originou a exclusão da Interessada do SIMPLES.

REPRESENTAÇÃO FISCAL – EXCLUSÃO DO SIMPLES (Volume I, fls.16)

Sr. Delegado da Receita Federal em Petrolina-PE,

1. No curso do procedimento fiscal instaurado contra o contribuinte acima identificado, foi constatado, conforme o "Demonstrativo de Composição da Base de Cálculo (Apuração Sintética)" e as cópias do Livro de Registro de Apuração do ICMS em anexo, que o fiscalizado enquadrado na condição de **Microempresa**, auferiu, no decorrer do ano-calendário de 1999, receita bruta excedente a R\$ 120.000,00 que é o limite estabelecido pelo art. 2º, inciso I, da Lei nº 9.317/96.
2. Diante da vedação prevista no art. 9º, inciso I, da Lei nº 9.317/96, o contribuinte não comunicou a situação excludente do SIMPLES, conforme determina art. 13, inciso II, alínea a, da Lei nº 9.317/96, através de alteração cadastral nos termos do § 1º do art. 13 lei nº 9.317/96.
3. Como a empresa infringiu o art. 13, inciso II, alínea a, da Lei nº 9.317/1996 ao permanecer no Simples a partir do ano-calendário de 2000, mesmo excedendo os limites estabelecidos para Microempresas (ME), sujeita-se à exclusão do Simples, conforme dispõe o art. 14, I da Lei nº 9.317/1996.
4. Salienta-se, ainda, que todos os recolhimentos referentes aos meses de janeiro de 2000, 2001, 2002 e 2003, foram efetuados a partir da aplicação da alíquota de 3,00%. Dessa forma, demonstra-se a intenção do contribuinte de permanecer na condição de Microempresa, não se aplicando o disposto no ADI SRF nº 016/02, mesmo tendo apresentado Declarações Simplificadas Retificadoras na condição de Empresa de Pequeno Porte (EPP) depois de iniciado o procedimento fiscal.
5. Em face do exposto, PROponho a exclusão de FRANCISCO ALVES DE FREITAS ME, CNPJ nº 41.099.722/0001-22, do SIMPLES (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte), **com efeitos a partir de primeiro de janeiro de 2000**, nos termos do inciso IV do art. 15 da Lei nº 9.317/96.

À consideração superior.



Aprovada a **representação fiscal** supra, emitiu-se o ato de exclusão, o qual se encontra acostado por cópia publicado no Diário Oficial da União em 26 de agosto de 2004:

Edição Número 165 de 26/08/2004

**Ministério da Fazenda
Superintendência Regional da Receita Federal 4ª Região Fiscal
Secretaria da Receita Federal
Delegacia da Receita Federal em Petrolina**

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 14, DE 25 DE AGOSTO DE 2004

Declara excluída do SIMPLES a empresa FRANCISCO ALVES DE FREITAS ME.-
CNPJ 41.099.722/0001-22.

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM PETROLINA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 227, II, do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF nº 259, de 24 de agosto de 2001, publicada no DOU de 29/08/2001, fundamentado no que dispõe a Lei nº 9.317 e suas alterações posteriores e no que disciplina a IN SRF nº 355/2003, motivado pela Representação Fiscal constante do Processo Administrativo nº 13411.000530/2004-08, declara:

Art. 1º Excluída da sistemática de pagamento dos tributos e contribuições de que trata o artigo 3º da Lei supracitada, denominada SIMPLES, a empresa FRANCISCO ALVES DE FREITAS ME, CNPJ 41.099.722/0001-22, na forma do inciso I, do art. 14 da Lei 9.317/96, pelo motivo da citada empresa, na condição de microempresa, ter ultrapassado o limite de receita bruta de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), no ano-calendário 1999, mas não ter procedido a alteração cadastral para inscrever-se como empresa de pequeno porte até o último dia útil do mês de janeiro de 2000, ferindo o que disciplinam os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 13 da citada Lei. Os efeitos da exclusão retroagem a janeiro de 2000, obedecendo ao disposto no inciso IV do artigo 15 da mesma Lei.

Parágrafo Único. Poderá a empresa excluída, no prazo de 30 (trinta) dias contados a partir da publicação deste ato, manifestar por escrito, nos termos do parágrafo único do artigo 23 da IN-SRF n.º 355/2003, sua inconformidade, relativamente ao procedimento acima, perante o Delegado da Receita Federal em Petrolina PE, ficando assegurada, desta forma, o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.

Não havendo manifestação neste prazo estipulado acima, a exclusão tornar-se-á definitiva.

Art. 2º. Este ato entra em vigor na data de sua publicação.

ANTÔNIO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

Passado um dia após a publicação no DOU, o Setor de Fiscalização e Controle Aduaneiro – SIANA, da DRF de Petrolina-PE, por meio de **Termo de Intimação Fiscal** (fl.18) lavrado em 27/08/2004, com ciência em 27/08/2004, fez uma série de solicitações de documentos pertinentes aos períodos de janeiro de 2000 a junho de 2004 (4 anos, portanto), no seguinte contexto:

Lavratura

Local de Lavratura	Data
DRF PETROLINA-PE	27/08/2004

Contexto

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal e com base nos arts. 904, 905, 911, 927 e 928 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda), e considerando a exclusão do contribuinte do SIMPLES (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte) nos termos do ADE DRF/PLA-PE nº 014/04 publicado no Diário Oficial da União em 26/08/2004, INTIMAMOS o sujeito passivo acima identificado a apresentar os itens especificados abaixo, nos prazos respectivamente estipulados.

Itens	Prazo
1 Livros Diários e Razões do período compreendido entre janeiro/2000 e junho/2004	20 dias
2 Livros de Apuração do Lucro Real (LALUR) do período compreendido entre janeiro/2000 e junho/2004	20 dias
3 Livros de Registro de Entradas e Saídas do período compreendido entre janeiro/2004 e junho/2004	20 dias
4 Livros de Registro de Apuração do ICMS do período compreendido entre janeiro/2004 e junho/2004	20 dias
5 Balancetes mensais e/ou trimestrais do período compreendido entre janeiro/2000 e junho/2004	20 dias
6 Declarações de Créditos e Débitos Tributários Federais (DCTF) referentes aos 1º, 2º, 3º e 4º trimestres dos anos-calendário de 2000, 2001, 2002 e 2003	20 dias
7 Declarações de Créditos e Débitos Tributários Federais (DCTF) referentes aos 1º e 2º trimestres dos anos-calendário de 2004	20 dias
8 DIPJ dos anos-calendário de 2000, 2001, 2002 e 2003.	20 dias

9 Relação de Bens	20 dias
-------------------	---------

Os itens acima enumerados deverão ser entregues no Setor de Fiscalização e Controle Aduaneiro (SIANA) da Delegacia da Receita Federal em Petrolina-PE.

A não apresentação do item nº 01 solicitado acima acarretará o arbitramento de ofício do lucro em relação aos anos-calendário de 2000 a 2003, conforme disposto no art. 530, inciso III, do Decreto nº 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR)

Os esclarecimentos deverão ser feitos **por escrito**, datados e assinado pelo contribuinte ou seu representante legal com a indicação dos elementos que estão sendo apresentados.

Segue em anexo a esta Intimação o Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/PLA-PE nº 014/04.

Em 15 de setembro de 2004, a Interessada entregou os livros solicitados, esclarecendo que não apresentou os “livros Diário, Razões, LALUR e Balancetes no período 2000 a junho 2004, por não ser pelo sistema de Lucro Real.”

Tendo em vista que não há mais registro do processo 13411.000530/2004-08 (da exclusão do SIMPLES), temos de nos ater ao que consta nos autos.

Continuando, em pesquisa nos autos, consta no **Termo de Verificação Fiscal** (fls.196 a 200) do presente processo:

Dessa forma, com a publicação do Ato Declaratório Executivo DRF/PLA-PE n.º 014/04 no Diário Oficial da União (DOU) de 26/08/2004, fls. 17, FRANCISCO ALVES DE FREITAS ME, CNPJ n.º 41.099.72210001-22, foi excluído do SIMPLES com efeitos a partir de janeiro de 2000, estando sujeito às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, conforme determina o art. 16 da Lei n.º 9.317/96.

[...]

Como o contribuinte foi excluído do SIMPLES pelo ADE DRF/PLA-PE n.º 014/04, intimamo-lo novamente em 27/08/2004, fls. 18 e 19, a apresentar dentre outros itens os Livros Diários e Razão do período compreendido entre janeiro/2000 a junho/2004.

Em atenção à Intimação lavrada em 27/08/2004, o sujeito passivo entregou os itens relacionados às fls. 20, salientando que deixou de apresentar os Livros Diários, Livros Razões, Livro de Apuração do Lucro Real (LALUR) e os Balancetes referentes ao período compreendido entre janeiro/2000 e junho/2004, pois não era optante pela apuração do IRPJ (Imposto de Renda) calculado sobre o Lucro Real.

[...]

5. DO REGIME DE TRIBUTAÇÃO DO IRPJ E DA CSLL

Em atendimento à Intimação, fls. 18/19, o contribuinte entregou as Declarações de Informações Econômico-Fiscais dos exercícios de 2001 ao de 2004, como optante pela apuração do IRPJ sobre o Lucro Presumido, fls. 101 a 154. Entretanto, a empresa não exerceu oportunamente a opção pelo regime de tributação sobre o Lucro Presumido, pois não efetuou o pagamento referente à primeira ou única quota do imposto devido correspondente ao primeiro período de apuração de cada ano calendário, nos termos do art. 26, § V, da Lei n.º 9.430/1996, fls.158.

Salientamos que o IRPJ apurado com base no lucro presumido é uma opção a ser exercida unicamente pelo contribuinte nos moldes da legislação aplicável, não podendo ser desempenhada de ofício pelo Fisco Federal.

Mesmo tendo sido intimado a apresentar, sobretudo, os Livros Diários e Livros Razões do período compreendido entre janeiro/2000 e junho/2004 em que é enfatizado que a não apresentação acarretará o arbitramento de ofício do lucro nos termos do art. 530, inciso III, do Decreto n.º 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda — RIR), fls. 18 a 19, o contribuinte não entregou até a presente data os supracitados livros além de informar que não apurou o IRPJ com base no Lucro Real, fls. 20.

Chamamos a atenção que a opção pela apuração do IRPJ sobre o Lucro Real deve ser exercida segundo os art. 220 e 232 do RIR/99, não tendo sido identificado nenhum recolhimento que se configura tal opção.

Diante da impossibilidade de levantarmos o Lucro Real de janeiro/2000 a junho/2004 na forma como definido no art. 247 do RIR/99, em virtude da

ausência dos Livros Diários e Razões, procedemos ao arbitramento de ofício dos lucros com respaldo no art. 47, inciso III, da Lei n.º 8.981/95.

Em decorrência do arbitramento de ofício, utilizamos o coeficiente de 9,60% sobre a receita bruta conhecida para encontrarmos as bases de cálculo do IRPJ devidos, nos termos do art. 27, inciso I, da Lei n.º 9.430/96.

Por fim, em virtude do descrito no parágrafo anterior, aplicamos o coeficiente 12,00% sobre a receita bruta conhecida a fim de chegarmos às bases de cálculo da CSLL, nos termos do art. 57 da Lei n.º 8.981/95.

6. DAS DECLARAÇÕES DE CRÉDITOS E DÉBITOS TRIBUTÁRIOS FEDERAIS (DCTF)

Após o início do procedimento fiscal, o contribuinte apresentou Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF) do trimestre 1/2000 ao 2/2004, fls. 155 a 157. Assim, como o sujeito passivo não estava espontâneo, nos termos do art. 7º, § 2º, do Decreto n.º 70.235/72, desconsideramos todos os débitos confessados nas DCTF's para fins de apuração do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS devidos.

7. DAS INFRAÇÕES À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA

7.1 COFINS

A partir do levantamento da receita bruta no período fiscalizado, elaboramos as planilhas de composição da base de cálculo, fls. 159 a 163, tendo como fonte de informações os Livros de Apuração do ICMS, fls. 37 a 100, e as Planilhas de Informações Prestadas à SRF, fls. 25 a 36.

Logo em seguida, constituímos as planilhas de apuração de débitos do COFINS, fls. 164 a 168. Nessas planilhas, também, não estão relacionados os débitos declarados em DCTF's, pois o sujeito passivo somente apresentou as DCTF's após o início do procedimento fiscal, conforme observamos às fls. 155 a 157.

Não constam recolhimentos efetuados a título de COFINS para vincularmos ao período fiscalizado, fls. 169.

Elaboramos, então, os Demonstrativos de Situação Fiscal Apurada, fls. 170 a 174, em que há o confronto entre os débitos levantados pela fiscalização e os débitos válidos declarados em DCTF ou os recolhimentos efetuados pelo contribuinte, dos dois o maior, resultando em diferenças de COFINS.

Por fim, no auto de infração, fls. 178 a 195, lançamos as diferenças evidenciadas nos Demonstrativos de Situação Fiscal Apurada, conforme observamos às fls. 184 a 194.

[...]

O presente TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL será parte integrante do auto de infração de IRPJ (Imposto de Renda) e da CSLL —reflexo (Contribuição Social).

Às fls.202, consta o **AR – AVISO DE RECEBIMENTO** do Auto de Infração COFINS, Planilhas e Termo de Verificação Fiscal, datado de 06 de outubro de 2004.

O Auto de Infração de **COFINS** encontra-se às fls.178 a 194 (Volume 1) e o Termo de Verificação Fiscal (TVF), às fls.196 a 199.

Ainda, consta que foi também objeto de lançamento de ofício, neste mesmo procedimento, a exigência de **PIS**, mas abriram um outro processo, então sob o n.º de **13411.000827/2004-65** (anexado a este processo, Volume II, fl.299) e, como se não bastasse, a impugnação da COFINS (fls.205 a 284, aí incluído cópia do Auto e TVF, além de DARF de recolhimento de SIMPLES), foi protocolizada em outro processo (13411.000965/2004-44), onde feita a anotação *secundário*.

DA IMPUGNAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO – COFINS

Protocolizada então naquele processo supra, em 03 de novembro de 2004, que a seguir se resume (destaques do original):

Submetida a procedimento de fiscalização por agentes da Secretaria da Receita Federal, à Defendente foi imputada a obrigação de recolhimento de crédito tributário no valor de R\$ 297.954,52 (duzentos e noventa e sete mil, novecentos e cinquenta e quatro reais e cinquenta e dois centavos) à guisa de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), sob os seguintes argumentos:

"3. DAS CARACTERÍSTICAS DO CONTRIBUINTE

O contribuinte foi optante do SIMPLES (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte) desde 01/01/1997, fls. 21 e 22, na qualidade de Microempresa (ME).

No entanto, durante todo ano-calendário de 1999, obteve receita bruta total superior ao limite de Microempresa, o qual é de R\$ 120.000,00, nos termos do art. 21, inciso I, da Lei n.º 9.317/96, não efetuando a alteração cadastral facultada a fim de incluir-se como Empresa de Pequeno Porte (EPP) no SIMPLES, conforme disposto no § 2º, do art. 13 da Lei n.º 9.317/96. Assim, diante da ausência de comunicação do contribuinte da exclusão do SIMPLES na qualidade de Microempresa (ME) e da sua não opção pela inclusão no SIMPLES na forma de Empresa de Pequeno Porte (EPP), representamos junto ao Delegado da Receita Federal em Petrolina para que se procedesse à sua exclusão de ofício nos termos do art. 14, inciso I, da Lei n.º 9.317/96, fls. 16.

Dessa forma, com a publicação do Ato Declaratório Executivo DRF/PLA-PE n.º 014/04 no Diário Oficial da União (DOU) de 26/08/2004, fls. 17, FRANCISCO ALVES DE FREITAS ME, CNPJ n.º 41.099.722/0001-22, foi excluído do SIMPLES com efeitos a partir de janeiro de 2000, estando sujeito às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, conforme determina o art. 16 da Lei n. 9.317/96."

Em síntese, foi a Defendente excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES) por desbordamento do limite de faturamento pertinente às

microempresas (opção inicial) e por ausência da comunicação de agregação à sistemática de recolhimento das Empresas de Pequeno Porte (EPP).

Processada a exclusão por ato do Delegado da Receita Federal em Petrolina (Ato Declaratório Executivo DRF/PLA-PE n.º. 014/04), procedeu o agente de fiscalização responsável pela lavratura do Auto de Infração objurgado à constituição de crédito tributário em desfavor da Defendente considerando-a como submetida ao regime normal de tributação (opção pelo lucro real), deixando de abater dos valores lançados os recolhimentos efetuados pela Defendente sob a sistemática do SIMPLES.

II - Da irregularidade da exclusão da Defendente do SIMPLES. Ilegalidade e Inexistência de razoabilidade.

2 - Assim dispõe a Lei Federal n.º 9.317/96, no que pertine à hipótese em apreço:

"Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art.9º;

b) ultrapassado, no ano-calendário de início de atividades, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) multiplicados pelo número de meses de funcionamento nesse período.

§ 1º. A exclusão na forma deste artigo será formalizada mediante alteração cadastral.

§ 2º. A microempresa que ultrapassar, no ano-calendário imediatamente anterior, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), estará excluída do SIMPLES nessa condição, podendo mediante alteração cadastral, inscrever-se na condição de empresa de pequeno porte.[...]

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

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;"

Estabelece a Lei Federal n.º 9.317/96 hipótese de exclusão da empresa do SIMPLES, na condição de microempresa (art. 13, § 2º), quando restar verificada a obtenção de faturamento superior ao permitido para a categoria (R\$ 120.000,00). A exclusão de que trata a regra (art. 13, §2º) refere-se apenas à categoria (microempresa) permitindo que a empresa optante pelo recolhimento de tributos e contribuições sob o regime simplificado seja enquadrada em categoria distinta (Empresa de Pequeno Porte/EPP).

3 - No caso, ao contrário do que ocorre quando extrapola o contribuinte o valor do faturamento máximo permitido (R\$ 1.200.000,00 por ano), a exclusão determinada pela Lei n.º 9.317/96 para o contribuinte que aufere faturamento superior àquele permitido para a categoria microempresa não determina a

impossibilidade de permanência no SIMPLES, dêz que é dado ao contribuinte permanecer em categoria distinta (empresa de pequeno porte).

A exclusão de ofício da Defendente (Ato Declaratório Executivo n.º . 014/04) decorreu do asserto de que, havendo transbordado o limite de faturamento próprio das microempresas, não efetuou a comunicação de que optava pela permanência no Sistema Simplificado na categoria de Empresa de Pequeno Porte (EPP).

4 – O Ato Declaratório Executivo que determinou a exclusão da Defendente do SIMPLES encontra-se eivado de ilegalidade, porquanto interferiu ingentemente na esfera jurídica da Defendente sem a outorga (prévia) de direito de defesa.

O ato administrativo em foco foi erigido em desconformidade com a regra do art. 5º, LV, da Constituição Federal, vazado nos termos seguintes:

...

"Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

Necessário se faz, por força da disposição normativa hospedada no art. 5º, LV, da Constituição Federal, a outorga ao contribuinte, em todo e qualquer processo administrativo em seu desfavor encetado, da possibilidade de, em igualdade de condições com a Fazenda, apresentar suas razões e pugnar pelo respeito a seus direitos.

O preceito constitucional não traduz orientação ou sugestão que possa ser desconsiderada pelas autoridades administrativas; ao contrário, está a Administração Pública, por força do citado preceito constitucional, jungida a garantir, em todo e qualquer processo administrativo, a eficácia dos princípios do contraditório e da ampla defesa:

[...]

Ora, no caso que se apresenta, não foi ofertada nenhuma oportunidade, antes de efetivada a exclusão da Demandante do SIMPLES, para que a mesma formulasse suas razões de contrariedade; em suma, primeiro materializou a SRF em Recife a exclusão — Ato Declaratório 014/04 — para depois lavrar o Auto de Infração guerreado, sem consignar à Defendente o direito de pugnar pela sua permanência no SIMPLES.

Ademais, a concessão de oportunidade de verter impugnação ao Auto de Infração em foco (constituição do crédito tributário) não sana o vício, posto que à Defendente deveria ter sido concedida oportunidade de impugnar especificamente o ato de exclusão do SIMPLES, e não apenas as suas conseqüências (crédito tributário).

Nesse sentido a manifestação do Colendo Tribunal Regional Federal da Quinta Região:

"REMESSA E APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL. EXCLUSÃO DO 'SIMPLES' SEM PRÉVIA NOTIFICAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

1. Observa-se existência de Ato Declaratório Executivo — ADE, apenas informando à apelada sua exclusão do SIMPLES (fls. 28).

2. Conforme se verifica com os documentos de (fls. 26), à apelada-impetrante desde de 1998, integrava o SIMPLES, na condição de microempresa. Logo, não poderia, sem prévia notificação, ser excluída.

3. Assim, o ato praticado unilateralmente não está de acordo com as regras básicas da Constituição Federal, que assegura o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, conforme assegurado nos incisos LIV e LV.

4. Precedentes deste Eg. Tribunal (AMS 69940/PB e MAS 64194/CE).

5. Sentença mantida.

6. Remessa e Apelação improvidas."

5 — Não bastasse a ilegalidade apontada (conseqüência da violação do art. 5º, LV, da Constituição Federal), não se afigura razoável a exclusão da Defendente do SIMPLES, quando se constata que (i) não se subsume às hipóteses de vedação postas no art.9º da Lei Federal n.º. 9.317/96 e (ii) aufere renda inferior ao limite máximo do Sistema (R\$ 1 .200.000,00 ano).

A razoabilidade é um superprincípio, vez que determina a coerência do sistema e da atuação dos órgãos do Estado, sendo inválidos todos os atos (administrativos ou legislativos) praticados em desrespeito à coerência e à racionalidade:

[...]

III - Da ilegalidade do ato de constituição do crédito. Desconsideração dos recolhimentos efetuados pela Defendente.

7 - Consoante se infere do Demonstrativo de apuração encartado no Auto de Infração objurgado, não foram contabilizados pelos agentes de fiscalização os valores recolhidos pela Defendente (DARF's - SIMPLES acostados).

Com efeito, no que se refere aos períodos de 01/2000, 02/2000, 03/2000, 04/2000, 05/2000, 06/2000, 07/2000, 08/2000, 09/2000, 10/2000, 11/2000, 12/2000, 01/2001, 02/2001, 03/2001, 04/2001, 05/2001, 06/2001, 07/2001, 08/2001, 09/2001, 10/2001, 11/2001, 12/2001, 01/2002, 02/2002, 03/2002, 04/2002, 05/2002, 06/2002, 07/2002, 08/2002, 09/2002, 10/2002, 11/2002, 12/2002, 01/2003, 02/2003, 03/2003, 04/2003, 05/2003, 06/2003, 07/2003, 08/2003, 09/2003, 10/2003, 11/2003, 12/2003, 01/2004, 02/2004, 03/2004, 04/2004, 05/2004 e 06/2004, obrigatório se faz levar em consideração os recolhimentos efetuados pela Defendente através dos Documentos de Arrecadação (SIMPLES) acostados, identificando os valores pertinentes à

contribuição em foco e abatendo-os da base de cálculo postas no Demonstrativo de Apuração posto no Auto de Infração guerreado.

IV - Conclusão.

8 - Diante do exposto, depreca para que seja conhecida e provida esta defesa, declarando essa Delegacia da Receita Federal a nulidade do ato de exclusão da Defendente do SIMPLES, por cerceamento do direito de ampla defesa e do contraditório, ou por violação do princípio da razoabilidade, mantendo, em consequência, a Defendente no SIMPLES, alterada sua categoria para Empresa de Pequeno Porte (EPP).

Na eventualidade de manutenção do ato de exclusão da Defendente do SIMPLES, pugna pela consideração dos recolhimentos efetuados pelos DARF's - SIMPLES acostados, abatendo- 40 se os valores pagos da base de cálculo constante no Demonstrativo de Apuração insculpido no Auto de Infração objurgado.

O Auto de Infração de PIS encontra-se às fls.477 a 494 (Volume II) e o Termo de Verificação Fiscal (TVF), idêntico ao da COFINS, às fls.495 a 498.

Ainda, como dito linhas atrás, que este lançamento de ofício, deste mesmo procedimento, de exigência de PIS, foi objeto de um outro processo, então sob o nº de **13411.000827/2004-65** (mas já anexado a este processo, Volume II, fl.299), mas como se não já tivesse bastante processo por aqui, protocolaram a Impugnação do Auto de Infração do PIS em um outro processo, de nº 13411.000964/2004-08, *secundário* (também já anexado a este processo, Volume III, fl.505).

DA IMPUGNAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO – PIS

Protocolizada então naquele processo supra, em 03 de novembro de 2004, na mesma data e de idêntico teor à impugnação da COFINS.

Às fls.593, informações sobre a tempestividade das impugnações.

O extrato às fls.596 informa que ambas as exigências, de PIS e de COFINS, estão consolidadas no presente processo:

___ SINCOR, PROFISC, CONSULTAPC, COINFPROPC (CONSULTA INFORMACOES PROCESSO) ___
PX 18/09/2006 - 12:45 USUARIO: 06570356453
SRF
VALORES DO PROCESSO 13411-000.828/2004-18
DEBITOS CONSOLIDADOS EM 18/09/2006
(VALORES EM REAL)

TRIBUTOS	IMPOSTO	MULTA	JUROS	TOTAL
PIS	30566,51	16047,02	25804,96	72418,49
COFINS	141077,62	74065,35	119103,51	334246,48

Consideradas tempestivas as Impugnações, a seguir se transcreve a decisão de piso, consubstanciada no Acórdão de n.º 12-15.973, proferido pela 3ª Turma da DRJ/RJO1, em sessão de 13 de setembro de 2007.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO

DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

DIREITO DE DEFESA. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Afasta-se a alegação de cerceamento de defesa, quando comprovado que o Ato Declaratório Executivo foi publicado em Diário Oficial e que o interessado foi informado da exclusão do SIMPLES, mediante Termo de Intimação Fiscal.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. DIFERENÇA ENTRE VALOR DECLARADO E VALOR ESCRITURADO /PAGO.

O lançamento consolida-se administrativamente no que se refere à matéria não impugnada.

SIMPLES. PAGAMENTOS EFETUADOS.

Nos casos de exclusão do SIMPLES, os pagamentos efetuados devem ser considerados na apuração montante do tributo devido.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

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

DIREITO DE DEFESA. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Afasta-se a alegação de cerceamento de defesa, quando comprovado que o Ato Declaratório Executivo foi publicado em Diário Oficial e que o interessado foi informado da exclusão do SIMPLES, mediante Termo de Intimação Fiscal.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. ENTRE VALOR DECLARADO ESCRITURADO/PAGO. DIFERENÇA E VALOR

O lançamento consolida-se administrativamente no que se refere à matéria não impugnada.

SIMPLES. PAGAMENTOS EFETUADOS.

Nos casos de exclusão do SIMPLES, os pagamentos efetuados devem ser considerados na apuração do montante do tributo devido.

Lançamento procedente em parte

Em sessão desta data, da qual participaram, também, as julgadoras Maria de Lourdes Marques Dias e Maria Esteves de Amorim Lascasas, ACORDAM os membros da 3ª Turma de Julgamento da DRJ/RJO1, por maioria, JULGAR PROCEDENTE EM PARTE o lançamento, nos termos do relatório e voto que

passam a integrar o presente julgado, para considerar devidas as exigências abaixo, que deverão ser acrescidas da multa de 75% e de juros de mora:

COFINS: R\$ 110.743,40

PIS: R\$ 28.357,46

Vencida a julgadora Rosanda Pereira da Silva Passos.

Intime-se para pagamento, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência desta decisão, ressalvado o direito de recurso voluntário, em igual prazo, ao Conselho de Contribuintes competente.

[...]

Relatório

Trata-se de autos de infração lavrados pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Petrolina/PE (fls. 178/195 e 477/494), cientificados ao interessado em 06/10/2004, para exigência de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social — COFINS de R\$ 141.077,62, Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS de R\$ 30.566,51 e acréscimos legais, totalizando o crédito tributário de R\$ 362.510,30 (fls. 05 e 305).

2 No curso do procedimento fiscal, a autoridade administrativa lançadora, conforme relatado na descrição dos fatos dos autos de infração (fls. 180 e 479) e nos Termos de Verificação Fiscal (fls. 196/199 e 495/498), constatou que o interessado:

3 - ingressou no SIMPLES em 01/01/1997;

4 - durante todo o ano calendário de 1999 obteve receita bruta total superior ao limite estabelecido na Lei nº 9.317, de 1996 (art. 2º, I), para manter-se como Microempresa (ME);

5 - não utilizou a faculdade de alterar o cadastro, a fim de incluir-se como Empresa de Pequeno Porte (EPP);

6 - Dessa forma, o interessado foi excluído do SIMPLES, através do Ato Declaratório Executivo DRF/PLA-PE nº 014/04 (fls. 17 e 317), publicado no Diário Oficial da União, em 26/08/2004, com efeitos a partir de janeiro de 2000.

7 - Ante a exclusão do SIMPLES, durante o procedimento de verificações obrigatórias foram constatadas divergências entre os valores declarados e os valores escriturados (Livro de Apuração do ICMS e informações prestadas à SRF fls. 25/100 e 325/400), conforme Demonstrativos de Situação Fiscal Apurada (fls. 170/174 e 469/473), no período de janeiro/2000 a junho/2004.

8 - A autoridade administrativa informa que no referido demonstrativo não estão relacionados débitos declarados em DCTF, pois a entrega destes instrumentos declaratórios ocorreu após o início do procedimento fiscal e que não constam recolhimentos efetuados a título de PIS e de COFINS (fls. 169 e 458).

9 - O enquadramento legal da autuação encontra-se descrito às fls. 182, 183, 194, 481, 482, 493 e nos Termos de Verificação Fiscal (fls. 196/199 e 495/498).

10 - O interessado, cientificado em 06/10/2004 (fls. 202 e 501), apresentou impugnações (fls. 205/215 e 506/516), em 03/11/2004 (fls. 205v e 506v), nas quais alega, em síntese, que:

11 - "a exclusão determinada pela Lei n.º 9.317/96 para o contribuinte que aufere faturamento superior àquele permitido para a categoria microempresa não determina a impossibilidade de permanência no SIMPLES, dès que é dado ao contribuinte permanecer em categoria distinta (empresa de pequeno porte)."

12 — "o Ato Declaratório Executivo que determinou a exclusão da Defendente do SIMPLES encontra-se eivado de ilegalidade, porquanto interferiu ingentemente na esfera jurídica da Defendente sem a outorga (prévia) de direito de defesa.";

13 — "não se afigura razoável a exclusão da Defendente do SIMPLES, quando se constata que (i) não se subsume às hipóteses de vedação postas no art. 9.º da Lei Federal n.º 9.317/96 e (ii) aufere renda inferior ao limite máximo do Sistema (R\$ 1.200.000,00 ano).";

14 — a comunicação prevista no art. 13, § 2.º, da Lei n.º 9.317, de 1996 constitui mera formalidade (obrigação acessória), à qual não pode ser atribuída eficácia constitutiva ou desconstitutiva de direitos;

15 — não foram considerados os recolhimentos efetuados através dos Documentos de Arrecadação (SIMPLES), acostados aos autos.

16 Transcreve citações judiciais e doutrinárias e encerra requerendo:

17 — nulidade do ato de exclusão do SIMPLES, mantendo o interessado no sistema como Empresa de Pequeno Porte;

18 — ou a consideração dos recolhimentos efetuados pelos DARFs (SIMPLES) acostados.

19 - Acosta aos autos documentos as fls. 216/284, 290/293, 517/583 e 588/592.

20 - Foi juntada, neste processo, pela autoridade lançadora, cópia de documento contendo informações extraídas do processo administrativo 1 - Às fls. 598/623, juntei consulta extraída dos sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil, referente aos pagamentos efetuados com o código - É o relatório.

Voto

2 - A impugnação é tempestiva. Deste modo, passo a examinar a lide, agora em face do volume de serviços.

24 - De início, observo que a Portaria RFB n.º 10.733, de LU de 20 de julho de 2007 transferiu, para esta Delegacia (DRJ/RJ1), a competência para julgamento deste processo.

25 - *Trata-se de autos de infração lavrados para exigências de PIS, COFINS e respectivos acréscimos legais, decorrentes de diferenças apuradas entre o valor escriturado e o declarado/pago, compreendidos entre janeiro de 2000 e junho de 2004.*

26 - *Importante frisar que o interessado foi excluído do SIMPLES (faturamento acima do limite permitido), através do Ato Declaratório Executivo DRF/PLA-PE n.º 014/04 (fls. 17 e 317), publicado no Diário Oficial da União, em 26/08/2004, com efeitos a partir de janeiro de 2000.*

27 - *Em sede de impugnação, o interessado apresenta alegações, reproduzidas em síntese no relatório, que serão a seguir analisadas.*

28 - *Preliminarmente, cumpre analisar o alegado cerceamento de defesa, em relação ao Ato Declaratório Executivo (ADE) que determinou a exclusão do interessado do SIMPLES.*

29 *Conforme mencionado, o interessado foi excluído do SIMPLES pelo Ato Declaratório Executivo (ADE) n.º 14, de 25/08/2004, publicado no Diário Oficial da União em 26/08/2004 (fls. 17 e 317), onde lhe foi dado o prazo de 30 dias para manifestar por escrito sua inconformidade relativamente à exclusão.*

30 *Além da publicação em órgão oficial, o interessado foi comunicado da exclusão do SIMPLES, através do Termo de Intimação Fiscal de fls. 18/19 e 318/319.*

31 *Nos autos, foram juntadas cópias de informações (fls. 295/296 e 594/595), extraídas do processo administrativo 13411.000612/2004-44 (Representação Fiscal para Exclusão do SIMPLES).*

32 *No referido documento, a autoridade administrativa informa que, além do ADE, foi emitida a Comunicação 492/2004, a qual foi recebida pelo interessado.*

33 . *A impugnação de IRPJ acostada nos autos do processo administrativo 13411.000826/2004-11 (auto de infração de IRPJ e de CSLL), foi recebida, por cópia, no processo administrativo 13411.000612/2004-44 (Representação Fiscal para Exclusão do SIMPLES), como manifestação de inconformidade, por conter alegações contra o ADE.*

34 *Entretanto, o processo não foi remetido à Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ), por ser intempestiva a manifestação, conforme anotando pela autoridade lançadora que também informou não ser hipótese de revisão de ofício do ADE (fls. 295/296 e 594/595).*

35 *Portanto, descabe a argumentação de que não foi dado direito de defesa ao interessado em relação ao Ato Declaratório Executivo que determinou sua exclusão do SIMPLES. Na verdade, o interessado apresentou suas razões de defesa fora do prazo assinalado.*

36 *Assim, nos termos do ADE, por não haver manifestação de inconformidade dentro do prazo estipulado, a exclusão do interessado do SIMPLES tornou-se definitiva.*

37 Nesse sentido, descabe a apreciação de questionamentos quanto à exclusão interessado do SIMPLES (ADE), pois a matéria não integra a presente lide.

38 Superada a preliminar, passo ao mérito para analisar os argumentos relativos ao auto de infração.

39 De início, deve-se registrar que o interessado não questiona as diferenças apuradas entre o valor declarado e o escriturado/pago, referentes ao PIS e à COFINS.

40 Desta forma, não tendo sido expressamente contestada, a matéria considera-se não impugnada, nos termos do art. 17 do Decreto n.º 70.235, de 6/03/1972 (Processo Administrativo Fiscal).

41 Em síntese, quanto ao mérito, os argumentos de defesa do interessado se restringem ao não aproveitamento dos pagamentos efetuados pelo SIMPLES na apuração das contribuições devidas.

42 Em consulta aos sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal (fls.598/623), constatou-se que o interessado efetuou diversos pagamentos com o código de receita 6106 (SIMPLES).

43 Nos Demonstrativos de Situação Fiscal Apurada de PIS e de COFINS (fls.170/174 e 469/473), verifica-se que a autoridade autuante não considerou os referidos pagamentos na apuração do montante devido.

44 Cumpre esclarecer que o fato de os pagamentos dos tributos/contribuições serem efetuados de forma unificada (SIMPLES) não impede a autoridade administrativa lançadora considerar na apuração do montante devido de cada tributo a parcela correspondente ao pagamento efetuado, segundo as regras de partição estabelecidas pelo art. 23 da Lei n.º 9.317/1996.

45 Ressalte-se que SIMPLES não é tributo, trata-se, como o próprio nome diz, de Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, cujo objetivo é dar tratamento diferenciado, simplificado e favorecido às micros e pequenas empresas, relativo aos impostos e às contribuições que a lei menciona, em conformidade com o disposto no art. 179 da Constituição Federal de 1998.

46 Desta forma, verifica-se que, no presente caso, não se trata de restituição ou compensação de impostos/contribuições indevidos ou pagos a maior. Trata-se, apenas, de alocações de pagamentos de impostos/contribuições efetuados através de sistema integrado (SIMPLES).

47 Ao não considerar os pagamentos efetuados no SIMPLES, na apuração do montante devido nestes autos, a autoridade administrativa está exigindo em duplicidade, em relação à parcela já paga, o valor das contribuições.

48 Corroborando tal entendimento a Solução de Consulta Interna n.º 23, de 21 de dezembro de 2006 da Coordenação-Geral de Tributação da SRF, apesar de tratar de IRPJ e de CSLL, pelo conjunto de idéias, aplica-se ao presente caso, senão vejamos:

“Ementa: (...) A autoridade fiscal deve considerar os valores de IRPJ e CSLL referentes ao período de apuração fiscalizado, apurados pelo sujeito passivo,

mediante adoção de forma de tributação diversa daquela aplicada pela autoridade fiscal no curso da fiscalização, lançando apenas a diferença de imposto ou contribuição apurado.

Fundamentação Legal.- (..) Igualmente deve ser o tratamento na hipótese de exclusão de ofício do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte (Simples), deduzindo do valor apurado mediante a forma de tributação adotada pela fiscalização, as parcelas de IRPJ e CSLL recolhidas a título de Simples.”

49 Deste modo, os pagamentos efetuados pelo SIMPLES devem ser considerados na apuração do montante devido de PIS e de COFINS, segundo as regras de partição estabelecidas pelo art. 23 da Lei n.º 9.317, de 1996, conforme a seguir demonstrado:

[...]

O contribuinte tomou ciência do acórdão da DRJ/RJO em 16 de outubro de 2007 e apresentou recurso voluntário tempestivamente, conforme informações às fls.696.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Submetida a procedimento de fiscalização por agentes da Secretaria da Receita Federal, à Defendente foi imputada a obrigação de recolhimento de crédito tributário no valor de R\$ 297.954,52 (duzentos e noventa e sete mil, novecentos e cinqüenta e quatro reais e cinqüenta e dois centavos) à guisa de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), sob os seguintes argumentos:

[...]

Em síntese, foi a Recorrente excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES) por desbordamento do limite de faturamento pertinente às microempresas (opção inicial) e por ausência da comunicação de agregação à sistemática de recolhimento das Empresas de Pequeno Porte (EPP).

Processada a exclusão por ato do Delegado da Receita Federal em Petrolina (Ato Declaratório Executivo DRF/PLA-PE n.º 014104), procedeu o agente de fiscalização responsável pela lavratura do Auto de Infração objurgado à constituição de crédito tributário em desfavor da Recorrente considerando-a como submetida ao regime normal de tributação (opção pelo lucro real).

2 - O lançamento foi impugnado pela Recorrente, sendo considerada a impugnação pela Delegacia de Julgamento do Rio de Janeiro 1 exclusivamente para abater do crédito tributário os valores recolhidos pela Recorrente na sistemática do SIMPLES, assim:

"CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS.

DIREITO DE DEFESA. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Afasta-se a alegação de cerceamento de defesa, quando comprovado que o Ato Declaratório Executivo foi publicado em Diário Oficial e que o interessado foi informado da exclusão do SIMPLES, mediante Termo de Intimação Fiscal.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. DIFERENÇA ENTRE VALOR DECLARADO E VALOR ESCRITURADO/PAGO.

O lançamento consolida-se administrativamente no que se refere à matéria não impugnada.

SIMPLES. PAGAMENTOS EFETUADOS.

Nos casos de exclusão do SIMPLES, os pagamentos efetuados devem ser considerados na apuração do montante do tributo devido.

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP.

DIREITO DE DEFESA. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Afasta-se a alegação de cerceamento de defesa, quando comprovado que o Ato Declaratório Executivo foi publicado em Diário Oficial e que o interessado foi informado da exclusão do SIMPLES, mediante Termo de Intimação Fiscal.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. DIFERENÇA ENTRE VALOR DECLARADO E VALOR ESCRITURADO/PAGO.

O lançamento consolida-se administrativamente no que se refere à matéria não impugnada.

SIMPLES. PAGAMENTOS EFETUADOS.

Nos casos de exclusão do SIMPLES, os pagamentos efetuados devem ser considerados na apuração do montante do tributo devido.

[...]

Em longo arrazoado cita e transcreve artigos da Lei Complementar 123/2006 acerca dos limites aplicáveis para as microempresas (ME) e as EPP onde arremata que não excedeu ao faturamento total limitado a R\$ 1.200.000,00

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano, Relator.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade do recurso voluntário apresentado, dele conheço.

DA EXCLUSÃO DA INTERESSADA DO SIMPLES

Primeiramente, apesar de a Recorrente não ter explicitado intensamente no recurso a sua inconformidade quanto à **nulidade** do ato de exclusão, por **cerceamento de direito de defesa** , assim como o fizera por ocasião de sua impugnação , entendo necessário voltarmos à época da exclusão do SIMPLES, pois vejo que, além de tal sustentação não ter sido, ao meu sentir, devidamente debelada pela decisão de piso, ocorreram fatos que tumultuaram o bom andamento do processo e podem ter criado dificuldades de entendimento para ambas as partes..

Neste sentido, destaco a existência de uma inconcebível quantidade de processos que gravitaram neste procedimento fiscalizatório de exclusão de empresa do Simples, pode ter contribuído na apreciação feita na decisão recorrida, uma vez que baseou-se em informações de processos em papel, sem registro no sistema atual e, ao meu sentir, sem evidências concretas do decidido, conforme adiante se mostrará.

Se aqui se está tratando de litígio envolvendo contribuições sociais de **PIS** e de **COFINS** , certamente não de ser contribuições apuradas em decorrência da exclusão da Recorrente do SIMPLES, pois de outra maneira, não haveria como serem objeto de julgamento nesta 1ª Seção.

Tal situação já fora sinalizada conforme Resolução deste Colegiado, transcrita no início do Relatório deste Voto.

Bem, mas aqui tem processo para tudo que é lado!

E a dificuldade de coordenar/verificar cada peça em cada processo e seu momento processual, causou a este Relator um profundo desgaste e até um certo desalento, afinal processos desta natureza são considerados de conteúdo mais *simples* (perdoem-me o trocadilho, mas não pude resistir).

Inicialmente, temos o processo 13411.000612/2004-44 , que tratou da Representação Fiscal Exclusão do SIMPLES (fl.16 do Volume 1), onde se vê que foi proposta , na data de 24 de agosto de 2004 , a exclusão da Recorrente do SIMPLES, e emitido o Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 14, de 25 de agosto de 2004 , publicado no Diário Oficial da União de 26/08/2004 .

Esta publicação é a única fonte que encontrei nos autos da existência do referido ato de exclusão, mas a pergunta que faço é a seguinte: esta forma de comunicação é legalmente tida como hábil para fins de cientificar empresas de sua exclusão do SIMPLES?

A Lei nº 9.317/96, instituidora do SIMPLES, estabeleceu que a exclusão do SIMPLES seria feita por comunicação da pessoa jurídica ou de ofício, sendo por óbvio deduzir que caso a empresa estivesse em uma posição dentro do sistema que poderia conduzi-la a uma exclusão obrigatória, situação que de fato ocorreu nos autos, isto não significa concluir que a empresa estaria automaticamente fora do sistema!

Se a empresa não fez a comunicação que deveria fazer, o órgão competente fará a devida **exclusão de ofício** e, neste procedimento, como se dá à empresa, então objeto de exclusão, a ciência de sua exclusão?

Certamente que não é em publicação no DOU.

O §3º do art.15 da Lei nº 9.317/96, incluído pela Lei nº 9.532/1998, assim estabeleceu:

§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.

Tem-se de observar, portanto, o Decreto 70.235/72 e alterações posteriores, sendo que no caso em questão, devemos nos ater as formas de comunicação dos termos e atos processuais ali prescritas.

No art.23 do Decreto 70.235/72 estão detalhadas as formas de intimações possíveis, que, certamente já de amplo conhecimento de todos, quais sejam, a intimação (i) pessoal, (ii) por via postal, (iii) por meio eletrônico e (iv) por edital, esta última sob determinadas condições.

Rendo-me aqui em homenagem ao ilustre Professor Gilson Wessler Michels, ao reproduzir de sua obra **Processo Administrativo Fiscal – Litigância tributária no contencioso administrativo**, comentário acerca da **importância** destas formalidades, no âmbito deste artigo:

No âmbito do processo administrativo fiscal a comunicação dos atos processuais é feita por meio de intimações. Intimação, segundo o art.234 do Código de Processo Civil, é “o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça algo ou deixe de fazer alguma coisa.” Ou seja, é por meio das intimações que se dá a comunicação dos atos que vão sendo realizados no iter processual e se viabiliza, assim, a instauração do contraditório e o exercício da ampla defesa.

A importância das intimações no processo administrativo é difícil de ser minorada, pois os atos administrativos, em regra, só produzem efeitos em relação ao contribuinte depois de sua devida intimação. Por meio das intimações é que se dá a comunicação oficial ao contribuinte de tudo quanto está sendo produzido no âmbito do processo, com isto legitimando a juntada de elementos de prova aos autos.

A Recorrente em sua **impugnação** alegou, de forma velada e contundente, que não lhe teria sido ofertada a defesa de sua exclusão do SIMPLES, tendo a decisão de piso assim se posicionada:

29 Conforme mencionado, o interessado foi excluído do SIMPLES pelo Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 14, de 25/08/2004, publicado no Diário Oficial da União em 26/08/2004 (fls. 17 e 317), onde lhe foi dado o prazo de 30 dias para manifestar por escrito sua inconformidade relativamente à exclusão.

30 Além da publicação em órgão oficial, o interessado foi comunicado da exclusão do SIMPLES, através do Termo de Intimação Fiscal de fls. 18/19 e 318/319.

31 Nos autos, foram juntadas cópias de informações (fls. 295/296 e 594/595), extraídas do processo administrativo 13411.000612/2004-44 (Representação Fiscal para Exclusão do SIMPLES).

32 No referido documento, a autoridade administrativa informa que, além do ADE, foi emitida a Comunicação 492/2004, a qual foi recebida pelo interessado.

33 . A impugnação de IRPJ acostada nos autos do processo administrativo 13411.000826/2004-11 (auto de infração de IRPJ e de CSLL), foi recebida, por cópia, no processo administrativo 13411.000612/2004-44 (Representação Fiscal para Exclusão do SIMPLES), como manifestação de inconformidade, por conter alegações contra o ADE.

34 Entretanto, o processo não foi remetido à Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ), por ser intempestiva a manifestação, conforme anotando pela autoridade lançadora que também informou não ser hipótese de revisão de ofício do ADE (fls. 295/296 e 594/595).

35 Portanto, descabe a argumentação de que não foi dado direito de defesa ao interessado em relação ao Ato Declaratório Executivo que determinou sua exclusão do SIMPLES. Na verdade, o interessado apresentou suas razões de defesa fora do prazo assinalado.

36 Assim, nos termos do ADE, por não haver manifestação de inconformidade dentro do prazo estipulado, a exclusão do interessado do SIMPLES tornou-se definitiva.

37 Nesse sentido, descabe a apreciação de questionamentos quanto à exclusão do interessado do SIMPLES (ADE), pois a matéria não integra a presente lide.

38 Superada a preliminar, passo ao mérito para analisar os argumentos relativos ao auto de infração.

39 De início, deve-se registrar que o interessado não questiona as diferenças apuradas entre o valor declarado e o escriturado/pago, referentes ao PIS e à COFINS.

40 Desta forma, não tendo sido expressamente contestada, a matéria considera-se não impugnada, nos termos do art. 17 do Decreto nº 70.235, de 6/03/1972 (Processo Administrativo Fiscal).

Segundo a decisão recorrida o interessado teria sido comunicado da exclusão do SIMPLES, através do Termo de Intimação Fiscal de fls. 18/19 e 318/319, que são, na realidade, a mesma intimação.

Vamos aos referidos termos.

No **Termo de Intimação Fiscal de fls.18/19**, a intimação é para apresentação de documentos (livros contábeis e fiscais). Veja a sua finalidade, a sua introdução:

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal e com base nos arts. 904, 905, 911, 927 e 928 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda), e considerando a exclusão do

contribuinte do SIMPLES (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte) nos termos do ADE DRF/PLA-PE n.º 014/04 publicado no Diário Oficial da União em 26/08/2004, INTIMAMOS o sujeito passivo acima identificado a apresentar os itens especificados abaixo, nos prazos respectivamente estipulados. [Grifos deste Relator]

Ou seja, já tinha se considerado como definitiva a exclusão da empresa do SIMPLES e só posso concluir dessa maneira, uma vez que a intimação data de 27/08/2004, um dia após a publicação do ato de exclusão no DOU!

A intimação não foi para cientificar a Interessada de sua exclusão do SIMPLES, mas para solicitar vários livros contábeis e fiscais, dentre eles os livros diário e razão entre janeiro de 2000 a 2004 (isso que empresas do SIMPLES não precisam destes livros, se mantiverem livro caixa).

Ainda, a decisão recorrida se reporta à relatos juntados por cópias às fls.295/296, reproduzidas às 594/595, então extraídas do processo administrativo 13411.000612/2004-44, que é o processo de Representação Fiscal para Exclusão do SIMPLES), onde está mencionado uma Comunicação 492/2004, a qual teria sido recebida pelo interessado.

De que se trata tal comunicação?

Não se tem como saber, pois não se encontra nos autos.

Aliás, nestas informações tomadas como lastro pela decisão recorrida em seus argumentos, vejam como os equívocos se multiplicam:

4. Considerando-se que a publicação do ADE ocorreu numa quinta-feira (26-08-2005), o termo inicial do prazo para defesa ocorreu em 27/08/2004 (sexta-feira) e o termo final em 25/09/2004. Como esta data ocorreu num sábado, o termo foi prorrogado para 27/09/2005 (segunda-feira);

Continuando, relata a decisão de piso que a impugnação de IRPJ acostada nos autos do processo administrativo 13411.000826/2004-11 (auto de infração de IRPJ e de CSLL), foi recebida, por cópia, no processo administrativo 13411.000612/2004-44 (Representação Fiscal para Exclusão do SIMPLES), como manifestação de inconformidade, por conter alegações contra o ADE e daí concluíram que tal manifestação lá supostamente arguida foi considerada intempestiva.

Este processo, 13411.000826/2004-11, então era o de lançamento de ofício de IRPJ e de CSLL, considerado intempestivo e como lá teria sido abordado questão relativa a exclusão do SIMPLES, um solene abandono dos argumentos (que não se sabe quais são) pela intempestividade.

Mas não acabou a confusão!

Ainda, não se tem como ver o que consta neste processo, mas, certamente nele não veríamos a impugnação ao lançamento de IRPJ e a eventual manifestação contra a exclusão do SIMPLES, pois tal manifestação comporia o processo de n.º 13411.000966/2004-99 (outro processo!).

Além de todos estes processos supra citados, temos aqueles já mencionados no relatório e no início do presente Voto, que faço questão de reproduzir novamente:

Processo: 13411.000828/2004-18 de COFINS (que é o presente processo)

Processo: 13411.000965/2004-44 de impugnação ao do COFINS (anexado)

Processo: 13411.000827/2004-65 de PIS (anexado)

Processo: 13411.000964/2004-68 de impugnação ao de PIS (anexado)

Toda esta criação gratuita de dificuldades gera confusão e equívocos de ambas as partes, e aqui estou convicto que, seguramente, a unidade fiscal não procedeu à intimação do ADE nos termos do processo administrativo fiscal, ou se o fez, nos autos não há nenhuma evidência material neste sentido, a não ser citações à intimações e/ou comunicações que estariam em outro processo, que sequer se encontram ainda registrados no sistema!

Pelo exposto, entendo equivocada a decisão de piso, devendo ser declarado **nulo** o Ato Declaratório de Exclusão, por cerceamento de direito de defesa da Contribuinte.

Em assim sendo, ficam **cancelados** os autos de infração de PIS e de COFINS que constam nos autos por se tratarem de lançamentos decorrentes da exclusão, ora declarada nula.

Conclusão

É o voto, dar provimento ao recurso voluntário no sentido de declarar a **nulidade** do Ato Declaratório de Exclusão e, conseqüentemente, ficam canceladas as exigências ora lançadas de ofício e objeto deste processo.

(documento assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano