



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

Processo nº 13433.000173/2005-01
Recurso nº 142.215 Voluntário
Acórdão nº **1801-01.053 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 14 de junho de 2012
Matéria Exclusão do Simples Federal
Recorrente WA ATACADISTA DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2001

NORMAS PROCESSUAIS. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. PRECLUSÃO.

Prelui o direito do contribuinte de apresentar, em fase recursal, matéria não contestada na impugnação, em vista do disposto no art. 16, I, c/c o art. 17, ambos do Decreto nº 70.235/72, respeitando-se o princípio processual da dupla jurisdição.

EXCLUSÃO. SIMPLES FEDERAL. EXCESSO DA RECEITA BRUTA.

A empresa que ultrapassar o limite estabelecido na norma legal para manter-se no regime de tributação diferenciado, favorecido e simplificado - Simples Federal -, inscrita na qualidade de micro empresa, sem haver alterado contratualmente a sua situação para empresa de pequeno porte, sujeita-se à exclusão do referido regime tributário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

(documento assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes – Presidente e Relatora

Participaram da sessão de julgamento, os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva, Cristiane Silva Costa, Maria de Lourdes Ramirez, Marcos Vinícius Barros Ottoni e Ana de Barros Fernandes.

Relatório

A empresa recorre do Acórdão nº 11-20.638/07 exarado pela Quarta Turma de Julgamento da DRJ em Recife/PE, fls. 59 e seguintes, que manteve a sua exclusão do Simples Federal, por haver ultrapassado o limite de receita bruta estabelecido para o ano-calendário de 2001 (inciso I, art. 9º, Lei nº 9.317/96), formalizada no Ato Declaratório Executivo nº 18/05, com efeito a partir de 01/01/02 – fls. 27.

Aproveito trechos do relatório do aresto vergastado para historiar os fatos:

“Inconformada com a exclusão a contribuinte a apresentou sua impugnação, às fls. 32/51, na qual alega o seguinte:

- Primeiramente requer a contribuinte a suspensão de todos os efeitos da exclusão do Simples, tendo em vista a apresentação da manifestação de inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo nº 18. Ressalta a legislação que garante a contribuinte o direito ao contraditório e a ampla defesa no processo de exclusão da empresa do Simples.

- No mérito afirma que a receita bruta apurado no Ano Calendário 2001 não superou o limite estabelecido no inciso II do art. 9º da lei nº 9.317/1996. Desta forma, requer a anulação do Ato Declaratório Executivo de exclusão da empresa do Simples.

- Afirma que o Ato Declaratório Executivo excluiu a empresa com efeitos retroativos o que deve ser considerado inconstitucional. A retroatividade esta associada aos princípios do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Assim, tendo a empresa optado regularmente pelo Simples adquiriu o direito de contribuir por esta sistemática, não podendo este direito ser alterado sequer por lei. Desta forma conclui a contribuinte que tanto o Ato Declaratório Executivo de exclusão como os autos de infração decorrentes devem ser considerados "inconstitucionais e inexigíveis". Destaca também o princípio da segurança jurídica. Ainda, lembra o princípio da anterioridade, previsto na Constituição Federal de 1988.

Com relação aos autos de infração relembra a contribuinte que estes são decorrentes do Ato Declaratório Executivo de exclusão e solicita o cancelamento dos mesmos. Requer também a inexigibilidade dos créditos tributários até a decisão final sobre a exclusão da empresa do Simples.

Refere-se ao princípio da inalterabilidade do lançamento para afirmar que os valores já estavam constituídos através da sistemática do Simples e não poderiam sofrer alteração. Cita o art. 145 do Código Tributário Nacional.”

Assim restou fundamentado, em parte, o voto-condutor do acórdão de primeiro grau:

“Primeiramente cabe salientar que a exclusão da empresa do SIMPLES através do Ato Declaratório Executivo nº 18 de 28/04/2005 (DOU de 29/04/2005) foi efetuada tendo em vista o excesso de receita bruta, no ano calendário de 2001, em relação ao limite estabelecido no inciso I do art. 9º da Lei nº 9.317/1996 (microempresa).

Apurou a fiscalização que a empresa obteve, no ano calendário de 2001, receita bruta total de R\$ 769.768,71, ou seja, acima do limite de R\$ 120.000,00.

No caso de excesso de microempresa, caberia a contribuinte, caso desejasse continuar no sistema simplificado de tributação, fazer a alteração cadastral optando pela tributação como empresa de pequeno porte. A falta desta comunicação determinou a opção da contribuinte em não continuar no sistema, após o excesso de receita bruta do limite de microempresa. Cabe destacar que não foi efetuada alteração cadastral de microempresa para empresa de pequeno porte e nem a contribuinte passou a adotar, em seus procedimentos de pagamentos e apresentação de declaração, comportamento como EPP.

[...]

Cabe novamente fazer outra ressalva, a contribuinte em nenhum momento contesta os valores de receita bruta apurados no ano calendário de 2001 que totalizou R\$ 769.768,71. Este valor é acima do limite legal, para aquele ano, para permanência no SIMPLES na condição de microempresa, portanto a contribuinte não contesta o fato motivador da sua exclusão.

Em seguida temos que debater o efeito da exclusão da empresa do SIMPLES determinado no Ato declaratório Executivo como sendo o primeiro dia do exercício seguinte ao do excesso de receita bruta.

Neste ponto, cumprindo o princípio da legalidade e de forma vinculada vamos observar o que determina o art. 15, inciso IV e o art. 9º incisos I e II ambos da Lei nº 9.317/1996:

[...]

Verifica-se que originalmente, ou seja, desde sua edição inicial, a empresa que supera o limite de microempresa porte deverá sair do sistema a partir do ano calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite de R\$ 120.000,00. O art. 13 da Lei nº 9.317/1996 determina que esta saída obrigatória deve ser procedida pela própria empresa. O art. 14 da mesma Lei determina que não sendo efetuada a exclusão espontaneamente pela contribuinte deverá ser procedida a exclusão de ofício, através de Ato Declaratório Executivo (§3º do art. 15 da Lei nº 9.317/1996).

Assim, para cumprir rigorosamente a legislação, o ADE de exclusão da empresa do SIMPLES deveria excluir com data do primeiro dia do ano calendário subsequente ao ano que foi ultrapassado o limite de microempresa. Como a empresa ultrapassou este limite no ano calendário de 2001, fato este não contestado, deveria ser excluída com efeitos determinados na Lei a partir de 01/01/2002 e esta foi a data acertadamente exposta no ato de exclusão.

O princípio da irretroatividade de lei não foi atingido, pois no momento da opção a Lei instituidora do sistema simplificado já apresentava as datas de efeito nos casos de exclusão do sistema, portanto, não há que se falar em quebra deste princípio.

Ainda, os demais princípios citados pela contribuinte como da coisa julgada, ato jurídico perfeito, direito adquirido e segurança jurídica, não se aplicam ao presente caso, pois são princípios baseados em atos definitivos. Não pode a contribuinte alegar tais princípios quando não cumpriu o princípio da legalidade, não existe segurança jurídica, direito adquirido ou mesmo ato jurídico perfeito sobre descumprimento de legislação, tais princípios são garantias para os contribuintes que seguem a legislação.”

Tempestivamente, a empresa interpôs o Recurso de fls. 71 e ss argumentando, em síntese:

I) apuração dos valores de receitas lastreado em informações prestadas pela recorrente ao fisco estadual, por meio de GIM – Guia Mensal de Informação -, sendo imprestável para quantificar a receita bruta auferida por conter demonstração sintética das operações realizadas pela empresa, incluindo transferências, devoluções, remessas etc

II) esta informação não pode servir de substrato para excluir a recorrente do Simples;

III) cita artigos do Regulamento do ICMS/RN pretendendo demonstrar que as informações prestadas ao fisco estadual restringem-se à apuração do ICMS devido pela empresa e não são hábeis para valorar as receitas brutas;

IV) a autoridade fiscal não excluiu as operações da filial 02, considerando os valores expressos na GIA como vendas indevidamente, pois como demonstra a 7ª Alteração Contratual é apenas um depósito fechado e não comercializa produtos;

V) a fiscalização não cotejou os valores das GIA com os valores registrados nos livros fiscais da empresa e não intimou-a a apresentá-los;

VI) solicita perícia para a apuração dos valores efetivos de faturamento;

VII) ao utilizar-se unicamente das informações do movimento econômico tributário da recorrente, a fiscalização se vale de valores imprestáveis para a formação do conceito de receita bruta, conforme preceituado no § 2º do art. 2º da Lei nº 9.317/96 e foge à observância do art. 2º, § único, inciso I, da Lei nº 9.784/99.

É o suficiente para o relatório. Passo ao voto.

Voto

Conselheira Ana de Barros Fernandes, Relatora

Preliminarmente, cumpre esclarecer que este processo tem conexão com os processos nºs 13433.000343/2005-49 (Auto de Infração para exigência de Simples; ano-calendário 2001) e 13433.000344/2005-93 (Auto de Infração para exigência de IRPJ, CSLL, PIS E COFINS; anos-calendários 2002, 2003 e 2004), apreciados anteriormente por esta mesma turma julgadora, prolatando-se os Acórdãos nºs 1801-00.301/10 e 1801-00.734/11, respectivamente.

Esta observação é relevante porque a recorrente ataca veemente a utilização de valores informados ao fisco estadual, por meio de GIA, argumentando que são inábeis para a apuração dos valores que ensejaram a exclusão de ofício do Simples, bem como as autuações formalizadas nos outros processos. Argumenta ainda que a fiscalização não a intimou para apresentar os livros fiscais. A respeito das autuações não trataremos na apreciação deste litígio, visto terem sido matérias objetos de outros processos fiscais.

Todavia, a indignação da recorrente não merece prosperar.

Consta no processo nº 13433.000343/2005-49, fls. 62 e ss, que a empresa exibiu à fiscalização notícia de jornal atestando que os livros contábeis e fiscais correspondentes aos anos de 1998 a 2003 foram extraviados. Extraio excerto daquela decisão (relatório):

“Explica no Termo de Verificações que a empresa notificou à fiscalização que os livros fiscais e contábeis correspondentes aos anos-calendários de 1998 a 2003 foram extraviados, exibindo anúncio no jornal publicado na época – fls. 62.

A fiscalização então solicitou que os Livros de Apuração de ICMS fossem refeitos pelas GIAM entregues à Fazenda Estadual, o que a fiscalizada atendeu com relação aos anos-calendários de 2002, 2003 e 2004.

Assim, no que concerne ao ano-calendário de 2001, utilizou-se diretamente das informações prestadas ao fisco estadual.”

No voto-condutor deste mesmo processo, esta turma julgadora deliberou a respeito desta mesma contestação da recorrente – uso indevido dos valores informados ao fisco estadual, aproveitando a fundamentação ali discorrida:

“No que respeita às contestações de mérito trazidas pela recorrente e pedido de perícia, apenas pelo embate jurídico, visto serem matérias preclusas, volto a ressaltar, esclareço à recorrente que a mera alegação de que os valores que constaram das GIM entregues ao fisco estadual são valores que englobam outras operações que não caracterizam vendas:

1º) a presente autuação valeu-se destes valores em vista da empresa ter alegado extravio de livros e documentos fiscais e não haver reconstituído a escrita fiscal, restando à fiscalização arbitrar os valores consoante as receitas brutas conhecidas;

2º) para o ano-calendário de 2001 a empresa sequer refez os Livros de Apuração do ICMS, restando à fiscalização os valores inseridos nas GIM relativos às Saídas de Mercadorias;

3º) ainda que os valores não condizem à receita bruta mensal auferida, trata-se de um arbitramento no qual a própria legislação do imposto de renda e tributos federais admite como base tributável a receita presumida e não efetivamente recebida – por isto os valores das GIM são “emprestados” para a fiscalização federal, que não dispunha de outras informações para averiguar as receitas brutas mensais conhecidas pela empresa;

4º) por fim e mais importante, é o fato de que todas as Notas Fiscais emitidas pela empresa e Livros de Saídas foram extraviados, consoante argumentado pela empresa à fiscalização e noticiado em jornal, não podendo a empresa, em fase recursal, dizer que por perícia poderá comprovar que aqueles valores não correspondem às receitas brutas, visto que durante a fiscalização não pode fazer prova dos valores efetivamente recebidos.”

(grifos não pertencem ao original)

Destarte, carece de veracidade e fundamento legal as contestações da recorrente a respeito da imprestabilidade dos valores utilizados pela auditoria fiscal para apurar as sua receitas brutas mensais.

Por oportuno, registro neste voto que a matéria ora aventada – sistemática da fiscalização em apurar o valor da receita bruta – não foi aventada na defesa inicial apresentada pela recorrente. Este fato inclusive foi ressaltado no acórdão combatido. Re-transcrevo trecho que já constou no relatório deste:

“Cabe novamente fazer outra ressalva, **a contribuinte em nenhum momento contesta os valores de receita bruta apurados no ano calendário de 2001 que totalizou R\$ 769.768,71.** Este valor é acima do limite legal, para aquele ano, para permanência no SIMPLES na condição de microempresa, portanto a contribuinte não contesta o fato motivador da sua exclusão.”

Por esta razão há que se declarar precluso o direito da recorrente em inovar os termos da impugnação.

Por economia processual, aproveito, ainda, trecho do voto-condutor exarado no Acórdão nº

“...as contestações trazidas em sede recursal não foram matérias de defesa apresentadas na impugnação de fls. 138 a 157, a qual limitou-se a requerer o sobrestamento do julgamento dos processos relativos às autuações em vista da exclusão do Simples, e recorreu da própria exclusão solicitando a anulação do Ato Declaratório Executivo nº 18, solicitada formalizada em outro processo, de nº 13433.000173/2005-01.

Agora, em sede recursal traz uma gama de argumentações conforme relatado.

Ocorre que, em se tratando de processo administrativo fiscal, o Decreto 70.235/72 - PAF, que o regulamenta, dispõe em seu artigo 17, a preclusão do direito de recorrer em segunda instância das matérias não aventadas em primeira, em prestígio ao princípio do duplo grau de jurisdição.”

A turma julgadora *a quo* já assinalou no aresto recorrido, inclusive, que as diferenças de base de cálculo e a insuficiência de recolhimentos não foram matérias contestadas pela impugnante, pelo que perdeu o seu direito de defesa neste tocante. Transcrevo o trecho do acórdão:

Cabe ainda destacar que em sua impugnação **a contribuinte não contesta apuração das infrações referentes às diferenças de bases de cálculo e a insuficiência de recolhimento no SIMPLES deixando assim de exercer seu direito de defesa em relação a estas infrações.**

Lembramos a este respeito a regra contida no artigo 17 do Decreto nº 70.235/1972, o qual regulamenta o Processo Administrativo Fiscal:

"Art 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante."

(grifos não pertencem ao original)

Ressalto que estas diferenças e insuficiências foram atacadas no recurso como matéria de mérito, pela recorrente. Mas está irremediavelmente precluso o seu direito de defesa neste tocante.

Enriqueço esse voto com a ementa do Acórdão nº CSRF / 01-03.351/01, prolatado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais:

MATÉRIA PRECLUSA – O julgamento administrativo inicia-se com o exame do lançamento sobre o qual pode falar o julgador independentemente de argumentação por parte do sujeito passivo. **Admitida a legalidade do ato, questões não**

provocadas a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo, com a apresentação da petição impugnativa inicial, constituem matérias preclusas das quais não pode o Conselho tomar conhecimento, por afrontar o princípio do duplo grau de jurisdição a que está submetido o Processo Administrativo Fiscal. O não enfrentamento da matéria na inicial implica em concordância tácita do contribuinte com a tributação do valor omitido, sendo “*extra petita*” a decisão que afasta a exigência. Recurso de ofício provido.

(grifos não pertencem ao original)”

Pelo exposto, precluso o direito da recorrente, mas, por amor ao embate jurídico e para clarear a verdade material dos fatos, reporte-me às alegações da recorrente no início deste voto tecidas.

No que concerne à contestação de que os valores da filial 01 não poderiam ser submetidos na apuração da receita bruta, cujo respaldo se firma na Alteração Contratual nº 07 e Consolidação, cumpre ressaltar que este documento somente surtiu efeitos legais a partir da data do registro na Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Norte em 05/04/2004 (fls. 56 e 88), não podendo ser oposto contra os fatos objeto deste processo, ocorridos no ano-calendário de 2001. Ademais, como já esclarecido, trata-se de arbitramento de valores, consoante a receita conhecida, em virtude da empresa não ter reconstituído a sua escrituração contábil e fiscal.

A solicitação de perícia resta indeferida pelos fatos de a matéria ter sido declarada preclusa, e, ainda que não fosse, pelo fato de a empresa não possuir talonários fiscais ou livros, não tendo cabimento o seu requerimento. A convicção neste julgamento está plenamente formada com o que dos autos consta, bem como dos seus conexos.

E com relação ao pedido da recorrente de ser pessoalmente intimada da data de julgamento deste recurso, para apresentar eventual sustentação oral, esta intimação não está prevista nem no PAF, nem no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, aprovado pela Portaria do MF nº 256/09, que dispõe sobre a publicação da pauta no Diário Oficial, devendo a parte interessada acompanhá-la – parágrafo único do art. 55:

Art. 55. A pauta da reunião indicará:

I - dia, hora e local de cada sessão de julgamento;

II - para cada processo:

a) o nome do relator;

b) os números do processo e do recurso; e

c) os nomes do interessado, do recorrente e do recorrido; e

III - nota explicativa de que os julgamentos adiados serão realizados independentemente de nova publicação.

Parágrafo único. A pauta será publicada no Diário Oficial da União com 10 (dez) dias de antecedência e divulgada no sítio do CARF na Internet.

No mais, adoto as razões de decidir da turma julgadora de primeira instância por não confrontadas pontualmente pela recorrente.

Por todo o exposto, voto em não conhecer da matéria preclusa, em indeferir o pedido de realização de diligências, e, no mérito, em negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes – Relatora

CÓPIA