



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

Processo nº 15563.000263/2008-86
Recurso nº 523.329 Voluntário
Acórdão nº 1801-00.361 – 1ª Turma Especial
Sessão de 08 de novembro de 2010
Matéria SIMPLES - Exclusão e Autos de Infração IRPJ e reflexos
Recorrente B DO B RIO CONFECÇÕES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2004, 2005

SIMPLES. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÕES. EFEITOS DA EXCLUSÃO.

A exclusão do Simples por causa de prática reiterada de infração tributária produz efeito *ex tunc* em vista do contribuinte ter optado por regime de tributação diferenciado e favorecido. Trata-se de regime de apuração de tributos e opção regidas pelas normas tributárias que devem ser observadas rigidamente, não se admitindo a omissão de receitas.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005

NULIDADE. AUSÊNCIA DE MPF. PRORROGAÇÃO ENCERRAMENTO AÇÃO FISCAL. INSTRUMENTO DE CONTROLE INTERNO.

A interrupção da emissão do MPF - Mandado de Procedimento de Fiscalização, prorrogação, não vicia o procedimento calcado nas normas tributárias vigentes.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

O decidido em relação à tributação do IRPJ deve acompanhar as autuações reflexas de PIS, COFINS e CSLL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em afastar as preliminares de nulidades suscitadas pela recorrente, para, no mérito, negar provimento ao recurso nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

ANA DE BARROS FERNANDES – Presidente e Relatora

EDITADO EM: 16/11/2010

Participaram da sessão de julgamento, os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Maria de Lourdes Ramirez, Marcos Vinícius Barros Ottoni, Rogério Garcia Peres e Ana de Barros Fernandes.

Relatório

Iniciada a fiscalização na empresa em epígrafe, em virtude do pedido de baixa do CNPJ, foi intimada a apresentar, entre outros documentos, os extratos bancários pertinentes aos anos-calendários de 2004 e 2005.

Não atendendo à intimação neste respeito, a fiscalização solicitou as Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF dirigidas às instituições financeiras nas quais a fiscalizada mantinha contas bancárias no período.

De posse dos extratos bancários, constatou relevante movimentação financeira, retratada pelos créditos bancários, incompatível com as informações prestadas nas DSPJ entregues para os períodos fiscalizados.

Os créditos bancários havidos no total para o ano-calendário de 2004 foi da ordem de R\$2.204.880,93, e, para o ano-calendário de 2005, R\$2.032.116,78, em contrapartida aos valores declarados ao fisco nos montantes de R\$348.24,66 e R\$451.469,16, respectivamente.

Constatada pela fiscalização a prática reiterada das infrações tributárias, com fulcro no artigo 14, inciso V, da Lei nº 9.317/96, a fiscalização propôs a exclusão da empresa da sistemática do Simples através da Representação Fiscal de fls. 02 a 04.

Acatada a representação fiscal por seus próprios fundamentos, foi emitido pela DRF Nova Iguaçu/RJ o Ato Declaratório Executivo nº 16, em 19 de maio de 2008 – fls. 05, com os efeitos pertinentes, retroativos, aos anos-calendários sob fiscalização, conforme determina o artigo 15, inciso V, da Lei nº 9.317/96, que versa sobre o Simples Federal.

Constam dos processo os extratos bancários, as DSPJ, cópias dos livros Caixa, Diários e outros documentos e termos de intimações fiscais, inclusive para a empresa demonstrar a contabilização da movimentação financeira bancária e justificar a origem dos créditos, individualmente relacionados.

Intimada a empresa a refazer a escrituração com a inclusão da referida movimentação bancária mantida à sua margem, respondeu, às fls. 358, não ter condições de refazer a contabilidade.

Devidamente excluída a empresa do Simples, foram lavrados os Autos de Infração para as exigências de IRPJ e tributos reflexos, CSLL, PIS e Cofins, dos anos-calendários de 2004 e 2005, fls. 368 a 409, acompanhados do Termo de Verificação e Constatação de fls. 361 a 365, no qual a autoridade fiscal esmiuçou o procedimento fiscal e as razões do arbitramento do lucro, obtido pela aplicação de 8%, acrescido do percentual de 20% (em razão do arbitramento) sobre a receita conhecida, de forma trimestral, para o IRPJ.

A empresa impugnou os lançamentos tributários às fls. 417 a 426.

A Segunda Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro/RJ I exarou o Acórdão nº 12-27.673/09, dando procedência parcial aos lançamentos tributários, devido a não consideração dos valores recolhidos a título de Simples pela empresa autuada, procedendo aos cálculos compensatórios – fls. 433 a 441. Assim restou ementado, o aresto:

“MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. EFEITOS.

O MPF é instrumento de controle da ação fiscal por parte da RFB e do próprio sujeito passivo, não coibindo a vinculação administrativa e a responsabilidade funcional quanto ao lançamento, reportadas no artigo 142 do CTN.

EXCLUSÃO, DE OFICIO, DO SIMPLES. EFEITOS.

Ainda que a eficácia de Ato Declaratório Executivo, de exclusão do SIMPLES, se processe a partir de sua ciência, seus efeitos são retroativos, uma vez constatada quaisquer das infrações ao artigo 14, II a VII, da Lei n. 9.317/96.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. ARBITRAMENTO DE RESULTADOS

Por efeito da exclusão, de ofício, do SIMPLES, o arbitramento de lucros é conseqüente, de pessoa jurídica sem opção pelo regime de lucro presumido.

SIMPLES. ARBITRAMENTO DE LUCROS.COMPENSAÇÃO.

Em arbitramento de lucros cabível a compensação tributária de valores recolhidos por pessoa jurídica indevidamente enquadrada no SIMPLES, ex ante penalidades e encargos moratório.”

Tempestivamente, a empresa interpôs o Recurso Voluntário de fls. 477 a 493, argumentando, em síntese:

a) nulidade dos lançamentos tributários porque o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF não foi prorrogado em tempo sucessivo, mas após um lapso temporal; o decurso de prazo do MPF acarreta a sua extinção, nos termos da Portaria SRF nº 3.007/2001; tal vício na emissão do MPF – Complementar, de prorrogação, é insanável, pois os atos administrativos devem se pautar pelo princípio da legalidade; cita doutrina de Hely Lopes Meirelles sobre a conduta da administração pública; cita acórdão administrativo sobre prazo de MPF – F expirado;

b) a empresa só foi excluída do Simples na data da publicação do ADE pertinente, em 29 de maio de 2008; por conseguinte, não poderia ter sido intimada a apresentar os livros Diário e Razão antes desta data;

c) a fiscalização somente teve acesso aos livros em 30/01/2008, mas em 10/07/2007 já estava de posse dos extratos bancários remetidos pelas instituições financeiras;

d) alega que a “Delegacia da Receita Federal” reiteradas vezes decidiu que os efeitos da exclusão do Simples não são ‘retroagidos’, sendo válidos apenas a partir da ciência do ato; cita ementa de acórdão sobre o arbitramento do lucro de optante pelo Simples; saliento, neste relatório, que a ementa citada faz prova em contrário à alegação da recorrente, pois defende a tese que o arbitramento só pode ser realizado após o contribuinte haver sido cientificado da exclusão e que os efeitos do ADE retroagem, embora a sua eficácia seja a da data da ciência;

e) os efeitos da exclusão só podem alcançar os fatos supervenientes (artigos 103, I e 146 do CTN e princípios da segurança jurídica); a conduta do fisco é arbitrária; somente a partir de 19/08/2008 é que a decisão de exclusão do Simples poderia surtir seus efeitos; cita doutrina sobre os critérios jurídicos e implicações em suas mudanças, consoante artigo 146 do CTN.

Requer a nulidade, insubsistência e improcedência da autuação.

É o relatório. Passo a analisar as razões recursais.

Voto

Conselheira ANA DE BARROS FERNANDES, relatora.

Conheço do recurso voluntário, por tempestivo.

I) Da Nulidade por ausência de emissão de MPF - Prorrogação

A recorrente se insurge contra a não entrega de MPF – C, complementar, para as prorrogações sucessivas do mandado inicial.

Essas prorrogações são realizadas de forma automática e não há vedação para o número de vezes ocorrerem, até que haja o encerramento da ação fiscal, com ou sem resultado. Desde a alteração sofrida na Portaria SRF nº 3007/2001, com a edição da Portaria SRF nº 1468/2003, os mandados de prorrogação estão na internet para consulta do contribuinte, que recebe junto ao MPF – F inicial o código de acesso e endereço eletrônico para verificar as sucessivas prorrogações.

Os MPF-Complementares, observo, **não** tratam de prorrogações. Assim dispõe o artigo 10 da Portaria SRF nº 3007/2001, até a versão atual:

Art. 10. As alterações no MPF, decorrentes de inclusão, exclusão ou substituição de AFRF responsável pela sua execução, ou pela supervisão, bem assim as relativas a tributos ou contribuições a serem examinados e período de apuração, serão procedidas mediante emissão, pela autoridade outorgante do MPF originário, de Mandado de Procedimento Fiscal Complementar (MPF-C), conforme modelo constante do Anexo V, do qual será dada ciência ao sujeito passivo.

§ 1º O MPF-C será identificado pelo número do MPF originário, na forma do inciso I do art. 7º, acrescido de número seqüencial correspondente a sua emissão, separado por hífen.

(grifos não pertencem ao original)

Nos autos verifica-se que não ocorreram as hipóteses aventadas, pelo que inexistente o MPF – Complementar requerido pela contribuinte.

O que consta dos autos são Termos de Prosseguimento da Ação Fiscal lavrados pela fiscalização com o intuito de evitar a requisição de espontaneidade – fls. 264 e 297.

Assim, concordo com a DRJ, e não vejo qualquer prejuízo ou transtorno à contribuinte que a não entrega formal do demonstrativo de prorrogações possa ter causado, ou ainda a emissão de um novo MPF para que a ação fiscal pudesse chegar à sua conclusão.

Acolho a jurisprudência dominante deste CARF ao entender que o Mandado de Procedimento Fiscal é norma de natureza *interna corporis* e não possui o condão de levar à nulidade o lançamento fiscal pautado na norma tributária vigente, sendo suprido pelos outros termos lavrados pela autoridade fiscal revestida da competência natural de sua função.

Assim tem se manifestado reiteradamente a jurisprudência administrativa, que acompanho:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MPF. NULIDADE.

Descabe a arguição de nulidade quando se verifica que o Auto de Infração foi lavrado por pessoa competente para fazê-lo e em consonância com a legislação vigente. O MPF é mero instrumento de controle da atividade de fiscalização no âmbito da Secretaria da Receita Federal, de modo que eventual irregularidade na sua expedição, ou nas renovações que se seguem, não acarreta a nulidade do lançamento. (CSRF 2ª Turma, Recurso nº 203-126775, Sessão de 22/01/07, Relatora Maria Tereza Martinez Lopes, Acórdão nº CSRF/02-02. 543)

Afasto a preliminar suscitada.

II) Do Mérito

II.a) Intimação para apresentação dos livros fiscais e comerciais antes da exclusão formal do Simples

Equivoca-se a recorrente ao entender que a fiscalização não poderia intimá-la a apresentar os livros comerciais e fiscais, bem como talonários de notas fiscais, documentos correlatos à escrituração contábil, inclusive, os extratos bancários que espelham a movimentação financeira da empresa, ainda que optante pelo Simples, consoante Termo de Início de Fiscalização lavrado em 04/06/07 – fls. 11.

Todos os contribuintes, optantes ou não pela sistemática simplificada, diferenciada e favorecida, são obrigados a manter escrituradas suas operações comerciais, fiscais e movimentação financeira, ainda, que em Livro Caixa.

Constata-se, nos autos, que a empresa restringiu-se a entregar o Livro de Registro de Apuração do ICMS e DARF – Simples, não fornecendo sequer o referido Livro Caixa a que se sujeita, por força do artigo 7º, § 1º, da Lei nº 9.317/96 a seguir citado:

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.

Ademais, ao ser intimada pela fiscalização para demonstrar os registros contábeis dos valores acusados nos extratos bancários como recebidos, entre os quais inúmeros pagamentos da notória loja de departamentos “C & A”, a própria empresa apresentou os Livros Diários relativos aos anos fiscalizados – 2004 e 2005, n°s 04 e 05, respectivamente, demonstrando que possuía a escrituração comercial, sendo neste caso, desnecessária a apresentação do livro Caixa – Intimação e resposta às fls. 267 e seguintes e 300 e seguintes.

Parece óbvio que ao se deparar com a relevante omissão de receitas perpetrada pela fiscalizada e ausência de escrituração da movimentação financeira espelhada nas contas bancárias, a fiscalização intimou a empresa a refazer a escrituração contábil de forma a incluir a movimentação financeira para que fosse possível apurar os tributos devidos pelo regime do lucro real, evitando, desta forma, o arbitramento.

Neste momento, incabível a alegação da recorrente de que a fiscalização não pudesse desta forma agir, porque não havia sido cientificada de qualquer ato de exclusão, ou, ainda, que o ADE não fora emitido.

Ora o procedimento fiscal se desenvolve pela auditoria e pelas constatações que vão sendo feitas no curso desta ação fiscal.

A intimação foi para que a empresa solucionasse a sua situação irregular, dada a consequência inevitável dos atos praticados de omissão de receitas. O que não foi feito, impondo à fiscalização que procedesse não só à Representação Fiscal para excluí-la da sistemática favorecida do Simples, mas também arbitrar o lucro com base nas receitas espelhadas nos depósitos bancários, consoante disposto no artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

Só faria sentido a argumentação da recorrente se os lançamentos tributários consubstanciados nos Autos de Infração objetos do presente houvessem sido emitidos (e tomado a ciência) antes da publicação do ADE de exclusão.

Mas, esta hipótese não ocorreu. O ADE, como a recorrente reconhece, foi publicado em 29 de maio de 2008 e a ciência das autuações sofridas, para as exigências de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, ocorreram em 25 de junho de 2008, portanto quando a empresa já se encontrava excluída da sistemática do Simples.

Saliento que a requisição dos extratos bancários para as instituições financeiras é procedimento regular, legal e corriqueiro nos casos em que as empresas sob fiscalização não os apresentam espontaneamente para que a fiscalização proceda à auditoria dos valores movimentados financeiramente junto aos livros contábeis, no caso Caixa ou, se a empresa tiver escrituração completa, Diário e Razão. Seja a empresa optante do Simples ou de outro regime de apuração de tributos - presumido ou real.

II.b) Dos Efeitos Retroativos do ADE

A recorrente confunde-se com os termos eficácia e efeitos. A eficácia do ADE – vale dizer efetiva exclusão da empresa do Simples – ocorre com a publicação do Ato no Diário Oficial da União (DOU).

Todavia os efeitos desta exclusão retroagem à data da prática da infração tributária, por força da própria norma legal que regula o Simples, a Lei nº 9.317/96. Estabelece em seu artigo 15:

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.

E o artigo 14, inciso V, dispõe:

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;

No caso, esta foi a hipótese ocorrida nos autos e, por consequência, os efeitos da exclusão retroagem para que excluída do Simples, possa-se tributar a empresa sem a benesse fiscal, vilipendiada pela empresa.

Por oportuno, deve-se salientar que a omissão de receitas praticada pela recorrente é fato incontroverso no presente litígio.

De tal sorte que a ação fiscal em nada foi arbitrária, mas, ao contrário, pautou-se rigidamente pelas normas jurídicas inerentes aos lançamentos tributários realizados, de ofício. Excluiu a empresa pela prática reiterada de omissão de receitas da sistemática de favorecimento fiscal, privilegiando os princípios constitucionais da isonomia entre contribuintes e da justiça fiscal, e, no momento subsequente, exigiu os tributos devidos consoante imposto pela norma tributária.

Nenhum reparo a fazer na ação fiscal, portanto.

Com relação à invocação do artigo 146 do CTN, este não se aplica em nada ao caso vertente. Trata de dispositivo legal que cuida de mudança de critério jurídico, o que não é o caso. A contribuinte não podia optar pelo Simples nos anos-calendários de 2004 e 2005 pois omitiu aviltantes valores fraudando o fisco federal. Daí não haver qualquer mudança de critério jurídico, por parte da fiscalização. Houve foi a adequação dos fatos à norma correta no que tange ao regime de tributação devido. Seria descabido se constatada a infração fiscal de evasão de tributos pudesse a contribuinte infratora continuar a gozar do benefício fiscal. Muito feliz e sábia a redação do artigo 15, inciso V, pelo legislador tributário.

Além disto, não cabe a este órgão colegiado discutir a aplicação da norma tributária vigente, não declarada inconstitucional, por fugir-lhe a competência. Este assunto já está até sumulado pelo CARF:

Súmula CARF nº 2 - O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Por todo o exposto, voto em afastar as nulidades suscitadas pela recorrente, para, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

ANA DE BARROS FERNANDES - Relatora