



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

Processo nº 19647.000907/2007-86
Recurso nº 501.549 Voluntário
Acórdão nº **1803-00.753 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 16 de dezembro de 2010
Matéria IRPJ E OUTROS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente VAREJÃO ESTRELA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2004, 2005

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AUTO DE INFRAÇÃO. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES.

O Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não depende, para sua eficácia, do término do prazo de trinta dias concedido à empresa nele excluída para apresentar manifestação de inconformidade, nada impedindo que a fiscalização, já no dia subsequente à ciência do referido ADE, proceda à lavratura do competente auto de infração.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula nº 2).

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

Exercício: 2004, 2005

AUTO DE INFRAÇÃO. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Não se faz necessária a lavratura de auto de infração anteriormente à emissão de Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples, para fundamentá-lo, bastando, apenas, a existência de uma Representação dirigida ao Delegado da Receita Federal jurisdicionante, informando da constatação de hipótese de exclusão obrigatória do referido regime.

EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SIMPLES. ART. 9º, INCISOS I E II, DA LEI Nº 9.317, DE 1996.

Os efeitos da exclusão do Simples, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, surtem efeito a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Selene Ferreira de Moraes - Presidente

(assinado digitalmente)

Sérgio Rodrigues Mendes - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Selene Ferreira de Moraes, Benedicto Celso Benício Júnior, Walter Adolfo Maresch, Marcelo Fonseca Vicentini, Sérgio Rodrigues Mendes e Luciano Inocêncio dos Santos.

Relatório

Por bem retratar os acontecimentos do presente processo, adoto o Relatório do acórdão recorrido (fls. 541 a 544):

A fiscalização verificou que a empresa havia apresentado as Declarações Anuais Simplificadas (PJSI), nos anos-calendário de 2002, 2003 e 2004, tendo aderido ao SIMPLES a partir de 23.08.2002, na condição de microempresa.

A contribuinte tem como objeto social o Comércio Atacadista e Varejista de Alimentos e Bebidas.

A ação fiscal decorreu de cruzamento de informações com o Fisco Estadual, onde se verificaram divergências significativas entre os valores de receita bruta declarados à Receita Federal (Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - Simples, às fls. 146/185) e as informações prestadas à Secretaria de Fazenda do Estado de Pernambuco, conforme Livro Registro de Apuração de ICMS, fls. 08/94. Tais dados tiveram origem em informações prestadas pela própria empresa ao Fisco Estadual, com base nas suas vendas de mercadorias.

A empresa declarou para o Fisco Federal apenas 8,59 % e 5,22 %, nos anos de 2003 e 2004, respectivamente, do que informou ao Fisco Estadual.

[...].

Relata o autuante, no TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL, às fls.253 a 256, que iniciou a fiscalização na contribuinte em 06/11//2006, esta apresentou os livros fiscais solicitados em 07/12/2006.

No procedimento fiscal, a fiscalização apurou que a empresa, no ano-calendário de 2002, ultrapassou o limite para permanência no SIMPLES - microempresa, elaborada a representação fiscal, fl. 01, foi baixado o Ato Declaratório nº 009, de 06/01/2007, publicado no DOU de 08/02/2007, fl. 188, excluindo a empresa do SIMPLES a partir de 01/01/2003.

Deste modo, ficou a contribuinte sujeita à apuração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica pelo regime do Lucro Real Trimestral.

Através do TERMO DE CIÊNCIA E INTIMAÇÃO, fl. 190, foi cientificada a contribuinte do Ato Declaratório, acima especificado, e intimada a apresentar os Livros Contábeis: Diário e Razão, com a Apuração de Resultados relativos aos anos-calendário de 2003 e 2004.

A contribuinte apresentou declarações, fls. 263 e 269, de que não dispunha de escrita contábil (Plano de Contas, Livro Diário, Livro Razão, Livro Caixa e Balancetes Mensais), e informando não ter condições de escriturar os Livros Fiscais dos exercícios de 2003 e 2004, respectivamente.

Com base nas Vendas registradas no Livro Registro de Apuração do ICMS e nas Receitas declaradas nas DJSI, fls. 08 a 185 e 270 a 383, elaborou-se Demonstrativo de Receitas Não Declaradas, fls. 07 e 240 a 251, onde foram apuradas as diferenças mensais de Receitas Brutas.

Conforme Demonstrativo acima indicado, foram apuradas Receitas Brutas Acumuladas, nos anos de 2003 e 2004, nos valores respectivos de R\$ 1.902.192,61 e R\$ 3.345.322,64, foi então solicitado MPF — Complementar, estendendo o período de fiscalização para os anos de 2003 e 2004.

Em função das constatações anteriormente expostas, a fiscalização efetuou os seguintes Lançamentos:

- Em relação ao ano-calendário de 2002, pelo Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), Autos de Infração tratados no Processo nº 19647.001583/2007-01;

- Em relação aos anos-calendário de 2003 e 2004, pelo Lucro Arbitrado, a fiscalização encontrou diferenças de IRPJ e CSLL e, sobre as Receitas decorrentes de Vendas de Mercadorias, o PIS e a COFINS, Autos de Infração constantes no presente processo.

Contra a empresa acima qualificada foram lavrados os Autos de Infração às fls. 04 a 38, para exigência de crédito tributário referente aos fatos geradores de 01/01/2003 a 31/12/2004, adiante especificados:

[...].

Devidamente notificada, e não se conformando com o procedimento fiscal, a contribuinte apresentou, tempestivamente, fls. 536, as suas razões de defesa, às fls. 393/502, nas quais questiona os autos de infração, alegando, em síntese, o seguinte:

1 — Tempestividade;

2 — Descreve a Autuação;

3 — Descreve o procedimento do ADE (Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES) — Art. 23 da IN nº 250/2002;

4 — Alega a Incompetência da Autoridade Administrativa e o Cerceamento do Direito de Defesa;

5 — Transcreve a Ação Judicial nº 2004.03.00.0003176-07, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e o Recurso Especial nº 501.628 — SC (2003/0016134-1), da Segunda Turma do STJ (Superior Tribunal de Justiça);

6 — Se insurge contra o Arbitramento do Lucro, que este é ilegal e que só poderia ser aplicado se não se dispuser da escrita Fiscal e Contábil;

7 - Que a matéria tributável não está determinada com certeza;

8— Tece comentários sobre a Legislação do Pis e da Cofins;

9 — Cita os Princípios Constitucionais da Isonomia, Igualdade e Proporcionalidade.

Em face do exposto, requer, preliminarmente, seja o Auto de Infração lavrado julgado nulo, por ofensa do devido processo legal ou, no mérito, improcedente, por falta de amparo legal, quer pelo arbitramento ilegal, quer por ser a base de cálculo, no caso, o lucro bruto, quer por afronta ao art. 110 do CTN.

A decisão da instância *a quo* foi assim ementada (fls. 540 e 541):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Assinado digitalmente em 24/12/2010 por SERGIO RODRIGUES MENDES, 27/12/2010 por SELENE FERREIRA DE MORAES

Autenticado digitalmente em 24/12/2010 por SERGIO RODRIGUES MENDES

Emitido em 27/12/2010 pelo Ministério da Fazenda

Ano-calendário: 2003, 2004

EXCLUSÃO DO SIMPLES DE OFÍCIO.

A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS.

Não tendo a pessoa jurídica comprovado reunir condições de submeter seus resultados pelo lucro real ou presumido, obedecidas as obrigações acessórias próprias, tais como as de opção na própria escrituração do Livro Caixa ou escrituração contábil completa, nos termos da legislação comercial e fiscal, cabível o arbitramento do lucro.

PRELIMINAR DE NULIDADE.

Não há que se falar em nulidade do Auto de Infração quando este atende a todos as formalidades legais e o contribuinte tem acesso à detalhada descrição dos fatos e a todos os elementos e provas que o embasaram.

COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL.

Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não se configura cerceamento do direito de defesa se o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação se encontraram plenamente assegurados.

Lançamento Procedente.

Cientificada da referida decisão em 05/06/2009 (fls. 559), a tempo, em 17/06/2009, apresenta a interessada Recurso de fls. 561 a 606, instruído com os documentos de fls. 607 a 612, nele reiterando os argumentos anteriormente expendidos e aduzindo mais os seguintes:

- a) que a lavratura do auto de infração, no caso, no dia 22.02.2007, implicou em cerceamento de defesa, por ofensa ao princípio do devido processo legal, sendo nulo o referido auto nos termos do art. 59, II, do Decreto nº 70.235/72, por se tratar de nulidade absoluta;
- b) que independente de apresentação de impugnação, não poderia o auto de infração, tributando a Recorrente fora das normas legais do SIMPLES, ser lavrado, a não ser que fosse como se a recorrente estivesse enquadrada no SIMPLES, posto que, antes do prazo legal, não poderia o autuante presumir que não fosse apresentada impugnação relativa à exclusão do SIMPLES;

- c) que o auto de infração foi lavrado extemporaneamente, implicando a lavratura em cerceamento de defesa, uma vez que o próprio ato de exclusão do SIMPLES consignava o prazo de 30 (trinta) dias para a devida impugnação, comprovando-se, portanto, que o auto de infração somente poderia ser lavrado a partir do dia 14.03.2007;
- d) que a exclusão do SIMPLES da Recorrente se deu a partir de 01.01.2003, não havendo, nos presentes autos, nenhum documento alusivo ao fato de que a Recorrente tivesse, no exercício de 2002, ultrapassado os limites financeiros de microempresa, o que torna, na verdade, o lançamento tributário ilíquido e incerto, uma vez que a tributação se deu com base em arbitramento do lucro;
- e) que, para se comprovar a ultrapassagem dos limites tributários do SIMPLES, o auto de infração, que constitui o crédito tributário, deveria, sim, ter sido lavrado antes da exclusão do SIMPLES, para que se comprovasse com provas numéricas essa ultrapassagem;
- f) que, em caso de exclusão do SIMPLES, sob pena de cerceamento de defesa, a exclusão há de dar-se após a lavratura do auto de infração, e não antes, uma vez que, em caso contrário, não se poderiam constatar as hipóteses previstas no art. 9º, I e II, da Lei nº 9.317/96, alterado pelo art. 6º da Lei nº 9.779/99 e MPV nº 2.189-49/2001;
- g) que, como saber se houve a ultrapassagem referida, se o auto de infração, que constituiria o crédito tributário em cima dessa ultrapassagem, ainda não havia sido lavrado, até porque o auto de infração nº 19647.000907/2007-86, relativo aos anos-calendário de 2003 e 2004, fora lavrado em data posterior, ou seja, em 22.02.2007?
- h) que a exclusão do Simples tem efeitos “ex nunc”, e não “ex tunc” como pretende o autuante, de forma que, tendo se dado a exclusão em 2005, somente a partir de 2005 tem eficácia o ato declaratório;
- i) que a matéria tributável não está determinada com certeza, pelo que não têm cabimento os autos de infração lavrados para cobrança do IRPJ e da CSLL;
- j) que, com relação à base de cálculo do Pis e da Cofins, a distinção feita, inclusive pela última Medida Provisória nº 2.158-34, de 28.06.2001, reeditada, entre a Recorrente e as instituições financeiras, que estão autorizadas a recolher as referidas exações com deduções e exclusões da base de cálculo, resultando em recolhimento menor por parte das beneficiárias, não permitidas à Recorrente, fere, frontalmente, o princípio da isonomia tributária insculpido no art. 150, II, da Constituição Federal; e
- k) que a base de cálculo pretendida para tributação do Pis e da Cofins, no caso, não tem cabimento, por outro ângulo, tendo sido decidido pelo Egrégio STJ, no julgamento do RESP 501.628-SC, que a base de cálculo estabelecida afronta o art. 110 do CTN.

Em mesa para julgamento.

Assinado digitalmente em 24/12/2010 por SERGIO RODRIGUES MENDES, 27/12/2010 por SELENE FERREIRA DE MORAES

Autenticado digitalmente em 24/12/2010 por SERGIO RODRIGUES MENDES

Emitido em 27/12/2010 pelo Ministério da Fazenda

Voto

Conselheiro Sérgio Rodrigues Mendes, Relator

Atendidos os pressupostos formais e materiais, tomo conhecimento do Recurso.

Preliminar de cerceamento de defesa

De início, cumpre deixar consignado que o Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples, desde o momento da sua ciência à empresa contra a qual foi emitido, já exerce o efeito que lhe é peculiar, de promover a exclusão, de ofício, daquela empresa da sistemática de tributação do Simples.

Desse modo, referido ADE **não depende**, para sua eficácia, do término do prazo de trinta dias concedido à empresa nele excluída para apresentar manifestação de inconformidade.

Assim é que, não havendo manifestação naquele prazo, a exclusão do Simples é confirmada, tornando-se, pois, **definitiva**.

Por conseguinte, nada impedia que a fiscalização, já no dia subsequente à ciência do referido ADE, procedesse à lavratura do competente auto de infração.

Descabe, portanto, a preliminar de cerceamento de defesa, por suposta ofensa ao princípio do devido processo legal.

Mérito

Cumpre esclarecer que o ADE **não decorre** do auto de infração relativo ao ano-calendário de 2002, objeto de outro processo, mas de verificação procedida neste processo (Representação de fls. 1 e 2), na qual se apurou a existência de receitas escrituradas e não declaradas ao Fisco, cujo montante, acrescido ao declarado, ultrapassou o limite para permanência na sistemática do Simples.

No mérito, os documentos que comprovam ter a Recorrente ultrapassado os limites para sua permanência no regime do Simples **são de sua própria emissão**, a saber: o Registro de Apuração do ICMS e as notas fiscais correspondentes (fls. 8 a 94 e 95 a 145, respectivamente).

Ao contrário do que entende a Recorrente, não se fazia necessária a lavratura de auto de infração anteriormente à sua exclusão, de vez que, para fundamentar aquela exclusão e a emissão do respectivo ADE, bastava apenas a existência de uma **Representação** dirigida ao Delegado da Receita Federal jurisdicionante, informando da constatação de hipótese de exclusão obrigatória do referido regime, como, aliás, sucedeu no presente caso (Representação de fls. 1 e 2).

Ainda: que melhor forma de se constatar as hipóteses previstas no art. 9º, incisos I e II, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e alterações posteriores, senão a partir dos elementos constantes da própria contabilidade e da documentação da empresa?

Quer-se saber se houve a ultrapassagem referida? Basta se lançar mão do Registro de Apuração do ICMS escriturado e das notas fiscais emitidas pela própria Recorrente (fls. 8 a 94 e 95 a 145, respectivamente).

O julgado trazido pela autuada, de fls. 567 a 575, trata de questão diversa, na qual a exclusão do Simples se deu por força de “pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS/PGFN”, situação estranha ao presente processo.

Com relação aos efeitos da exclusão do Simples, no presente caso aplica-se o disposto no art. 15, inciso IV, da Lei nº 9.317, de 1996, de seguinte teor:

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

[...];

IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;

O aresto juntado pela Recorrente, de fls. 577 a 580, trata de situação outra, na qual a exclusão do Simples se deu por força do art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 1996, dispositivo estranho ao presente caso.

No tocante à matéria tributável, como já foi dito anteriormente, foi, toda ela, extraída do Registro de Apuração do ICMS e de notas fiscais da Recorrente (fls. 8 a 94 e 95 a 145, respectivamente), motivo pelo qual soa incompreensível a alegação desta de que não estaria determinada com certeza aquela matéria tributável (fls. 584):

27. Ora, como se observa do auto lavrado, o autuante, para o arbitramento do lucro, partiu da receita bruta existente no Livro de Registro de ICMS, onde estava escriturado todo o faturamento do período fiscalizado, ou seja, a revenda das mercadorias.

No que se refere à base de cálculo do Pis e da Cofins, é ela, no presente caso, a receita bruta escriturada pela Recorrente, não tendo, nela, qualquer influência o disposto na Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998 (ampliação do conceito de faturamento). Despicienda, pois, a referência e a transcrição, de fls. 594 a 605, de julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

No que pertine à irresignação da Recorrente quanto ao suposto tratamento desigual em face das instituições financeiras, é matéria não passível de discussão neste Colegiado, por força do contido na Súmula Carf nº 2, de seguinte teor:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Deve a Recorrente, se assim entender oportuno, buscar na Justiça, em seu favor, decisões naquele sentido (isonomia de tratamento com as instituições financeiras), como as que transcreveu de fls. 591 a 593.

Por fim, insta ressaltar que, devidamente cientificada do ADE de Exclusão do Simples em 12/02/2007 (fls. 264 e 265), somente em 21/03/2007, já no bojo de sua impugnação (fls. 393), veio a Recorrente a se insurgir contra tal exclusão, que, pelo decurso de prazo, já se havia tornado definitiva.

Conclusão

Em face do exposto, e considerando tudo o mais que dos autos consta, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Sérgio Rodrigues Mendes