



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19647.003841/2003-52
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-003.764 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de julho de 2019
Recorrente DIMEP - DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS DE PERNAMBUCO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2001, 2002

PRELIMINAR DE NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. MATÉRIA JÁ DECIDIDA EM OUTRO PROCESSO. PRELIMINAR NÃO CONHECIDA

A preliminar de nulidade fundada em cerceamento de defesa, relativa a matéria já decida no autos específicos da exclusão do simples constitui matéria estranha e este processo. Cumpre, assim, não conhecer da preliminar.

SIMPLES. EXCLUSÃO. COMPENSAÇÃO DEVIDA. SÚMULA CARF Nº 76

Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada. Súmula CARF nº 76.

JUROS DE MORA. SELIC. SÚMULA CARF Nº 4

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer da preliminar de nulidade e, no mérito, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(assinado digitalmente)

Rogério Aparecido Gil - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Rogério Aparecido Gil, Maria Lúcia Miceli, Flávio Machado Vilhena Dias, Breno do Carmo Moreira Vieira (Suplente convocado) , Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente) e Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça (suplente convocada para eventuais substituições).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto face ao Acórdão nº 8.697, de 09/07/2004, da 4ª Turma da DRJ em Recife (PE) que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, registrando-se a seguinte ementa:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Ano-calendário: 2001,2002

PRELIMINAR DE NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Estando o lançamento revestido das formalidades previstas no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, sem preterição do direito de defesa, não há que se falar em nulidade do procedimento fiscal.

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.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO PIS.

Apurados, através de procedimento de ofício, valores devidos da Contribuição para o PIS, que não haviam sido declarados ou confessados pela contribuinte é procedente a autuação, com a aplicação da multa de ofício.

COMPENSAÇÃO - PAGAMENTOS INDEVIDOS.

Os pagamentos efetuados pela sistemática do SIMPLES, quando a empresa foi excluída de ofício retroativamente, são indevidos e para sua restituição/compensação devem seguir os trâmites da IN SRF nº 210 de 2002, c.c. a IN SRF nº 322 de 24/04/2003.

MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA (TAXA SELIC) - INCONSTITUCIONALIDADE.

A cobrança em auto de infração da multa de ofício e dos juros de mora (calculados pela TAXA SELIC) decorre da aplicação de dispositivos legais vigentes e eficazes na época de sua lavratura, que, em decorrência dos princípios da legalidade e da indisponibilidade, são de aplicação compulsória pelos agentes públicos, até a sua retirada do mundo jurídico, mediante revogação ou resolução do Senado Federal, que declare sua inconstitucionalidade.

Não está compreendida no espectro de competência das Autoridades Administrativas de Julgamento a apreciação de alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Lançamento Procedente

Contextualizamos os fatos e fundamentos que envolvem o processo apresentando os seguintes pontos, também destacados no acórdão recorrido:

- a) a contribuinte tem por objeto social, o comércio de compras, vendas de produtos químicos e farmacêuticos, perfumaria e cosméticos, além de representações por comissões e conta própria, importação e exportação; possui filial que serviria como depósito;
- b) os autos se referem a infrações à legislação do SIMPLES, IRPJ, CSLL, PIS e COFINS (01/01/1999 a 31/12/2002), R\$934.828,28, valor nominal; os procedimentos de fiscalização iniciaram-se, em 10/09/2003; a recorrente é optante do SIMPLES, desde 01/2000; nem todas as intimações foram atendidas; não foram apresentados os livros comerciais; requisitou-se, em 03/10/2003, os livros de registro de apuração de ICMS da matriz e filial; não apresentou livros Diário, Razão e Lalur, referentes a 2001 e 2002, requisitados em decorrência de sua exclusão do SIMPLES;
- c) a autoridade fiscal descreveu detalhadamente todas as informações concernentes ao procedimento fiscal e relata as apurações efetuadas naquela auditoria, as quais resumimos a seguir:

1. a empresa optou pelo SIMPLES, a partir de 01/01/2000;

2. com base no **Livro de Apuração do ICMS**, às fls. 55/67, a fiscalização apurou as **receitas brutas mensais** do ano calendário de **2000**.

Constatou-se que a empresa **ultrapassou**, naquele ano, o limite de receita bruta para permanência no SIMPLES. Sua **receita bruta total** foi de **R\$1.597.399,68**. O **limite** era de **R\$1.200.000,00** (fl.06).

A fiscalização também confirmou os valores contidos no Livro de Apuração do ICMS, com os dados informados pela empresa à Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco, fls. 120/145.

3. A recorrente informou na Declaração Anual Simplificado do ano calendário de 2000, às fls. 247/250, **valores de receita bruta inferiores** aos constantes do Livro de Apuração do ICMS, às fls. 55/67, consolidadas no demonstrativo de composição de base de cálculo às fls. 206 e 06.

Intimou-se a recorrente (fls. 05/12) a **justificar tais diferenças**. Em resposta, limitou-se a declarar que estava de acordo, não tendo nada a reclamar.

Assim, a **fiscalização procedeu à autuação apontando as seguintes irregularidades, formalizadas em outro processo: Proc. 19647.003839/2003-83:**

- 3.1. **Insuficiência de recolhimento**, dos meses de **maio a dezembro de 2000**, dos impostos e contribuições do **SIMPLES** (IRPJ, CSLL, PIS, COFINS E INSS), decorrente da **diferença**

apurada relativa à utilização de **percentual inferior** ao efetivamente aplicável sobre a receita bruta declarada na **DIRPJ/2001**.

3.2. Diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago, dos meses de **março e maio a dezembro de 2000**, dos impostos e contribuições do **SIMPLES (IRPJ, CSLL, PIS, COFINS E INSS)**, decorrente da **diferença** entre as bases de cálculo informadas na **DIRPJ/2001** e as bases de cálculo apuradas através do **Livro de Apuração de ICMS**, aplicando-se a alíquota apropriada a cada período de apuração.

4. Mesmo não preenchendo mais as exigências formais para o **SIMPLES**, a recorrente manteve-se nesse regime.

Em consequência, o Delegado da Receita Federal em Recife expediu o **Ato Declaratório Executivo nº 94 de 17/10/2003** (DOU edição nº 202/2003), efetuando a exclusão da empresa do sistema integrado, com **efeitos a partir de 01/01/2001**, constante também, de outro processo: **Proc. 19647.002712/2003-47**, fls. 17 a 21.

5. 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 (art. 16 da Lei nº 9.317/1996).

No presente caso, como **a recorrente não efetuou os pagamentos, nos anos calendários de 2001 e 2002, pelo lucro estimado ou pelo lucro presumido, não optando por estas formas de tributação, ficou sujeita à tributação pelo lucro real trimestral**.

A contribuinte foi intimada a apresentar sua escrita contábil e fiscal que possibilitaria a apuração do lucro real nos anos calendários de 2001 a 2002 (fls. 13/14).

Apresentou o **Livro Fiscal de Apuração de ICMS nº 01** (relativo à filial 0002-75); **06 e 07**, após reintimação apresentou o **Livro Caixa** referente ao ano calendário de **1999**, e **deixou de apresentar os livros Diário, Razão e LALUR** referentes aos anos calendários de **2001 e 2002**.

A fiscalização procedeu à tributação do **IRPJ e CSLL (2001 a 2002)** utilizando as regras do **Lucro Arbitrado** (autos de infração, Proc. 19647.003838/2003-39 (IRPJ) e Proc. 19647.003840/2003-16 (CSLL).

6. Também decorrente da exclusão da empresa, a partir de 01/01/2001, a contribuinte ficou sujeita aos recolhimentos da **COFINS** e da Contribuição para o **PIS** como as demais pessoas jurídicas.

A fiscalização constatou a falta de recolhimento dessas contribuições e constituiu os autos de infração da **COFINS - Proc. 19647.003842/2003-05** e da contribuição para o **PIS - Proc. 19647.003841/2003-52 (este processo)**.

7. Na apuração do **IRPJ/CSLL/COFINS/PIS**, dos anos calendários de **2001 a 2002, não foram considerados os recolhimentos efetuados pela sistemática do SIMPLES**, por **ausência de previsão legal**, restando à contribuinte a opção de formalizar o pedido de restituição/compensação à DRF jurisdicionante.

8. O fiscal autuante efetuou **Representação Fiscal para Fins Penais** no Proc. 19647.003837/2003-94.

I - Do lançamento.

No **presente processo** consta o lançamento da infração relatada no item **6 - falta de recolhimento do PIS faturamento. Diferenças aportadas entre o valor escriturado e declarado/pago**. Relativa aos anos calendários de 2001 e 2002, consoante demonstrativo a seguir:

P.A	Receita relativa à Matriz 0001/94 (R\$)	Receita relativa à filial 0002/75 (R\$) (fls.	Total da Receita (RS)	Total da receita lançada (RS)
01/2001	249.257,67	0,00	249.257,67	249.257,67
02/2001	159.347,13	0,00	159.347,13	159.347,13
03/2001	164.068,84	0,00	164.068,84	164.068,84
04/2001	250.653,11	0,00	250.653,11	250.653,11
05/2001	108.362,13	4.647,17	113.009,30	113.009,23
06/2001	151.371,85	29.367,26	180.739,11	180.738,46
07/2001	223.797,86	23.119,46	246.917,32	246.916,92
08/2001	211.261,92	25.889,15	237.151,07	237.150,77
09/2001	156.896,47	13.365,97	170.262,44	170.263,08
10/2001	194.519,89	22.401,07	216.920,96	216.921,54
11/2001	207.767,18	14.601,28	222.368,46	222.367,69
12/2001	238.675,94	15.314,15	253.990,09	253.990,77
TOTAL	2.315.979,99	148.705,51	2.464.685,50	2.464.685,21
01/2002	201.367,40	29.961,76	231.329,16	231.329,23
02/2002	287.120,19	14.354,26	301.474,45	301.473,85
03/2002	154.330,39	30.111,30	184.441,69	184.441,54
04/2003	301.409,50	35.227,50	336.637,00	336.636,92
05/2003	243.272,93	24.773,13	268.046,06	268.046,15
06/2003	211.556,07	27.751,17	239.307,24	239.307,69
07/2003	169.134,07	34.957,52	204.091,59	204.092,31
08/2003	210.922,01	35.314,64	246.236,65	246.236,92
09/2003	256.491,50	25.598,87	282.090,37	282.090,77
10/2003	157.959,36	29.318,23	187.277,59	187.276,92
11/2003	254.293,89	17.969,32	272.263,21	272.263,08
12/2003	174.629,45	27.057,57	201.687,02	201.687,69
TOTAL	2.622.486,76	332.395,27	2.954.882,03	2.954.883,07

As diferenças detectadas são devidas a arredondamentos, em nada influenciando no montante da contribuição lançada.

Da Impugnação.

Devidamente intimada, a recorrente apresentou, tempestivamente (05/12/2003), as suas razões de defesa, às fls. 262/269, na qual questiona integralmente o auto de infração, alegando em síntese o seguinte:

Da Preliminar de nulidade.

A contribuinte se insurge contra os **efeitos da exclusão**, alegando que não poderiam retroagir e que só deveriam surtir efeito a partir do **mês seguinte**

à publicação do ato declaratório, de acordo com o disposto no **art. 3º da Lei nº 9.732/98** que alterou o **art. 15 da Lei nº 9.317/96**.

Alega ainda a contribuinte que, apesar do dispositivo acima citado ter sido alterado pela MP nº 2.158-35, de 28/08/2001, não se aplicaria ao presente caso pelo fato de que o motivo gerador da exclusão do simples sendo em 2000 estaria em vigor o art. 3º da Lei nº 9.732/98. Assevera a impugnante que a **aplicação retroativa** da lei tributária **só poderia ocorrer para beneficiar o contribuinte**, nos mesmos princípios prevalentes do Direito Penal.

Diante das razões apontadas a impugnante requereu a nulidade da denúncia fiscal por ter sido fundamentada pela **MP nº 2.158-35 de 24/05/2001 por não estar em vigor à época do fato gerador**.

A impugnante também alega que o **Ato Declaratório nº 94** padece de **nulidade** face à contribuinte ter tomado ciência a partir do **Diário Oficial**, o que teria ensejado cerceamento do direito de defesa. O Decreto nº 70.235/72 prevê a forma de comunicação dos atos processuais por **intimação** (artigo 23 §§ 1º e 2º).

A autoridade deveria garantir o amplo direito de defesa e ao contraditório, **antes de excluir** o contribuinte do SIMPLES sob pena de **nulidade do ato** de exclusão.

Sobre o assunto aponta a **jurisprudência do STF e STJ** às fls. 264 e 265, argumentando ser indevida a exclusão por não ter sido comunicada pessoalmente, atropelando "o princípio da motivação do ato administrativo conforme o art. 93, inc. X da CF/88, da legalidade e dos objetivos traçados pela lei que rege o Processo Administrativo Tributário, que assegura ao interessado o direito de ter ciência da tramitação dos atos do processo de forma pessoal, artigos 3º, 26 §§ 3º e 4º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e a garantia de que no prazo de 15 (quinze) dias se manifeste a respeito do ato da possível exclusão" (sic).

Em face de a imposição de devedora à contribuinte acarretar sérios prejuízos a sua pessoa requer o direito à manutenção no SIMPLES.

Discorre acerca do princípio da ampla defesa citando, às fls. 265, Alexandre Moraes in Direito Constitucional. São Paulo, Atlas, 8ª Edição, p.l 17.

Do Mérito.

A contribuinte alega que a fiscalização ao efetuar o lançamento **não considerou os pagamentos efetuados pela sistemática do SIMPLES**, relativamente aos anos calendários de 2001 e 2002, sem ter procedido qualquer compensação.

Sobre o assunto cita jurisprudência do Conselho de Contribuinte através do Acórdão nº 105-13.153/00- D.O. 29/05/00, às fls. 266.

Diante do acima exposto a impugnante requer a improcedência da denúncia fiscal e lide.

Também se insurge contra a **multa lançada de 75%** alegando ter o efeito de confisco, apresentando um arrazoadado às fls. 266 a 267, onde cita o entendimento dos Tributaristas José Carlos Graça Wagner e Sacha Calmon Navarro Coelho.

Também discorre, às fls. 267/269 acerca da **inaplicabilidade dos juros SELIC**, alegando ser uma afronta, entre outros, ao limite determinado pelo artigo 192, §3º da Constituição Federal.

Sobre o assunto traz o entendimento do STJ proferido na Ação Civil Pública n.º 97.0800352-2, às fls. 268 a 269.

Do Pedido.

Diante das razões apontadas a contribuinte requer seja declarada **nula a denúncia fiscal** em face de ter sido **excluída** da sistemática do SIMPLES **antes da publicação** do ato declaratório e sem o devido comunicado pessoal.

Requer, caso não acatado a preliminar de nulidade, seja julgada improcedente a denúncia fiscal **visto que não foram abatidos os valores pagos pela contribuinte pela sistemática do SIMPLES**.

A contribuinte também requer que em caso de dúvida seja a norma interpretada favoravelmente à impugnante por força do disposto no artigo 112 do CTN.

Finaliza a impugnante protestando por todos os meios de prova permitidas em direito, bem como por juntada de provas em momento posterior, perícias e diligências.

A **DRJ ratificou o auto de infração**, conforme acórdão recorrido de fls. 109/123.

A recorrente foi regularmente intimada da decisão da DRJ, em 14/10/2004 (fl. 385) e interpôs Recurso Voluntário, em 11/11/2004 (fl. 387/394), reapresentando as razões de impugnação, em que destaca que a fiscalização teria apurado indevidamente o IRPJ com base no lucro arbitrado, calculado sobre receitas registradas no Livro Registro de Apuração do ICMS; que não foram abatidos os valores pagos no regime SIMPLES; que seria nulo o ADE nº 94, pelo fato de que não teria havido intimação pessoal, mas somente publicação em Diário Oficial; que isso configuraria cerceamento de defesa; confisco da multa de 75%; e inaplicabilidade da SELIC.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rogério Aparecido Gil - Relator

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade. Conheço do recurso.

O auto de infração refere-se a falta de pagamento do PIS, anos calendários de 2001 a 2002, valores apurados a partir da comparação dos valores declarados pela recorrente no regime do SIMPLES (do qual havia sido excluída a partir de 01/01/2001) e o valor efetivo das receitas declarados no Livro de Apuração do ICMS; demonstrativos de Receitas Brutas Mensais (fls. 221/222); Demonstrativo de apuração do PIS, fls. 215/217, Demonstrativo dos acréscimos legais, fls. 218/219.

O acórdão recorrido iniciou registrando a seguinte situação dos autos:

A contribuinte foi cientificada (Relatório de Fiscalização, às fls. 05/12) que no ano calendário **2000** a fiscalização apurou **receita bruta superior ao limite** estabelecido pela legislação para permanência no **SIMPLES**.

Emitiu-se o Ato Declaratório Executivo DRF/REC nº 94, publicado em 17/10/2003, fls. 211/212, procedendo a **exclusão da contribuinte** da sistemática Simples com efeitos a partir de **01/01/2001**.

O processo referente à Exclusão DO SIMPLES (Proc. 19647.002712/2003-47) já havia sido julgado (Acórdão nº 8.589 de 28/06/2004) mantendo-se a exclusão.

Com essas considerações a DRJ analisou as alegações da recorrente e registrou suas conclusões, as quais analisamos conforme a seguir:

Preliminares de nulidade

Como visto, as alegações quanto à nulidade do ADE n. 94, de 1610/2003, foram apreciadas e afastadas em outro processo (Proc. 19647.002712/2003-47). Não obstante, a recorrente reapresentou (tanto na impugnação, quanto no recurso voluntário) as razões pelas quais sustenta que seria nulo o ato administrativo que decretou sua exclusão (ADE nº 94, de 16/10/2003, publicado no DOU de 17/10/2003, fls. 18): intimação somente pela imprensa oficial; e vigência retroativa, a partir de 01/01/2001.

Nesse sentido, diante do julgamento dessa questão, no referido processo, trata-se de matéria estranha a este processo e, portanto, não há fundamento para ser tratada nestes autos.

Pelo exposto, voto por NÃO CONHECER da preliminar de nulidade por cerceamento de defesa.

Do mérito.

No mérito, a recorrente sustenta que a **autoridade fiscal estaria obrigada a considerar os valores pagos no SIMPLES** na apuração dos valores devidos, com base nas regras do lucro arbitrado e lucro real trimestral.

O acórdão recorrido concluiu que “**a contribuinte pode solicitar restituição dos valores pagos a maior, e compensar com débitos existentes**, contudo deve atender a legislação para tal procedimento, e nesta legislação **não há previsão para a compensação pela autoridade fiscal** e nem julgadora, sempre deve ser dirigido o requerimento de compensação à delegacia jurisdicionante da contribuinte, seja em processo, ou como atualmente através da Declaração de Compensação.

Verifica-se que essa questão já está consolidada na Súmula CARF nº 76, a seguir transcrita, assegurando-se à recorrente a sua pretensão a respeito:

Súmula CARF nº 76

Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada. (Vinculante, conforme [Portaria MF nº 277](#), de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Nesse sentido, **voto por dar provimento ao recurso voluntário**, neste ponto.

Prosseguindo-se na apreciação das matérias recorridas, verifica-se que a recorrente **não trouxe para o recurso voluntário** suas alegações quanto aos alegados **efeitos confiscatórios** mencionados na impugnação sobre a **multa de ofício de 75%**.

No entanto, a recorrente reapresenta as alegações relativas ao entendimento de que seria ilegal a cobrança dos juros de mora com base na Taxa SELIC.

Sobre a aplicabilidade da taxa SELIC, como juros de mora, não cabe maiores discussões, pois a matéria foi sedimentada na Súmula Carf nº 4 estabelecendo que, “a partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais”. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Pelo exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO, nesse ponto.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por REJEITAR a preliminar de nulidade, por não haver cerceamento de defesa e, no mérito, em DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Rogério Aparecido Gil

