



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº : 19647.004126/2003-37
Recurso nº : 132.659
Acórdão nº : 303-33.772
Sessão de : 09 de novembro de 2006
Recorrente : DPC COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
Recorrida : DRJ/RECIFE/PE

INTIMAÇÃO VICIADA. NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. A intimação produzida para ciência da representação fiscal para exclusão do SIMPLES pretendeu noticiar ao mesmo tempo a expedição e publicação do ADE no DOU. Esta intimação foi feita em meio ao mesmo procedimento de fiscalização que resultou na lavratura de cinco autos de infração. O procedimento se iniciou oficialmente em 10/09/2003, por iniciativa dos mesmos auditores fiscais, e somente se concluiu, em 12/11/2003, com a ciência ao interessado dos autos de infração lavrados. Resta claro que tal maneira de proceder, para o efeito de cumprir a garantia especificada nos princípios da ampla defesa e do contraditório, não poderia substituir a contento uma específica intimação da empresa passível de exclusão, quanto à ciência do texto do ADE 102/2003 exarado pela DRF/Recife. O respeito devido à ampla defesa, ao contraditório e ao duplo grau de jurisdição, impõe que o mérito sobre a exclusão do SIMPLES deve ser enfrentado em primeira instância de julgamento.


LANÇAMENTO DE COFINS DECORRENTE DE EXCLUSÃO DO SIMPLES. Somente se vier a ser confirmada a exclusão da empresa do SIMPLES em decisão administrativa definitiva, a matéria reflexa relativa à COFINS, no período de 2000 a 2002, haverá de ser apresentada oportunamente ao Primeiro Conselho de Contribuintes por ser de sua competência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, declarar a nulidade da decisão recorrida por cerceamento do direito de defesa, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Processo nº : 19647.004126/2003-37
Acórdão nº : 303-33.772


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


ZENALDO LOIBMAN
Relator

Formalizado em:

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Nanci Gama, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Marciel Eder Costa, Nilton Luiz Bartoli, Tarásio Campelo Borges e Sergio de Castro Neves.

Processo nº : 19647.004126/2003-37
Acórdão nº : 303-33.772

RELATÓRIO

A empresa identificada em epígrafe apresentou Declaração Anual Simplificada - PJ SIMPLES referentes aos anos-calendário de 1999 a 2002, entretanto não se enquadrou no limite de faturamento determinado pela Lei 9.317/96, posto que se apurou que em 1999 obteve receita bruta de R\$ 1.576.294,96, superando o teto de R\$ 1.200.000,00.

Ao constatar o fato a fiscalização da SRF fez representação fiscal para que se fizesse a exclusão da empresa do SIMPLES a partir de janeiro de 2000, inaugurando o processo administrativo nº 19467.002.700/2003-12.

Não consta destes autos nenhuma cópia do texto do ADE/DRF/Recife nº 102/2003, nem tampouco cópia do AR pelo qual o interessado deveria ter sido intimado da referida exclusão. Consta apenas o Termo de Intimação Fiscal de fls.38, incluído neste processo e nos outros processos relativos aos autos de infração que decorreram da mesma investigação fiscal, informando ao contribuinte que houve a referida representação fiscal ao Delegado da DRF/Recife, propondo a exclusão da empresa do SIMPLES por excesso de faturamento no exercício 1999, mencionando que houve expedição do referido ato de exclusão ADE nº 102/2003, publicado no DOU, edição 202, de 17.10.2003. Consta também cópia de folhas do DOU..

A mesma investigação fiscal constatou também que o contribuinte em causa havia informado na Declaração Simplificada referente ao ano-calendário de 1999 valores de receita bruta inferiores aos constantes do Livro de Apuração do ICMS, apurando assim diferenças de base de cálculo que configuraram insuficiência de recolhimento de tributos na sistemática do SIMPLES, nos meses de janeiro a dezembro de 1999. Desta infração resultaram as autuações dos impostos e contribuições abrangidos pelo SIMPLES em 1999, cujo lançamento foi formalizado nos autos do processo nº 19467.004.128/2003-26.

Com base no art.16 da Lei 9.317/96 que dispõe que a PJ excluída do SIMPLES sujeitar-se-á a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão às normas tributárias aplicáveis às demais pessoas jurídicas e, por decorrência do fato da exclusão, considerando-se que no período de 2000 a 2002 a empresa não efetuou os recolhimentos de tributos pelo lucro estimado nem pelo lucro presumido, ficou a contribuinte sujeita à tributação pelo lucro real trimestral.

A fiscalização intimou a interessada a apresentar a sua escrita contábil para que pudesse apurar o lucro real referente ao período acima destacado. A resposta foi de que não havia escrita contábil, e por isso foi apurado o tributo devido pelo Lucro Arbitrado com base no art.530, I, do RIR/99. Como base legal para o



Processo nº : 19647.004126/2003-37
Acórdão nº : 303-33.772

arbitramento foram utilizadas as receitas brutas registradas no Livro de Apuração do ICMS apresentados pelo contribuinte.

Os autos de infração lavrados para exigência do IRPJ e da CSLL constam do Processo nº 19467.004.129/2003-71.

Por decorrência dos efeitos do ato determinante da exclusão da empresa do SIMPLES a partir de 01.01.2000, a contribuinte ficou sujeita também aos recolhimentos da COFINS e da Contribuição para o PIS com base na legislação aplicável às demais pessoas jurídicas não optantes do SIMPLES.

O lançamento relativo ao PIS é objeto do Processo nº 19467.004.127/2003-81.

O auto de infração constante às fls.04/08 deste processo nº 19467.004.126/2003-37 foi lavrado para exigir os créditos tributários relativos à COFINS referentes aos anos de 2000 a 2002.

Para se defender do ato de exclusão do SIMPLES e de todos os lançamentos efetuados, inclusive o que se refere à COFINS correspondente ao período de 01/2000 a 12/2002, decorrente da exclusão da empresa do SIMPLES, exigida neste processo, foi apresentada a impugnação de fls.185/202.

A DRJ/Recife, por sua 4ª Turma, por unanimidade, decidiu ser procedente o lançamento quanto à COFINS, conforme argumentações arroladas às fls. 345/356.

O voto condutor do Acórdão da DRJ/Recife informa que de acordo com consulta ao processo nº 19467.002.700/2003-12, referente à EXCLUSÃO DO SIMPLES, o mesmo se encontra no Arquivo Geral da GRA/MF/PE, e que o ato de exclusão do SIMPLES não foi objeto de tempestiva impugnação naquele processo, e assim de acordo com o art.4º do ADE a exclusão se tornou definitiva.

Foi apresentado tempestivo recurso voluntário dirigido ao Primeiro Conselho de Contribuintes, conforme está às fls.360/375.

É o relatório.



Processo nº : 19647.004126/2003-37
Acórdão nº : 303-33.772

VOTO

Conselheiro Zenaldo Loibman, relator.

A exclusão do SIMPLES, bem como supostas diferenças de SIMPLES na vigência do enquadramento da empresa contribuinte no regime simplificado são certamente matérias da competência do Terceiro Conselho de Contribuintes. Por outro lado, a tributação de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS que resultem da exclusão definitiva da empresa suscitando a aplicação da legislação aplicável às demais empresas não optantes do SIMPLES evidentemente foge à competência do Terceiro Conselho nos termos dispostos no Regimento Interno competente.

Um mesmo procedimento da fiscalização da DRF/Recife deu nascimento a pelo menos cinco processos: (1º) de nº 19467.002.700/2003-12 (representação fiscal e exclusão do SIMPLES), (2º) o presente processo de nº 19467.004.126/2003-37 (COFINS de 2000/2002), (3º) de nº 19467.004.127/2003-81 (PIS 2000/2002), (4º) de nº 19467.004.128/2003-26 (diferenças de recolhimento na sistemática do SIMPLES em 1999), e o (5º) de nº 19467.004.129/2003-71 (IRPJ e CSLL 2000/2002). Contudo, tendo chegado ao meu conhecimento o procedimento fiscal desenvolvido, por terem sido distribuídos a este relator três dos cinco processos acima referidos, relacionados com a exclusão do SIMPLES e também com a tributação posterior, evidenciou-se a meu ver situação de nulidade da intimação da exclusão do SIMPLES ao interessado, por cerceamento ao seu direito de defesa.

Esclareço em tempo que os dois processos não distribuídos a este relator são o de nº 19467.002.700/2003-12 e o de nº 19467.004.129/2003-71. Quanto ao primeiro, segundo notícia o termo de fls.38, e depois também a DRJ no voto condutor do seu acórdão, abrigou a representação fiscal motivadora do ADE de exclusão e segundo se supõe o próprio ADE de exclusão. E o segundo processo se refere à exigência de IRPJ e de CSLL no período de 2000 a 2002, provavelmente distribuído a outro relator. Entretanto, parece-me importante registrar que nem nestes autos, nem nos referentes aos outros dois processos conexos distribuídos a este relator, não houve juntada do ADE de exclusão nem tampouco comprovação de intimação específica ao contribuinte quanto ao texto do ADE DRF/Recife nº 102/2003, de 16.10.2003, cujo texto, por determinação legal indica expressamente, ou deveria indicar, o prazo de trinta dias contados da ciência deste ato específico para que a empresa apresente contestação quanto à exclusão do SIMPLES sob pena de que se torne definitiva.

Ocorreu, porém, conforme se vê às fls.185/202, que o contribuinte com a mesma peça de defesa pretendeu contestar a um só tempo o ato de exclusão do SIMPLES e também todos os autos de infração lavrados ao final do procedimento de fiscalização, abrangendo a exigência de diferenças do SIMPLES em 1999, bem como



Processo nº : 19647.004126/2003-37
Acórdão nº : 303-33.772

a tributação de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS relativas ao período de 2000 a 2002, já considerando como definitiva a exclusão da empresa do SIMPLES.

Parece-me claro que a forma como se desenvolveu o procedimento de fiscalização não foi capaz de garantir ao contribuinte a informação clara de que de que diferentemente do que ocorreria com o prazo para impugnar os autos de infração que poderiam eventualmente ser lavrados ao final da investigação fiscal em curso, a iniciativa de contestar a exclusão do SIMPLES deveria obedecer a prazo distinto e anterior, posto que se iniciaria com a ciência do ADE de exclusão.

A intimação produzida para ciência da representação fiscal para exclusão do SIMPLES pretendeu noticiar ao mesmo tempo a expedição e publicação do ADE no DOU, por via do documento de fls.38. Esta intimação foi feita em meio ao procedimento de fiscalização que resultou na lavratura dos autos de infração já referidos. Ora, o procedimento de fiscalização se iniciou oficialmente em 10.09.2003, por iniciativa dos mesmos auditores fiscais, e somente se concluiu, em 12.11.2003, com a ciência ao interessado dos autos de infração lavrados. Resta claro que tal maneira de proceder, para o efeito de cumprir a garantia especificada nos princípios da ampla defesa e do contraditório, não poderia substituir a contento uma específica intimação da empresa passível de exclusão, quanto à ciência do texto do ADE 102/2003 exarado pela DRF/Recife.

Foi considerado pela digna autoridade julgadora de primeira instância, como se a ciência da exclusão determinada no ADE da DRF/Recife, comunicada pelo documento de fls.38, cientificado ao contribuinte em 21.10.2003, em meio ao procedimento de investigação fiscal mais amplo, concluído somente em 12.11.2003 pelos mesmos auditores que se encarregaram de lavrar os vários autos de infração já referidos, pudesse substituir uma específica intimação do ADE de exclusão ao contribuinte passível de exclusão do SIMPLES, cujo texto, por exigência legal informa, ou deve informar, ao interessado que dispõe de trinta (30) dias a contar da ciência específica desse texto do ADE de exclusão, para contestar o ato administrativo, sob pena de a exclusão se tornar definitiva.

Não resta dúvida de que o contribuinte foi induzido a esperar a conclusão da fiscalização, para a partir das autuações produzidas poder exercer seu direito de defesa. Bem se vê que a impugnação de fls. 185/202, protocolada em 10.12.2003, foi considerada pela DRJ tempestiva em relação aos autos de infração cientificados todos em 12.11.2003, mas intempestiva com relação à exclusão do SIMPLES, com o que haveria preclusão desta matéria. Foi assim que considerou a DRJ. Há, conforme se vê, evidência de nulidade no procedimento de exclusão do SIMPLES, evidenciada pela ausência de uma intimação específica do texto do ADE de exclusão que informasse com clareza o prazo para contestação distinto daquele que seria conferido à empresa com relação aos autos de infração que poderiam resultar, e efetivamente resultaram, do procedimento efetivado pela mesma equipe de auditores-fiscais.



Processo nº : 19647.004126/2003-37
Acórdão nº : 303-33.772

As menções feitas no voto condutor do acórdão da DRJ de que a ciência do contribuinte quanto à exclusão do SIMPLES foi veiculada pela intimação fiscal de fls.38, de que o processo 19467.002.700/2003-12 se encontra no Arquivo Geral da GRA/MF/PE e que nele não consta ter havido impugnação quanto à exclusão do SIMPLES, somente reforçam e comprovam que o contribuinte foi induzido a erro, pelo procedimento da SRF, quanto ao prazo para apresentar sua inconformidade específica sobre a exclusão do SIMPLES, posto que restou claro que seus argumentos foram incorporados à impugnação apresentada de forma única, em 10.12.2003, neste e nos demais processos conexos já indicados acima, cujo prazo legal para impugnação se estendeu até 11.12.2003.

No entanto, a DRJ, a meu ver equivocadamente, simplesmente considerou preclusa a matéria da exclusão do SIMPLES, e definitiva a exclusão.

O procedimento descrito configura cerceamento ao direito de defesa, com infração ao contraditório e à ampla defesa no que se refere ao ato de exclusão da empresa do SIMPLES. Deve haver saneamento do feito, considerando-se tempestiva a manifestação de inconformidade contra a exclusão do SIMPLES que, por indução do procedimento da fiscalização, foi veiculada e incluída no mesmo texto de impugnação acostada aos três processos mencionados, de nº 19467.004.126/2003-37(este), de nº 19467.004.127/2003-81, e o de nº 19467.004.128/2003-26, e provavelmente a um quarto processo de nº 19467.004.129/2003-71, noticiado nestes autos, mas não distribuído a este mesmo relator.

Com o respeito devido à ampla defesa, ao contraditório e ao duplo grau de jurisdição, deve o mérito sobre a exclusão do SIMPLES ser enfrentado em primeira instância. Os lançamentos relativos a IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, relativos aos exercícios de 2000 a 2002, são reflexos da exclusão do SIMPLES e por isso dependem de sua confirmação.

Não é demais lembrar que a determinação de exclusão veiculada no ADE 102/2003 se fez sob condição resolutiva, como garantia constitucional à ampla defesa e ao contraditório. Vale dizer, que se aprovada a decretação de nulidade do procedimento de exclusão do SIMPLES por cerceamento de defesa, proposta neste voto, para que seja dada como tempestiva a manifestação de inconformidade contra a exclusão, que por indução do procedimento fiscal foi incluída na tempestiva impugnação-padrão que o contribuinte apresentou em relação ao conjunto das autuações, então devem permanecer suspensos os efeitos da exclusão até que haja a decisão administrativa final.

Lembra-se que o processo administrativo nº 19467.004.128/2003-26 (diferenças de recolhimento na sistemática do SIMPLES em 1999) apreciado nesta mesma sessão de julgamento, e convertido em diligência à repartição de origem, se tornou matéria prejudicial de mérito em relação aos demais processos referentes aos autos de infração lavrados para o período de 2000 a 2002 já destacados, incluindo este processo. É que embora aquele se refira exclusivamente à exigência de diferenças de



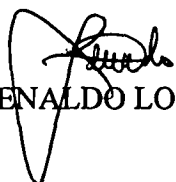
Processo nº : 19647.004126/2003-37
Acórdão nº : 303-33.772

recolhimentos de tributos na sistemática do SIMPLES no período de janeiro a dezembro de 1999, período anterior ao ato de exclusão do SIMPLES, na eventualidade desta vir, ou não, a se confirmar em decisão final administrativa, também poderá influenciar na aplicação, ou não, dos efeitos dessa exclusão, pois foi a partir da majoração das bases de cálculo em 1999 que resultou a superação do limite legal de receita bruta.

Registro, por fim, que se vier a ser confirmada a exclusão da empresa do SIMPLES em decisão administrativa definitiva, a matéria sobre a tributação da COFINS, para o período de 2000 a 2002, haverá de ser apresentada oportunamente ao Primeiro Conselho de Contribuintes, por ser de sua competência.

Pelo exposto voto pela nulidade da decisão recorrida, para que se devolva a matéria contra a exclusão do SIMPLES, contida na manifestação de inconformidade de fls.185/202, a ser apreciada em primeira instância para cumprimento do duplo grau de jurisdição a que faz jus o contribuinte.

Sala das sessões, em 09 de novembro de 2006.


ZENALDO LOIBMAN – Relator.