



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

Processo nº 10218.000145/2007-01
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 1401-001.017 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de agosto de 2013
Matéria IRPJ /Reflexos
Recorrente Distribuidora Santa Matilde Ltda
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2003

FORMA DE TRIBUTAÇÃO. OPÇÃO. DEFINITIVIDADE.

A forma como a pessoa jurídica será tributada no ano calendário é, via de regra, opção do contribuinte. A opção efetuada pelo contribuinte será definitiva para o todo período. Ano-calendário: 2003

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em NEGAR provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Jorge Celso Freire da Silva – Presidente

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto – Relator

Processo nº 10218.000145/2007-01
Acórdão n.º **1401-001.017**

S1-C4T1
Fl. 68

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Bezerra Neto, Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Sérgio Luiz Bezerra Presta, Karem Jureidini Dias e Jorge Celso Freire da Silva.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra Acórdão da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém-PA.

Adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância, compondo em parte este relatório:

Versa o presente processo sobre autos de infração (fls.72/110) referentes a IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e INSS, todos apurados segundo as regras do Sistema Integrado de pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno porte - SIMPLES, importando no valor de R\$ 904.461,97, aí inclusos os tributos, multa de ofício (75%) e juros de mora calculados até fevereiro/2007.

Segundo a autoridade fiscal, foi constatada a diferença de base de cálculo pois os valores declarados na declaração da pessoa jurídica pelo sistema de tributação SIMPLES divergem dos valores escriturados no livro Caixa.

A ação fiscal em tela foi autorizada pelo Mandado de Procedimento Fiscal nº 02103002006-00141-2 (fl.1).

Segundo o Termo de Verificação de Ação Fiscal (fls.63/71), a empresa fiscalizada foi inicialmente intimada a apresentar cópia da declaração apresentada à SRF, livros Diário e Razão ou livro Caixa, livro registro de entradas e de saídas, livro registro de inventário, extratos bancários referentes ao ano de 2003 e os atos constitutivos e eventuais alterações; contratuais.

Após diversos pedidos de prorrogação (fls.33/34, 49, 52), o contribuinte, em atendimento à intimação de 05/03/2007 (fls.50/51), apresentou os livros Caixa e Razão, os quais foram devolvidos conforme termo de devolução de livros e documentos (fl.60). Note-se que no documento de fls.33/34, o contribuinte informa que não é tributada pelo SIMPLES FEDERAL e que a declaração DIPJ SIMPLIFICADA foi entregue por equívoco, o que será objeto de petição própria. Prosseguindo, diz que está submetida ao LUCRO REAL.

Tendo tomado ciência do lançamento em 19/04/2004 (fl.1 12), via postal, o contribuinte apresentou impugnação em 14/05/2007 (fls.114/125) através de procurador (11126), alegando n síntese que:

1. No decorrer da fiscalização, a requerente informou que a apuração do imposto pelo SIMPLES foi feita de forma errônea porque a mesma não se enquadrava naquele regime de tributação embora constasse nos cadastros da Receita Federal esta forma de opção;

2. Era dever de ofício do auditor verificar os dados que possui, considerando que a própria Receita já possui dados suficientes para saber se o contribuinte poderia ou não optar pelo SIMPLES, tais como movimentação financeira, CPMF, além das informações fornecidas pelos bancos em relação ao ano fiscalizado e ao ano anterior. Tudo isto para aplicar a devida forma de tributação, considerando que a empresa possui escrituração e que foi entregue à auditoria;

3. A irregularidade de cobrança do SIMPLES em relação ao ano-base de 2003 salta aos olhos porque contrária ao art.9º, II, Lei nº 9.317/96, o que impõe seja julgado improcedente a autuação fiscal por óbice legal;

4. O requerente, em relação ao ano-base de 2002 obteve faturamento superior ao limite fixado no art.9º, II da Lei nº 9.317/96 que é de R\$ 1.200.000,00. Assim, mesmo que o contribuinte quisesse continuar ser optante do SIMPLES no ano de 2003 estava impedido em razão do dispositivo legal ora mencionado. Da mesma forma, a ação fiscal não poderia ter autuado o requerente com base na lei do SIMPLES porque contrário à norma legal supracitada.;

5. A informação de que o faturamento do ano anterior foi superior ao limite de R\$ 1.200.000,00 já era do conhecimento da Receita Federal, devendo de ofício o auditor verificar esta situação em respeito ao disposto no art.37 da Lei nº 9.784/99; (cita o referido artigo)

6. É por imposição legal que a autoridade administrativa é vinculada, não podendo o agente administrativo optar pelo que fazer, mas cumprir a norma que lhe é imposta sob pena de nulidade do ato administrativo. Com amparo também no art.13, II da Lei nº 9.317/96, nota-se que a exclusão era obrigatória e de acordo com o art.14, I, Lei nº 9.317/96 mesmo que o contribuinte não informasse a situação de exclusão, a mesma incorreria de ofício;

7. Portanto, improcedente a autuação fiscal devendo ser anulada *in totum*, porque a mesma contraria o disposto no art.9º, II e art.13, II da Lei nº 9.317/96;

8. A Administração Pública deve atuar de forma segura, respeitando os direitos dos contribuintes e as normas que regem a atuação do agente público devendo observar a "adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados" (art.2º, IX da Lei nº 9.784/99);

9. Com amparo, também, no art.29 da Lei nº 9.784/99, era dever de ofício averiguar as informações existentes (aquela feita pelo contribuinte e aquelas constantes de registros da própria Receita Federal) para comprovar a tomada de decisões; (cita o referido artigo))

10. A taxa de juros calculada com base na taxa SELIC é inconstitucional;

11. A lei que estendeu a aplicação da SELIC nas questões tributárias não foi coerente com o CTN e nem com a Constituição Federal, art.146, III, porque está regulando juros que incidem sobre tributos através de lei ordinária ou outra espécie;

12. O artigo 161, §1º do CTN, que é lei complementar, estabelece que a taxa de juros é 1% ao mês. Essa fixação é taxativa;

13. Em inteligente decisão, através do Recurso especial nº 215881/PR, de 13.06.200, o STJ declarou a inconstitucionalidade formal e material da aplicação da taxa SELIC em matéria tributária; (cita parte da referida decisão)

14. A multa, seja por atraso no pagamento do tributo ou no descumprimento de norma tributária, sempre é punitiva e nunca compensatória ou indenizatória;

15. A multa de 75%, incidente sobre o valor principal, tem efeito confiscatório;

16. O STF já emitiu várias decisões determinando a redução de multa punitiva a percentuais suportáveis; (cita duas ementas)

17. A aplicação da multa de 75% tolhe a capacidade contributiva da requerente;

18. Requer seja julgada improcedente a cobrança do SIMPLES, seja aplicado o percentual de 1% ao mês como juros e que a multa de 75% seja excluída ou reduzida para 20%.

Constam ainda dos autos os seguintes documentos que merecem destaque: cópia da declaração simplificada exercício 2004 (fls.7/24), tela do CNPJ (fl.29), termo de início de ação fiscal e ciência do contribuinte (fls.30/32), termos de intimação fiscal - terceiros (fls.38/39, 41/42, 44/45 e 47/48), cópia do contrato social e alterações (fls.53/59), planilha de receitas de vendas ano-calendário 2003 (fl.61) e telas de fls.185/190). Consta ainda o ANEXO I, com numeração de fls. 1/178, contendo cópias dos livros Caixa e Razão do ano-calendário 2003.

A DRJ manteve os lançamentos, nos termos das ementas abaixo:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2003

FORMA DE TRIBUTAÇÃO. OPÇÃO. DEFINITIVIDADE.

A forma como a pessoa jurídica será tributada no ano calendário é, via de regra, opção do contribuinte. A opção efetuada pelo contribuinte será definitiva para o todo período.

DIFERENÇA DE BASE DE CÁLCULO.

Cabível a tributação de valores escriturados pelo contribuinte, porém não declarados ao Fisco.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE

PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. A autoridade administrativa não possui atribuição para apreciar a arguição de inconstitucionalidade ilegalidade de dispositivos legais. As leis regularmente editadas segundo o processo constitucional gozam de presunção de constitucionalidade e de legalidade decisão em contrário do Poder Judiciário.

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs recurso voluntário a este CARF (fls. 204/208), repisando os tópicos trazidos anteriormente na impugnação, mas dessa feita sem questionar a legalidade do juros selic e da multa de ofício.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade.

De acordo com TVF (fls.66), a contribuinte atingiu em 2003 uma receita bruta no montante de R\$ 4.187.789,52. Diante deste fato, a contribuinte foi excluída da sistemática do Simples a partir de 01 de janeiro de 2004, porém para o ano-calendário de 2003 foi autuada por omissão de receitas na sistemática adotada pelo contribuinte (Simples). Tal omissão teve origem em valores declarados a menor na declaração da pessoa jurídica pelo sistema de tributação SIMPLES em contraposição aos valores escriturados no livro Caixa.

A Recorrente não contesta sua exclusão do Simples, muito menos a ocorrência de omissão de receitas, matérias, portanto fora da lide. Pelo contrário, sua linha de defesa vai no sentido de que o auto de infração seria irregular, pois no ano-anterior à autuação (2002), a Recorrente já havia auferido receita superior ao limite permitido pelo Simples e que, portanto, o seu regime de apuração seria o do lucro real e não o do Simples. Portanto, o Fiscal errou, segundo sua ótica, em ter lavrado o auto de infração ainda na sistemática do Simples. O desenquadramento dessa sistemática deveria ter se dado de ofício, uma vez que o fiscal e a Receita Federal tinha pleno conhecimento dos fatos.

Como se demonstrará, razão nenhuma socorre a Recorrente.

O artigo 191 do RIR/99, dispõe sobre a opção pela forma de tributação do SIMPLES:

Art. 191. A opção pelo SIMPLES dar-se-á mediante a inscrição da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, quando o contribuinte prestará todas as informações necessárias, inclusive quanto (Lei nº 9.317, de 1996, art. 8º):

I - à especificação dos impostos, dos quais é contribuinte (IPI, ICMS ou ISS);

II - ao porte da pessoa jurídica (microempresa ou empresa de pequeno porte).

§ 1º As pessoas jurídicas já devidamente cadastradas no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica exercerão sua opção pelo SIMPLES mediante alteração cadastral (Lei nº 9.317, de 1996, art. 8º, § 1º).

§ 2º A opção exercida de conformidade com este artigo submeterá a pessoa jurídica à sistemática do SIMPLES a partir do primeiro dia do ano-calendário subsequente, **sendo definitiva para todo o período** (Lei nº 9.317, de 1996, art. 8º, § 2º).

§ 3º As pessoas jurídicas inscritas no SIMPLES deverão manter em seus estabelecimentos, em local visível ao público, placa indicativa que esclareça tratar-se de microempresa ou empresa de pequeno porte inscrita no SIMPLES (Lei nº 9.317, de 1996, art. 8º, § 5º). (grifei)

§ 3- As pessoas jurídicas inscritas no SIMPLES deverão manter em seus estabelecimentos, em local visível ao público, placa indicativa que esclareça tratar-se de microempresa ou empresa de pequeno porte inscrita no SIMPLES (Lei nº 9.317, de 1996, art. 82, § 52).

Como se vê, a opção pelo SIMPLES é definitiva para todo o período a que se refere. E foi o que aconteceu, a Recorrente optou pelo simples e vinha entregando todas suas declarações nessa sistemática.

Já o artigo 193 do RIR - 99 estabelece que a exclusão do SIMPLES será feita mediante comunicação pela pessoa jurídica ou de ofício (art. 12 da Lei nº 9.317/96).

O artigo 194 regulamenta os casos em que o contribuinte, por opção ou obrigatoriamente, deve sair do SIMPLES:

Formas de Exclusão

Art. 194. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á (Lei nº 9.317, de 1996, art. 13):

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 192;

b) ultrapassado, no ano-calendário de início de atividades, o limite de receita bruta correspondente a cem mil reais multiplicados pelo número de meses de funcionamento nesse período, observado o disposto no inciso III do art. 196.

§ 1º A exclusão na forma deste artigo será formalizada mediante alteração cadastral (Lei nº 9.317, de 1996, art. 13, § 1º).

§ 2º A microempresa que ultrapassar, no ano-calendário imediatamente anterior, o limite de receita bruta correspondente a cento e vinte mil reais, estará excluída do SIMPLES nessa condição, podendo, mediante alteração cadastral, inscrever-se na condição de empresa de pequeno porte (Lei nº 9.317, de 1996, art. 13, § 2º).

§ 3º No caso do inciso II e do parágrafo anterior, a comunicação deverá ser efetuada (Lei nº 9.317, de 1996, art. 13, § 3º):

I - até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente àquele em que se deu o excesso de receita bruta, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 192;

II - até o último dia útil do mês subsequente àquele em que houver ocorrido o fato que deu ensejo à exclusão, nas hipóteses dos demais incisos do art. 192, e da alínea "b" do inciso II deste artigo.

O artigo 195, por sua vez, estabelece os casos de exclusão de ofício:

Exclusão de Ofício

Art. 195. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses (Lei nº 9.317, de 1996, art. 14):

I - quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica, nas formas do inciso II e do § 2º do artigo anterior;

II - embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiver obrigada, bem assim pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN);

III - resistência à fiscalização, caracterizada pela negativa de acesso ao estabelecimento, ao domicílio fiscal ou a qualquer outro local onde se desenvolvam as atividades da pessoa jurídica ou se encontrem bens de sua posse ou propriedade;

IV - constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou o titular, no caso de firma individual;

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;

VI - comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

VII - crimes contra a ordem tributária, com decisão definitiva.

O que tem que ser esclarecido é que em primeiro lugar a legislação atribui ao contribuinte a iniciativa de sua exclusão em determinadas situações que elenca. Cabe ressaltar que estamos diante de uma norma imperativa.

Por sua vez, a legislação traz situações em que o autuante pode excluir o contribuinte, nesse caso são normas permissivas. Por óbvio, que a administração pública não pode ser penalizada caso alguma daquelas situações elencadas no dispositivo de fato aconteçam no mundo real e o fiscal não promove a exclusão de ofício. É que os autuantes não são seres onipresentes e nem oniscientes.

Dessa feita, mácula nenhuma traz ao lançamento a notícia de que em tal ou qual ano o contribuinte auferiu mais receita do que o limite permitido pelo SIMPLES, a uma porque a ilicitude nesse caso é do próprio contribuinte que deixou de fazê-lo espontaneamente; a duas porque ao usar tal expediente nada mais faz do que se valer da sua própria torpeza para se beneficiar, e é comezinho se saber que o DIREITO não permite tal locupletamento.

E por fim, embora ao meu ver, seja até despicienda essa análise, como observou a DRJ, nem a prova de que essa informação chegou ao conhecimento da Receita ou do Autuante foi feita. Eis o teor da decisão de piso a esse respeito:

(...)Ao fazer referência ao inciso II e §2º do artigo 194, o art. 195 define o seguinte procedimento: quando incorresse em qualquer das vedações previstas no art. 192 do RIR-99, o contribuinte deveria comunicar à Receita Federal do Brasil - RFB, à época chamada Secretaria da Receita Federal - SRF, obrigatoriamente, que estaria incurso em vedação para permanecer no SIMPLES. No caso do contribuinte ter ultrapassado o limite de receita bruta estabelecido para permanecer no SIMPLES, R\$ 1.200.000,00 (art.9º, II da Lei nº 9.317/96), o contribuinte comunicaria tal fato ao Fisco (art. 13, II da Lei nº 9.317/96) e estaria imediatamente excluído do SIMPLES no ano-calendário subsequente, podendo optar pela tributação do lucro real ou lucro presumido. Na ausência de informação do contribuinte, o Fisco, caso soubesse que o contribuinte ultrapassou o limite de R\$ 1.200.000,00, efetuaria a exclusão de ofício (art. 14, I da Lei nº 9.317/96).

Ocorre que jamais chegaram ao conhecimento do Fisco documentos comprovando que o contribuinte teria ultrapassado, em 2002, o limite de R\$ 1.200.000,00. A uma, porque não consta que o Fisco tenha solicitado dados de movimentação financeira aos bancos em que o contribuinte possuísse conta corrente. A duas, porque o contribuinte vinha apresentando declaração simplificada com os valores de receita bruta zerados pelo menos nos anos-calendário 2000, 2001 e 2002 (fls. 186/190).

Dessa maneira, as informações disponíveis pelo Fisco não levaram à indicação de que o contribuinte tivesse ultrapassado, em 2002, o limite de R\$ 1.200.000,00. Além disso, o contribuinte, em resposta (fls.33/34) ao termo de início de fiscalização (fls.30/31), bem como em sua impugnação, apenas alegou que não poderia ser tributado pelo SIMPLES em 2003 e que teria ultrapassado o limite de receita bruta de R\$ 1.200.000,00, sem ter apresentado documentos comprobatórios do fato.

Correta a afirmação do contribuinte de que quando o interessado alegar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias, porém, efetivamente a administração não possuía essa informação uma vez que o contribuinte sistematicamente apresentou declarações com valores de receita bruta zerados.

Portanto, na ausência de provas quanto à suposta objeção para ser tributado pelo SIMPLES em 2003, deve prevalecer essa forma de tributação.

Portanto, mantenho o lançamento.

Lançamentos Reflexos

Por estarem sustentados na mesma matéria fática, os mesmos fundamentos devem nortear a manutenção das exigências lançadas por via reflexa,

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto