



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

Processo n° 10410.006673/2009-41
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-001.883 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de junho de 2016
Matéria Simples
Recorrente R J LINS CIA. & LTDA. ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2006

SIMPLES FEDERAL. EXTRAPOLAÇÃO DO FATURAMENTO PERMITIDO. ALEGAÇÃO DE PREENCHIMENTO INDEVIDO DE DECLARAÇÃO PELO SIMPLES.

A opção pelo Simples, formalizada de modo irretroativo para vigência a partir do primeiro dia do ano calendário subsequente, é definitiva para todo o período (art. 8, § 2º, L. 9.317/96). Caberia à recorrente, excluir-se do Simples Federal e comunicar à SRF, na forma preconizada no art. 12 da L. 9.317/96, combinado com o art. 13, inc. I ou inc. II, alínea "a" e art. 9º, inc. II, da mesma Lei vigente à época dos fatos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, divergindo os Conselheiros Alberto Pinto Souza Junior e Talita Pimenta Félix, que davam provimento ao recurso. Fez declaração de voto o Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

ROGÉRIO APARECIDO GIL - Relator.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 20/06/2016 por ROGERIO APARECIDO GIL, Assinado digitalmente em 20/06/2016

6 por ROGERIO APARECIDO GIL, Assinado digitalmente em 23/06/2016 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR, Ass

inado digitalmente em 23/06/2016 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 20/06/2016 por RO

GERIO APARECIDO GIL

Impresso em 24/06/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa (Presidente), Alberto Pinto Souza Júnior, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Rogério Aparecido Gil, Talita Pimenta Félix.

Relatório

Versa o presente processo sobre exclusão do Simples Federal, devido à omissão de receitas no ano calendário 2006. Após os trabalhos de fiscalização, lavraram-se autos de infração e emitiu-se Termo de Encerramento do qual destacam-se as seguintes informações relevantes para a análise do caso:

Apuração da Receita de Vendas de Mercadorias

- 1) De acordo com informações obtidas junto à Secretaria de Estado da Fazenda do Estado de Alagoas - SEFAZ/AL (fls. 23 e 24) foi constatado que a empresa apresentou no ano-calendário 2006, objeto da ação fiscal, significativa movimentação de vendas, alcançando o montante no valor de R\$ 3.626.999,33.
- 2) No curso do Termo de Início do Procedimento Fiscal (fls. 25 e 26) a empresa foi intimada a apresentar os seguintes livros: Livro Caixa, Livro de Registro de Entradas, Livro de Registro de Saídas e Livro de Registro de Apuração do ICMS. Com exceção do Livro Caixa, os Livros foram apresentados (fls. 28 a 69).
- 3) Nos termos do Termo de Intimação Fiscal nº 001 (fls. 70 e 71) a empresa foi novamente intimada a apresentar o Livro Caixa. O Livro Caixa foi então apresentado (fls. 73 a 98).
- 4) Da análise do Livro de Registro de Saídas (fls. 42 a 55) e do Livro de Registro de Apuração do ICMS (fls. 56 a 69) ficou constatado que o valor da receita bruta no ano de 2006 totalizou R\$ 3.626.999,33, conforme planilha anexa ao Termo de Encerramento intitulada "VALORES LANÇADOS NOS LIVROS FISCAIS" (fl. 184). Tal valor está de acordo com as informações de vendas de mercadorias obtidas junto à Secretaria de Estado da Fazenda do Estado de Alagoas - SEFAZ/AL.
- 5) Da análise do Livro Caixa (fls. 73 a 98) ficou constatado que o valor da receita bruta no ano de 2006 totalizou R\$ 3.623.901,71, conforme planilha anexa ao Termo de Encerramento intitulada "VALORES LANÇADOS NO LIVRO CAIXA COM O SEGUINTE HISTÓRICO: RECEBIMENTO DE MERCADORIAS VENDIDAS" (fl. 185).

- 6) No entanto, analisando-se a Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - PJSI 2007, ano-calendário 2006 (fls. 05 a 22) constatou-se que a empresa declarou à Secretaria da Receita Federal do Brasil valores de receita bruta consideravelmente inferiores aqueles escriturados em seus Livros Fiscais. O valor da receita bruta anual declarado pela empresa na PJSI 2007, ano-

calendário 2006, totalizou R\$181.103,93. O critério de reconhecimento das receitas informado na PJSI 2007 foi o de caixa. Tal valor representou aproximadamente apenas 5% (cinco por cento) da receita bruta auferida e escriturada em seus Livros Fiscais e no Livro Caixa.

7) A empresa foi então intimada, por meio do Termo de Intimação Fiscal nº 002 (fls. 99 a 101) a apresentar esclarecimentos a respeito das diferenças apuradas entre os valores das receitas mensais declaradas na Declaração Simplificada PJSI - Simples ano-calendário 2006 (PJSI 2007) e os valores mensais lançados nos Livro de Saídas, Livro de Apuração do ICMS e Livro Caixa.

8) Nos termos da declaração assinada pelo responsável pela empresa, o Sr. Roberto José Lins Peixoto, a empresa informou que os valores foram lançados equivocadamente com valores de outra empresa e, por esse motivo, encontram-se divergentes dos valores apurados em seus livros (fl. 102).

9) A receita bruta auferida pela empresa e escriturada em seu Livro Caixa, mas não oferecida à tributação da Secretaria da Receita Federal do Brasil, está demonstrada na Planilha anexa ao Termo de Encerramento intitulada "APURAÇÃO DA RECEITA DE VENDAS DE MERCADORIAS NÃO OFERECIDA À TRIBUTAÇÃO DA SRFB" (fl. 186) e totalizou R\$ 3.442.797,78 (três milhões, quatrocentos e quarenta e dois mil, setecentos e noventa e sete reais e setenta e oito centavos).

Apuração do Crédito Tributário e dos Tributos Devidos

10) Como consequência da omissão nos valores de receitas oferecidos à tributação federal, os valores dos tributos do SIMPLES recolhidos pela empresa foram inferiores aos que seriam devidos.

11) Foram então lavrados os Autos de Infração para constituição do crédito tributário (fls. 129 a 133, 139 a 143, 149 a 153, 159 a 163 e 169 a 173).

12) No Demonstrativo de Apuração dos Valores Não Recolhidos encontram-se demonstrados os valores da receita bruta mensal declarada, os percentuais de incidência, os valores calculados, os valores pagos e os valores devidos (fls. 115 a 121).

13) No Demonstrativo de Percentuais Aplicáveis Sobre a Receita Bruta (fls. 109 a 114) encontram-se demonstrados a receita bruta apurada na ação fiscal, a receita bruta acumulada e os percentuais de incidência do SIMPLES de acordo com a faixa de receita.

14) No Demonstrativo de Apuração do Imposto/Contribuição Sobre Diferenças Apuradas (fls. 122 a 128) encontram-se demonstrados, para os tributos devidos, as bases de cálculo, os percentuais de incidência, o valor calculado e o percentual da multa de ofício aplicável.

15) Nos Demonstrativos de Apuração dos Valores Devidos (fls. 134 a 136, 144 a 146, 154 a 156, 164 a 166 e 174 a 176) encontram-se demonstrados os valores devidos.

16) Nos Demonstrativos de Multa e Juros de Mora (fls. 137, 138, 147, 148, 157, 158, 167, 168, 177 e 178) encontram-se demonstrados os valores devidos e os acréscimos legais cabíveis.

Diante das autuações, a recorrente apresentou impugnação da qual extraem-se os seguintes fatos e fundamentos:

- a) adotou-se medida extrema, que não ponderou a explicação apresentada, no tocante a forma de tributação e como também os livros ora solicitados, e arbitrou através do SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES, pois, justo é determinar-se pelo lucro real e para tanto se dispunha naquele momento de documentação que informariam tal desidrato;
- b) apresentou declaração simplificada no ano calendário de 2007 de forma equivocada, onde deveria ser elaborada com base no lucro real por se tratar de uma empresa de médio porte;
- c) não cometeu ilícito, pois em seus livros fiscais, os quais foram entregues espontaneamente à fiscalização e serviram de base para apurar os tributos lançados pelo fisco, constam efetivamente o faturamento da empresa;
- d) houve um equívoco na transmissão de dados à Receita Federal, a qual não foi realizada pelo Recorrente mas por um escritório contábil com suas instalações fora das instalações da empresa e não está sob supervisão, até porque é de responsabilidade do profissional contábil, conforme exposto no item 3.3
- e) requereu que seja fiscalizada pelo regime de apuração do Lucro Real;
- f) questionou a forma de tributação utilizada pela fiscalização federal, e sim, deveriam orientá-los da melhor maneira possível, não oferecendo prazo insuficiente para correção de possíveis inequívocos ou irregularidades contábeis, por acúmulo de serviços no departamento das empresas, e que nesta atividade do recorrente, demanda um volume grande de informações, e quando solicitado este prazo foi concedido de forma exígua, obrigando o impugnante a viver um conflito, o de apresentar provas que viesse a incriminá-lo, pelo simples fato de ter apresentado o livro caixa só na segunda intimação. Assim, se o auditor tivesse dado um prazo suficiente para apresentação dos mesmos. O recorrente certamente tinha demonstrado em tempo hábil suas despesas, seus custos detalhadamente o seu lucro real, como também os livros fiscais, ou seja, entrada, saída, apuração do ICMS, razão, diário, inventário, balanço, demonstração do resultado, Lalur e dentre outros;

- g) Imposto e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte -Simples, medida extrema, só é admissível quando não há nenhum outro elemento que forneça condições da determinação do lucro real, portanto, um auto de infração elaborado nas condições ulteriores, e principalmente desonerando o recorrente, não pode prosperar;
- h) que quanto criada a empresa foi enquadrada como Empresa de Pequeno Porte - EPP. Em nenhum momento a impugnante optou pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES;
- i) que por equívoco fez opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES., onde deveria ser pela sistemática do lucro presumido ou lucro real;
- j) que a fiscalização não pode enquadrar de "ofício" a EPP no regime Simples, um ato que depende da vontade e manifestação formal do recorrente. Além do mais que tal situação é a mais danosa. Somente a exclusão do regime poderá ser por autoridade fiscal e ainda mediante ADE e não via Auto de Infração, conforme parágrafo único, art. 23, IN 355/93;
- k) uma coisa é ser participante de EPP - empresa de pequeno porte, para obter tratamento trabalhista e previdenciário diferenciado; outra situação é optar pelo no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, para recolhimento de tais impostos e contribuições à União. Citou o art. 10 da Instrução Normativa SRF 355/2003;
- l) o Sr. Fiscal fundamentou a autuação com base nos art. 23, inciso I, alíneas "d" itens 2, 3 e 5 e inciso II, alíneas "b", "d", "f", "h", "p", ""n", "r" "t" e "i", itens 1, 3, 5, 4, 2 , § 3o, da Lei 9.317/96, com a redação do art. 1o da MP nº 275/2005 convertida na Lei. 11.307/2006, intitulada SIMPLES;
- m) é elementar ressaltar, o tratamento tributário do recorrente é o de uma empresa "NORMAL", como pode comprovar em seus livros fiscais um faturamento de R\$ 3.626.999,33, isso significa 7 vezes mais ao limite permitido a EPP. Devendo a mesma ser tributada pelo regime do Lucro Presumido, Lucro Real ou Lucro Arbitrado. A empresa registrada como EPP tem privilégios da dupla visita, na concessão de empréstimos e outros tratamentos diferenciados, sendo o seu regime de tributação normal, por sua própria opção;
- n) a própria Lei do SIMPLES, 9.317/96 no art. 16, determina que as empresas não participantes ou excluídas aplicam-se as normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas;
- o) estranha é a fundamentação legal com base no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Pois o enquadramento legal é que dá o condão à

fiscalização de lançar o crédito tributário, devendo existir nexos causal entre a presunção de receita (omitida) e a lei, a qual prevê a cobrança tributária;

- p) o auto de infração é confuso desde seu início por não atender o disposto no art. 10, inciso III e IV, do Decreto-Lei 70.235/72 que trata dos requisitos da lavratura do auto de infração, ato pelo qual se formaliza a exigência do crédito tributário. Isto porque não permite ao recorrente precisar exatamente a infração cometida, vedando o pleno exercício ao seu direito ao contraditório e à ampla defesa;
- q) a incorreção da disposição legal infringida de forma clara e precisa impossibilita a ampla defesa por parte da reclamante e invalida o auto de infração, conforme jurisprudência do Conselho de Recorrentes:

TERCEIRA CÂMARA 13133.000410/95-40 VOLUNTÁRIO ITR PEDRO VIEIRA DOS SANTOS DRJ-BRASÍLIA/DF 18/08/1999 09:00:00 Sebastião Borges Taquary ACÓRDÃO 203-05849 APU - ANULADO POR UNANIMIDADE Por unanimidade de votos, anulou-se o processo a partir da decisão singular inclusive.

Ementa: NORMAS PROCESSUAIS - DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - FUNDAMENTAÇÃO LEGAL INCORRETA - NULIDADE - Cabe ser anulada, no sentido de ser proferida outra, a decisão de primeira instância lastreada em fundamentação legal incorreta. Processo anulado, a partir da decisão de primeira instância, inclusive.

- r) o fato gerador para a cobrança da Contribuição p/ Seguridade Social é a existência de funcionários e a base de cálculo é a folha de pagamento dos funcionários e *pro-labore* da direção, dentre outros, conforme determina o art. 22 da Lei 8.212/91;
- s) Embora o recorrente tenha se explicado durante todo o tempo em que foi fiscalizado, esclarecendo que o contador cometeu uma irregularidade na forma de apuração dos tributos, onde deveria ser apurado pela sistemática do lucro real, o fiscal desconsiderou estas informações significativas e o pedido de tempo solicitado para apresentar as declarações e os registros contábeis e fiscais confirmados sua versão dos fatos;
- t) a recorrente tem um movimento de compras e vendas considerável, na ordem de R\$ 3.216.172,06 e 3.626.999,33 no ano de 2006, portanto, não se enquadra nesta sistemática aplicada, o que exige do departamento contábil, fiscal e pessoal um desdobramento para atender a demanda de informações, tornando-se ineficiente em alguns pontos, sem ter esse propósito, porém, vêm atendo o pagamento das obrigações sociais, tributações estaduais e municipais. Assim, se aplicado esta sistemática de tributação imposta pela fiscalização na empresas, fica evidente a desoneração da empresa, pondo em risco a sua sobrevivência;

- u) se porventura os pagamento acontecem a menor, não significa dizer que é uma empresa sonegadora, pois poderia corrigir as possíveis falhas existentes se o auditor estendesse o prazo maior para elaboração dos documentos necessários para apuração do Lucro Real;
- v) somente uma segunda análise dos livros contábeis e fiscais pela sistemática do lucro real e que se estará fazendo homenagem à verdade material;
- w) junta certidões dos Órgãos citados o que atesta tratar-se de uma empresas cumpridora de suas obrigações perante o fisco, e que se irregularidade houve, o prazo solicitado lhe permitiria a correção devida, evitando-se assim a forma contundente utilizada pela auditoria, aplicando no recorrente multas equivalente a 75%, tornando o débito tributário, em algum caso, impagável, face a disparidade entre a realidade e a punição;
- x) anexou cópia dos Livros Diário n.º 01, Razão n.º 01, Inventário n.º 01, Balanço de 2007, Demonstração do Resultado de 2007, Lalur, onde V.Sas., poderão verificar que a escrituração comercial está de acordo com a legislação de regência, bem como o equívoco cometido no preenchimento da declaração de 2007;
- y) o fato de o recorrente haver recolhido tributos federais à menor, não justifica a invasão em seu patrimônio, sufocando-o com multa de 75% (setenta e cinco por cento), desconsiderando a apuração do Lucro Real e arbitrando no faturamento bruto mesmo inserido nesta sistemática do simples. A própria lei tributária impõe aos seus agentes que observem a tributação sobre o lucro real, e só em casos extremos, apure-se o tributo devido;
- z) requereu a procedente da impugnação ao Auto de Infração n. 0 0440100-2009-01123-1, entendendo que não cabe ao lançamento do crédito por essa sistemática de apuração aplicada, e sim, pela apuração do lucro real onde a empresa tem todos os elementos necessários no tocante aos livros fiscais, ou seja, Razão, Diário, Inventário, Lalur, Balanço, Demonstração do Resultado, Balancete, e dentre relatórios;
- aa) que a atuação não foi conduzida segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, observando a lei e o direito, fato que venho requer a nulidade do auto de infração por flagrante desrespeito aos direitos do recorrente;
- bb) a fiscalização não pode enquadrar de "ofício" a empresa normal no regime Simples, para cobrar-lhe tributos, um ato que depende da vontade e manifestação formal do recorrente. Portanto tal enquadramento é sem efeito. Fato que vem requerer a improcedência do auto de infração e seu cancelamento;
- cc) espera que o nobre órgão julgador ao analisar esta impugnação, atende inicialmente, para o ato da auditoria federal, que de certa forma causou constrangimento, pânico e terror, levando a recorrente sofre imposição de

multa extravagante, SEM EXPOSIÇÃO dos cálculos que levaram a tal conclusão, o que tornou o recorrente vulnerável quando ao futuro, cujos valores cobrando são altíssimos, nascidos em razão de possíveis erros de cálculos, de não haver considerado que o porte da empresas NORMAL, ou seja, de médio porte, assim teria que ser fiscalizado pela sistemática do lucro real e não pela sistemática do simples;

dd) seja realizado o julgamento simultâneo do auto de infração do IRPJ - Importo de Renda Pessoa Jurídica - Simples, PIS - Programa de Integração Social - Simples, CSLL - Contribuição Social s/Lucros Líquido - Simples, COFINS -Contribuição p/Financiamento da Seguridade Social - Simples e INSS -Contribuição p/ Seguridade Social - Simples, todos pertinente ao MPF - Mandato de Procedimento Fiscal 0440100-2009-01123-1 de 03 de dezembro de 2009 em razão da conexão e das provas acostadas ao presente auto de infração, conforme determina inclusive o § 1o do artigo 9o do decreto 70.235/72 e a competência do 1o Conselho de Recorrente;

Tais razões não foram acolhidas e a recorrente apresentou em manifestação de inconformidade os mesmos termos, também considerados improcedentes, mantendo-se os autos de infração, nos termos do acórdão recorrido do qual destacam-se os seguintes fundamentos:

A autuação foi realizada conforme as formalidades legais exigidas, com ênfase no cumprimento do disposto no Decreto nº 70.235/72 e suas alterações posteriores, norteadores do Processo Administrativo Fiscal. A autoridade autuante agiu no seu dever de ofício, segundo o parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional.

A fiscalização atendeu a todos os requisitos para lavratura dos autos de infração, inclusive, apresentando todos os fatos apurados durante o procedimento de fiscalização, além do enquadramento legal se apresentar completo, seja o das infrações, das multas ou dos juros de mora.

No Termo de Encerramento de Ação Fiscal, às fls. 180 a 183, cientificado à recorrente, a autoridade autuante descreve detalhadamente todos os fatos que geraram as apurações das infrações à legislação do SIMPLES. A empresa foi intimada, durante o procedimento fiscal, de todas as apurações desenvolvidas, inclusive com a oportunidade de justificar as eventuais divergências apuradas pela fiscalização. Ainda, nas folhas 184 a 186, o autuante anexou os demonstrativos com a apuração da receita bruta e as diferenças entre esses valores e os declarados/confessados pela recorrente.

Os requisitos para a lavratura dos autos de infração do presente processo, determinados pelo do art. 10 do Decreto nº 70.235/1972 e pelo art. 142 do CTN, foram rigorosamente cumpridos. Constam dos autos a descrição dos fatos, a determinação da matéria tributável e os cálculos do montante dos impostos e contribuições devidos, e os autos foram lavrados por servidor competente. o autuado foi identificado, constam o local, data e hora da lavratura, o enquadramento legal foi descrito e esta de acordo com as

infrações apuradas, assim, como foi proposta a aplicação da multa de ofício, ou seja, todos os requisitos foram atendidos.

Somente a inobservância dos pressupostos legais para a constituição do lançamento e para lavratura do auto de infração ou a incompetência da autoridade atuante são causas suficientes para invalidar o auto de infração e, conseqüentemente, do lançamento nele consignado. No caso ora sob exame, foram seguidas as disposições legais pertinentes ao lançamento e à lavratura dos Autos de Infração. Rejeitou-se a alegação da recorrente de que teve seu direito de defesa cerceado.

A recorrente em sua impugnação centra seus argumentos no fato de não ter optado, ou ter optado equivocadamente pela tributação através das regras estabelecidas pela Lei nº 9.317/1996, Simples Federal. Requer que seja considerada como empresa tributada pelo lucro real e apresenta cópias de seus livros fiscais e contábeis para esta apuração.

Conforme se verifica do sistema da Secretaria da Receita Federal do Brasil a empresa optou pela tributação pelo Simples Federal em 21/12/2004. Assim, ao contrário do que afirma, esta não foi enquadrada no sistema simplificado de ofício, na verdade a empresa fez espontaneamente sua opção.

Também consta, deste mesmo sistema, a informação que a empresa permaneceu na tributação pelo Simples Federal até 30/06/2007, quando o sistema deixou de existir. A partir de 01/01/2007 passou a vigorar as determinações da Lei Complementar nº 123/2006 com as normas do Simples Nacional.

Convalidando esta informação a empresa para os anos calendário de 2005, 2006 e 2007 apresentou suas declarações pelo Simples federal, segue anexada ao processo, às fls. 05 a 22, cópia da declaração Simplificada da Pessoa Jurídica- Simples do ano calendário 2006, apresentada pela empresa.

Portanto, cumprindo rigorosamente a legislação, em especial as determinações da Lei nº 9.317/1996 que rege a tributação pelo Simples Federal, a fiscalização, respeitando a opção irrevogável (§2º do art. 8º desta Lei) da recorrente, calculou os impostos e contribuições devidos, componentes do sistema integrado, utilizando as determinações da legislação em vigor.

Art. 8º 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 Geral de Recorrentes do Ministério da Fazenda-CGC/MF, quando o recorrente prestará todas as informações necessárias, inclusive quanto:

§ 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.

Conforme prevê o art. 3º da Lei nº 9.317/1996, em especial a alínea "f" do §1º, a Contribuição para a Seguridade Social a cargo da pessoa jurídica de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991, é apurada pelas normas do Simples federal, não prosperando a alegação da recorrente que requer a apuração desta contribuição fora do sistema integrado.

Art. 3º A pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, na forma do art. 2º, poderá optar pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

§ 1º A inscrição no SIMPLES implica pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições:

- a) Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ;*
- b) Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP;]*
- c) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;*
- d) Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS;*
- e) Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI;*
- f) Contribuições para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que tratam o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e a Lei Complementar nº 84, de 18 de janeiro de 1996.*

Portanto, correto o enquadramento da fiscalização que respeitando a opção da recorrente apurou os imposto e contribuições utilizando as regras da Lei nº 9.317/1996 (Simples Federal).

O fato de ter escriturados os livros contábeis, tais como Diário, Razão, LALUR, não determina a opção da recorrente. A recorrente optou espontaneamente pela sistema simplificado, não podendo agora no procedimento fiscal querer alterar sua opção.

Quanto a receita bruta apurada pela fiscalização e às diferenças entre o valor escriturado e o declarado/pago, no ano calendário de 2006 a recorrente não efetuou qualquer alegação específica, deixando assim de exercer seu direito de defesa e concordando tacitamente com os valores apurados como receita bruta não tributada.

A este respeito a regra contida no artigo 17 do Decreto nº 70.235/1972, o qual regulamenta o Processo Administrativo Fiscal:

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Sobre a solicitação de nova auditoria para uma segunda análise dos livros contábeis e fiscais pela sistemática do lucro real, tendo, inclusive, apresentado cópias de alguns livros posteriormente ao procedimento fiscal sido providenciados, a DRJ esclareceu que é um direito da recorrente apresentar as provas que julgar necessárias para reforçar seu ponto de vista, bem como solicitar perícias ou diligências. No entanto, o Decreto nº 70.235/72, com as alterações posteriores, estabelece parâmetros a serem observados na apresentação dessas provas e solicitação de perícias e/ou diligências. Dentre eles, destacam-se:

Art. 16-A impugnação mencionará:

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

IV - as diligências, ou perícias, que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito.

§ 1º. Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.

§ 4º - A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;*
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.*

§ 5º - A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior.

§ 6º - Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância."

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine.

A recorrente não formulou o pedido atendendo aos requisitos do art. 16, IV, do Decreto 70.235/72, pelo que se considera não formulado, nos termos do §1º desse mesmo artigo, não se faz necessária qualquer perícia ou diligência por não restar dúvidas quanto aos elementos que compõem os autos.

Quanto à multa de ofício aplicada, cabe destacar que conforme enquadramento legal, o art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996, o percentual, para os casos de lançamento de ofício é de 75%.

Contesta a recorrente multa de ofício aplicada, por considerá-la exagerada, contestando assim, determinação legal plenamente em vigor. A este respeito, cabe esclarecer que a atividade administrativa é plenamente vinculada. Com efeito, o julgador administrativo deve limitar seu pronunciamento à legalidade dos atos administrativos trazidos à sua apreciação. A nossa tarefa esgota-se em declarar se o ato administrativo questionado encontra - ou não - fundamento de validade na legislação de regência. Por essa razão, encontramos-nos vinculados à letra da lei e não nos é lícito desviar o foco da análise do ato administrativo para a legislação que lhe confere supedâneo.

Como é sabido, todas as leis vêm ao mundo jurídico gozando da presunção de constitucionalidade. Existe, todavia, a possibilidade de arrostarem à Constituição. Prevendo essa hipótese, foram instituídos controles de tal constitucionalidade (difuso e concentrado), missão atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário. Ao julgador administrativo determinou-se, apenas, o afastamento daquelas leis já declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, não foi facultado àquele servidor a tarefa de decidir, ele próprio, acerca de eventuais vícios dos textos legais e, por força de seu convencimento, deixar de aplicá-los.

Em face das razões expendidas, deixamos de analisar a suposta inconstitucionalidade da multa de ofício, intentada pela interessada, tendo em vista que a legislação subsunção, indigitada no Auto sob análise, era vigente e eficaz, ao tempo de sua aplicação.

A recorrente foi intimada do acórdão recorrido, em 25/08/2011 (fl. 975). O recurso voluntário foi interposto em 20/09/2011 (fl. 1819). A recorrente está regularmente representada (fl. 217)

Diante do entendimento da DRJ, em suas razões de recurso, a recorrente sustenta:

ee) que optou pelo Simples, em 2005, mas que, em 2006, equivocou-se ao optar por tal regime especial de tributação; que sua intenção era optar pela tributação

pelos lucros reais trimestrais; que recolheu tributos em código errado de receita (6106), como se fosse optante do Simples Federal;

- ff) alegou que, os valores recolhidos mensalmente, se analisados seus totais em cada um dos quatro trimestres do ano calendário 2006, correspondem aos valores apurados segundo a forma de tributação do Lucro Real trimestral, conforme consta detalhado na apuração do Lucro no LALUR apresentado e juntou, ainda, demonstrativo dos valores pagos mensalmente correspondente a cada trimestre e cópias das guias de janeiro/2006 a dezembro/2006;
- gg) que após a ação fiscal revisou os trabalhos contábeis e constatou tributação pelo LUCRO REAL, menos gravosa do que a tributação pela sistemática do Simples Federal;
- hh) que a tributação pelo Simples foi criada para desonerar a carga tributária para as empresas que por ele puderem optar. Tem-se aí, em verdade, efeito decorrente da redução dos gastos do próprio Fisco com arrecadação, pela facilitação proporcionada pela unificação dos tributos;
- ii) que não poderia ser obrigada a pagar tributos e contribuições com maior gravame do que pela tributação específica normal para os tributos e contribuições. Assim, a recorrente refez suas escriturações fiscais e contábeis e apresentou a DIPJ/2006, pela opção do LUCRO REAL - TRIMESTRAL, que prova pelos valores os pagamentos realizados, apenas, constatou-se erro no código de recolhimento. Razão pelo qual, solicitou-se diligência para constar os fatos no que foi negada.
- jj) que a fiscalização não levou em conta o fato de que a recorrente já tinha extrapolado o limite fixado pela legislação;
- kk) se, de um lado, é verdade que está correto o levantamento feito pela autoridade fiscal no que tange a diferença de base de cálculo e insuficiência; de outro lado, é, também verdade que, ao considerar única e exclusivamente, as informações declaradas na DSPJ/2006, equivocadamente elaboradas, aquela autoridade distorceu a base de cálculo dos tributos, e, de consequência tributou uma diferença de receita bruta entre o registrado no Livro de Apuração do ICMS, o qual, automaticamente o contribuinte já tinha, infringido o art. 9º, inc. II, da Lei nº 9.317/96, artigo 6º, da Lei nº 9.979/99, c/c inciso II, do art. 47, da IN SRF nº 608, de 09/01/2006;
- ll) que a a fiscalização considerou apenas as saídas, geradoras da receita, deixando de computar, para a apuração da base de cálculo, as aquisições e demais despesas operacionais;
- mm) que a autoridade lançadora teria desvirtuado por completo, não só o conceito de lucro, mas também e, sobretudo, o fato gerador da CSLL, IRPJ, PIS e COFINS quando tributou, na íntegra, sem qualquer respaldo legal, a receita obtida pela Recorrente, conforme informado no Livro de Apuração do ICMS;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/3/2001
Autenticado digitalmente em 20/06/2016 por ROGERIO APARECIDO GIL. Assinado digitalmente em 20/06/2016
6 por ROGERIO APARECIDO GIL, Assinado digitalmente em 23/06/2016 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR, Ass

inado digitalmente em 23/06/2016 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 20/06/2016 por RO

GERIO APARECIDO GIL

Impresso em 24/06/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

fraudulento (como reconhece a própria fiscalização). E, sobretudo, o crédito tributário relativo à presente exigência fiscal foi devidamente homologado de forma tácita, nos expressos termos do CTN;

- oo) ainda que mantida a exigência fiscal, está nitidamente comprovada a boa-fé da autuada no exercício de suas atividades. E, paralelamente, está consubstanciada a desídia por parte da Administração Fazendária, que fiscalizou a empresa sem observar que a empresa extrapolou o limite do Simples Federal;
- pp) certamente a multa de 75% quanto a tal circunstância, além de consubstanciar ilegalidade, tem uma feição de confiscar do contribuinte quase a totalidade do valor do suposto crédito tributário.
- qq) se acaso mantida a exigência, frente às circunstâncias e estando reconhecida a lisura na escrituração fiscal da empresa, é de se reduzir a multa ao percentual de 30%, montante aceito pelo Supremo Tribunal Federal;
- rr) que a orientação do Supremo Tribunal Federal é de reduzir a multa para patamares aceitáveis - no caso seria de 75% para 30%;
- ss) que sejam providos os presentes razões de recurso, para fins de reformar a decisão recorrida e reconhecer: provas, periciais e diligências requerido em 1ª instância; que assim, constituindo o lançamento do crédito tributário pela apuração do Lucro Real - trimestral, em seguida proceder à compensação dos valores pagos indevidamente com o código de receita do Simples Federal.

É o relatório.

Voto

Conselheiro ROGÉRIO APARECIDO GIL

A recorrente está regularmente representada e verificada a tempestividade, conhecimento do recurso.

Na forma relatada, constatou-se que a recorrente, EPP optante pelo Simples Federal, apresentou no ano-calendário 2006, objeto da ação fiscal, significativa movimentação de vendas, alcançando o montante no valor de R\$ 3.626.999,33 (Livro de Apuração do ICMS) e R\$3.623.901,71 (Livro Caixa).

Na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - PJSI 2007, ano-calendário 2006 (fls. 05 a 22) a recorrente declarou à Secretaria da Receita Federal do Brasil valores de receita bruta consideravelmente inferiores aqueles escriturados em seus Livros Fiscais. O valor da receita bruta anual declarado pela empresa na PJSI 2007, ano-calendário 2006, totalizou R\$181.103,93.

Em explicação a tal diferença de valores, a recorrente informou que os valores foram lançados equivocadamente com valores de outra empresa e, por esse motivo, encontram-se divergentes dos valores apurados em seus livros (fl. 102).

Como consequência da omissão nos valores de receitas oferecidos à tributação federal, os valores dos tributos do SIMPLES recolhidos pela empresa foram inferiores aos que seriam devidos. Para a regularização da situação, lavraram-se os Autos de Infração para constituição do crédito tributário (fls. 129 a 133, 139 a 143, 149 a 153, 159 a 163 e 169 a 173). O quadro a seguir consolida os tributos e valores exigidos da recorrente:

TRIBUTO	Imposto/ Contrib.	Juros de Mora	Multa Proporcional	TOTAL
Imposto de Renda Pessoa Jurídica - Simples	27.166,46	9.422,83	20.374,80	56.964,09
Contribuição para o PIS - Simples	19.953,42	6.920,67	14.965,00	41.839,09
Contribuição Social sobre o Lucro - Simples	28.405,49	9.960,45	21.304,07	59.670,01
Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Simples	83.762,13	29.394,17	62.821,56	175.977,86
Contribuição para Seguridade Social - INSS -Simples	238.931,16	83.547,50	179.198,31	501.676,97
TOTAL	-	-	-	836.128,03

Em relação à alegação preliminar de cerceamento de defesa, observo, inicialmente, que a fiscalização atentou para as exigências formais do processo administrativo, quanto à ciência dos atos à fiscalizada. O processo evidencia que assegurou-se à recorrente o livre acesso aos autos; concedeu-se ciência de todas as apurações; garantiu-se a ampla defesa e o contraditório. As apurações foram devidamente realizadas com base na documentação apresentada pela recorrente. Dessa forma, não há cerceamento de defesa, no caso. Assim, voto no sentido de rejeitar a preliminar de cerceamento de defesa.

A recorrente alega que optou pelo Simples, em 2005, mas que, em 2006, equivocou-se ao optar por tal regime especial de tributação; que sua intenção era optar pela tributação pelo lucro real trimestral; que recolheu tributos em código errado de receita (6106), como se fosse optante do Simples Federal.

Alegou que, os valores recolhidos mensalmente, se analisados seus totais em cada um dos quatro trimestres do ano calendário 2006, correspondem aos valores apurados segundo a forma de tributação do Lucro Real trimestral, conforme consta detalhado na apuração do Lucro no LALUR apresentado e juntou, ainda, demonstrativo dos valores pagos mensalmente correspondente a cada trimestre e cópias das guias de janeiro/2006 a dezembro/2006.

Ressalta que, após a ação fiscal revisou os trabalhos contábeis e constatou tributação pelo LUCRO REAL, menos gravosa do que a tributação pela sistemática do Simples Federal; que a tributação pelo Simples foi criada para desonerar a carga tributária para as empresas que por ele puderem optar. Tem-se aí, em verdade, efeito decorrente da redução dos gastos do próprio Fisco com arrecadação, pela facilitação proporcionada pela unificação dos tributos; que não poderia ser obrigada a pagar tributos e contribuições com maior gravame do que pela tributação específica normal para os tributos e contribuições; que a fiscalização não levou em conta o fato de que a recorrente já tinha extrapolado o limite fixado pela legislação.

Alega que a fiscalização considerou apenas as saídas, geradoras da receita, deixando de computar, para a apuração da base de cálculo, as aquisições e demais despesas operacionais; que a autoridade lançadora teria desvirtuado por completo, não só o conceito de lucro, mas também e, sobretudo, o fato gerador da CSLL, IRPJ, PIS e COFINS quando tributou, na íntegra, sem qualquer respaldo legal, a receita obtida pela Recorrente, conforme informado no Livro de Apuração do ICMS.

Respeitadas as considerações da recorrente, apresento a seguir entendimento diverso.

No ano calendário 2006 o lucro bruto da recorrente extrapolou o valor limite permitido (R\$2.400.000,00) para as empresas de pequeno porte (EPP) optarem pelo Simples Federal (Lei nº 9.317, de 05/12/1996, art. 9º, inc. II). Essa extrapolação foi demonstrada pela fiscalização e confirmada pela recorrente, por meio de documentação contábil própria.

As normas legais aplicáveis a esse caso, vigentes à época, contidas na referida Lei nº 9.317/96, não determinavam a exclusão de ofício das EPPs do Simples Federal, com efeitos inclusive no exercício em que verificado lucro bruto superior ao limite de R\$2.400.000,00.

A opção era formalizada de modo irretroatível para vigência *a partir do primeiro dia do ano calendário subsequente, sendo definitiva para todo o período* (art. 8, § 2º, L. 9.317/96). Caberia à recorrente, excluir-se do Simples Federal e comunicar à SRF, na forma preconizada no art. 12 da L. 9.317/96, combinado com o art. 13, inc. I ou inc. II, alínea "a" e art. 9º, inc. II, da mesma Lei vigente à época dos fatos.

Assim sendo, considero correto o procedimento realizado pela DRF, que baseando-se nos livros contábeis apresentados pela recorrente, apurou o lucro bruto efetivo auferido em 2006 e calculou, em bases legais do SIMPLES os valores, impostos e contribuições devidos.

Não há fundamento legal para se acolher o pedido da recorrente de se desconsiderar sua declaração PJSI 2007; atribuir-lhe alíquotas e percentuais devidos às empresas, não EPPs.

Quanto à alegação de que a fiscalização deveria ter apurado os valores devidos a uma empresa, e não de uma EPP, sob a alegação de que seria uma forma menos onerosa, entendo que a recorrente deveria ter assim demonstrado nos autos. Todavia, limitou-se a juntar livros contábeis e exigir que a apuração fosse realizada pela fiscalização, o que não há amparo legal para tanto.

No tocante ao pedido de redução da multa de ofício de 75%, a recorrente alega que adimpliu com suas obrigações fiscais, em nenhum momento dificultou ou impôs empecilhos à realização da fiscalização, e não realizou ato fraudulento; que se acaso mantida a exigência, frente às circunstâncias e estando reconhecida a lisura na escrituração fiscal da recorrente, seria de se reduzir a multa ao percentual de 30%, montante aceito pelo Supremo Tribunal Federal.

Observo que, não se sustentou a alegação da recorrente de que as diferenças entre sua declaração do Simples Federal - PJSI e o Livro de ICMS, Livro de Caixa, Livro de Saídas deviam-se a um erro cometido pela contabilidade, que teria lançado valores de outra

empresa. Esse argumento da recorrente poderia ser considerado como uma tentativa de fraude à Fazenda Nacional, pois a própria recorrente, posteriormente, declarou estarem corretos os valores apurados pela fiscalização, além de ter providenciado Livro Caixa, após a segunda intimação para apresentá-lo, que correspondeu aos valores apurados pela fiscalização, com base no Livro de Apuração do ICMS.

Assim, mantenho a multa de ofício de 75%, por estar devidamente aplicada.

Por todo o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

ROGÉRIO APARECIDO GIL - Relator

Declaração de Voto

Conselheiro Alberto Pinto Souza Jr.

Ouso divergir do I. Relator, pelos argumentos a seguir expostos.

Ocorre que a extrapolação do limite do lucro permitido para a opção pelo Simples Federal foi consequência da apuração pelo Fisco da prática reiterada de infração pela contribuinte em todo o ano calendário de 2006. Ou seja, houve omissão de receitas em todos os meses de 2006, o que configura a prática reiterada de infração, a qual por força do disposto nos arts. 14, V, combinado com o art. 15, V, todos da Lei 9.317/96, obrigava a exclusão do Simples Federal desde o primeiro mês em que ocorrida a omissão de receitas. Assim, sustento que a omissão de receita deveria se dar sobre o lucro real, se a escrita contábil e fiscal da recorrente possibilitasse, ou sobre o lucro arbitrado, em caso de impossibilidade de apuração do lucro real.

Alberto Pinto Souza Junior.