



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

Processo nº 10725.001226/2004-48
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3001-000.607 – Turma Extraordinária / 1ª Turma
Sessão de 22 de novembro de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS
Recorrente M. M. DA ROSA FERREIRA COMÉRCIO E SERVIÇOS DE TELEFONIA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2002, 01/01/2003 a 31/08/2003, 01/10/2003 a 31/10/2003, 01/07/2004 a 30/09/2004

NULIDADE DO LANÇAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PERÍCIA. INDEFERIMENTO. INOCORRÊNCIA

Não há nulidade do julgamento quando o órgão julgador a quo afasta a produção de prova pericial solicitada pela contribuinte.

PIS. EXCLUSÃO DO SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA.

Não é permitida a permanência no programa SIMPLES às empresas que fizerem constar em seus contratos sociais atividades vedadas pela legislação de regência.

PIS. BASE DE CÁLCULO. APURAÇÃO SOB A FORMA CUMULATIVA EM DECORRÊNCIA DO ARBITRAMENTO. NÃO APRESENTAÇÃO DO LIVROS COMERCIAIS. POSSIBILIDADE.

À empresa que sofreu exclusão do SIMPLES, terá seu PIS apurado pela sistemática cumulativa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada no recurso e, no mérito, em negar-lhe provimento

Orlando Rutigliani Berri - Presidente

(assinado digitalmente)

Renato Vieira de Avila - Relator

(assinado digitalmente)

Participaram do presente julgamento os conselheiros Orlando Rutigliani Berri (Presidente), Renato Vieira de Avila, Marcos Roberto da Silva e Francisco Martins Leite Cavalcante.

Relatório

Auto de Infração

Trata-se de Auto de Infração lavrado em virtude de **falta de recolhimento** da Contribuição para o **COFINS**, referentes aos fatos geradores ocorridos nos meses **01/1999 a 12/2002**, e **diferença apurada** entre o valor escriturado e o declarado/pago da mesma contribuição, referentes aos fatos geradores ocorridos nos meses **01/2003 a 08/2003, 10/2003, 07/2004 e 09/2004**, no valor total de **R\$ 45.939,67**, incluído principal, multa de ofício de 75% e juros de mora calculados até 30/11/2004.

Impugnação

Em sede de impugnação, o contribuinte alegou, em suma:

1. Que se dedica à atividade de **compra e venda** de aparelhos de telefonia celular e equipamentos de informática, tendo optado pelo **Simples**, haja vista se enquadrar como microempresa e empresa de pequeno porte;
2. Que foi **excluída** da sistemática (processo 10725.001207/2002-16) por ter a então SRF entendido que sua atividade era de **corretagem**, além de constar no contrato social previsão de **prestação de serviços** de manutenção e reparos de aparelhos telefônicos;
3. Que **não** se inclui em nenhuma das hipóteses excludentes do sistema, pois só possui receitas de revenda de mercadoria, não podendo por isso ser classificada como corretora, como comprovam suas notas fiscais de compra de aparelhos da Vivo e que os revende;
4. Que embora conste de seu contrato social que exerceria a atividade de prestação de serviços de manutenção e reparos de aparelhos telefônicos, toda a sua receita, como já dito, deriva da revenda de mercadoria, não tendo realizado qualquer outra atividade que não esta;
5. Só podem ser exigidos os valores de tributos não pagos mas que sejam apurados dentro da própria sistemática do Simples;

6. Que optara pelo Simples em 22/06/1998, tendo sido comunicada da exclusão em 25/07/2003, logo, houve uma verdadeira **aceitação tácita** de sua inclusão no sistema, logo sua exclusão feriu o **princípio da moralidade**;
7. Requereu que caso a autoridade julgadora entenda que a Impugnante não podia optar pelo Simples ou que poderia o ato administrativo de exclusão retroagir, os valores já recolhidos a título de Simples devem ser considerados para efeito de apuração do valor supostamente devido;
8. Bem como, que a multa não pode ultrapassar 20% do valor de tributo exigido, bem como a taxa de juros calculada pela Selic é inaplicável, pois ilegal, consoante jurisprudência e doutrina que cita;
9. Pede perícia, elaborando quesitos e nomeando perito.

DRJ/RJO II

A impugnação foi julgada e recebeu a seguinte ementa:

Acórdão nº 13-20.332 - 4ª Turma da DRJ/RJOII ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS Período de apuração: 01/01/1999 a 31/08/2003, 01/10/2003 a 31/10/2003, 01/07/2004 a 31/07/2004, 01/09/2004 a 30/09/2004 PEDIDO DE PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. INDEFERIMENTO.

Estando presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide, indefere-se, por prescindível, o pedido de diligência ou perícia.

DECADÊNCIA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO.

Tendo em vista que o procedimento administrativo tributário se pauta pela legalidade, ainda que não alegada pelo contribuinte a decadência deve ser declarada em sede de julgamento.

DECADÊNCIA.

O prazo decadencial para a constituição de créditos relativos à Contribuição para o PIS é de 5 (cinco)

anos, a contar da ocorrência do fato gerador. Deve ser cancelado o lançamento da referida contribuição efetuado fora desse prazo.

NÃO INCLUSÃO RETROATIVA NO SIMPLES.DECISÃO DEFINITIVA. NOVA DISCUSSÃO.

Havendo decisão definitiva na esfera administrativa quanto à não inclusão retroativa no Simples, resta vedada ao colegiado da DRJ apreciar novamente, em sede de processo que trata de lançamento de ofício, as razões que postulam o direito ao regime.

SIMPLES. DECISÃO NÃO INCLUSÃO RETROATIVA. EFEITOS. EXTUNC. LANÇAMENTO. ABRANGÊNCIA.

O lançamento motivado por decisão que não admite a inclusão retroativa no Simples deverá abranger todos fatos geradores, inclusive os pretéritos, em que a situação excludente seja verificada.

PAGAMENTO COMPROVADO.

Não deve prosperar o lançamento de ofício motivado por falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins quando restar comprovada a efetivação do pagamento.

PAGAMENTOS EFETUADOS A TÍTULO DE SIMPLES.

Quando da exigência de ofício da Cofins devem ser considerados os recolhimentos proporcionais relativos à Contribuição efetuada para os mesmos períodos de apuração pela sistemática unificada do Simples.

MULTA DE OFÍCIO. PERCENTUAL. LEGALIDADE.

Presentes os pressupostos de exigência, cobra-se multa de ofício pelos percentuais legalmente determinados.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Procede a cobrança de encargos de juros com base na taxa Selic, porque se encontra amparada em lei, cuja constitucionalidade não pode ser aferida na esfera administrativa.

Inicialmente, a DRJ destacou que considera **desnecessária** a diligência **perícia** pela impugnante, por entendê-la dispensável para o deslinde do presente julgamento.

Com isso, foi decidido:

1. Cancelar os lançamentos referentes aos meses 01/1999 e 11/1999, inclusive os juros de mora e multa de ofício a eles correspondentes, tendo em vista a decadência;

Indagou que despeito de a Contribuinte não haver apresentado nenhuma alegação de nulidade relacionada ao instituto da **decadência**, e que a ciência do lançamento se deu em 16/12/2004, cabe suscitar o referido tema na presente decisão, em relação aos meses **01/1999 a 11/1999**, tendo em vista o **princípio da legalidade** e o prazo estabelecido pelo **§ 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional**.

2. Exonerar parcialmente os lançamentos referentes aos meses 12/1999 a 08/2003, inclusive os juros de mora e multa de ofício a eles correspondentes, conforme planilha constante no item 35 do voto;

Quanto ao referido **processo administrativo nº 10725.001204/2002-1**, firmou-se que a Impugnante não havia, em nenhum momento, sido incluída no Simples; logo, dele não poderia ter sido retirada. Ou seja, o conteúdo da decisão limitou-se a **indeferir a inclusão retroativa**. Com isso, tinha a Impugnante o prazo de trinta dias para que manifestasse a sua inconformidade com o decisório; todavia, **tal manifestação não ocorreu**, conforme extrato de pesquisa do sistema Comprot, da RFB, referente ao histórico da movimentação do processo.

Agora, busca a Impugnante reavivar a matéria relativa à sua não inclusão retroativa no Simples, a qual, segundo a DRJ, resta **preclusa**. Entendendo, então, por rejeitar o pedido de reanálise nestes autos dos fundamentos da não inclusão retroativa no Simples da Impugnante. Frisou também que dado que a impugnante jamais esteve inclusa no Simples, não há que se falar em efeitos retroativos de exclusão, pois não houve exclusão alguma.

Concluiu que não há reparo ao fato de a fiscalização ter abrangido em sua fiscalização os fatos geradores anteriores à data do indeferimento da solicitação de inclusão retroativa no Simples feita pela impugnante.

No entanto, quanto à alegação da Interessada caso a autoridade julgadora entenda que a ela não poderia optar pelo Simples ou que poderia o ato administrativo de exclusão retroagir, **os valores já recolhidos a título de Simples devem ser considerados** para efeito de apuração do valor supostamente devido, esclareceu que a Interessada tem direito de utilizá-los na **extinção** do montante devido de cada tributo, segundo as regras de partição estabelecidas pelo art. 23 da Lei nº 9.317/1996.

Aduz a DRJ que ao não considerar os pagamentos efetuados no Simples, na apuração do montante devido nestes autos, a autoridade administrativa está exigindo em **duplicidade**, em relação à parcela já paga, o valor da contribuição.

- 3. Exonerar integralmente** o lançamento referente ao mês **09/2004**, inclusive os juros de mora e multa de ofício a eles correspondentes, conforme item 38 do seu voto;

O valor **pago** a título de Contribuição para o PIS, sob o código 8109, referente ao mês 09/2004, no valor de R\$66,69, conforme cópia do **Darf, à fl. 317**, confirmado pelo extrato de pesquisa do sistema Sinal 07 da RFB, à fl. 425, **não foi considerado pela Fiscalização**, conforme "Demonstrativo de Apuração PIS", parte do Auto de Infração, à fl. 234.

- 4. Manter integralmente** os lançamentos referentes aos meses 10/2003 e 07/2004, inclusive os juros de mora e multa de ofício a eles correspondentes.

Acrescentou que **a multa de ofício**, calculada sobre o valor de contribuição cuja falta de recolhimento se apurou em procedimento administrativo fiscal, está em **consonância** com a legislação de regência.

Ademais, quanto às alegações de ilegalidade/inconstitucionalidade da utilização da taxa Selic em matéria tributária, considerou a incompetência da autoridade administrativa para apreciar esta classe de argumentos.

Por fim, considerou o **lançamento procedente em parte**, de acordo com o quadro demonstrativo abaixo:

	EXIGIDO	MANTIDO	EXONERADO
COFINS	R\$ 19.440,00	R\$ 5.207,76	R\$ 14.232,24
MULTA	R\$ 14.579,80	R\$ 3.905,62	R\$ 10.674,18

Recurso Voluntário

Após relatar brevemente os eventos fáticos transcorridos, a recorrente alega ser nulo o julgamento da DRJ por ter cerceado o direito de defesa ao não deferir a produção de prova requerida, ultrapassado esse argumento, entende que a DRJ não considerou a lei que regula matéria, os fatos e a real verdade contida no processo, merecendo a decisão ser reformada, conforme demonstra a partir dos seguintes argumentos:

Cerceamento de defesa

A recorrente pugna pela **nulidade do julgamento**, tendo em vista que, o órgão julgador a quo, afastou a produção de prova pericial solicitada pela mesma. Alega que não realização da prova pericial impôs à recorrente um gravoso cerceamento de defesa e a conseguinte agressão ao princípio da ampla defesa, pois diz ser decisiva para que a mesma prove o alegado em sua peça de defesa.

Exclusão do SIMPLES

A recorrente foi excluída do SIMPLES através da decisão do processo administrativo nº 10725.001204/2002-16. Com isso, busca demonstrar que não incorre em nenhuma das hipóteses de exclusão apontadas pela Autoridade Fiscal, quais sejam: prestação de serviços profissionais de corretor— compra e venda de linhas e ações de telefone e execução de consertos e manutenção de aparelhos celulares e de telefonia.

Alega que não há qualquer intermediação ou corretagem de negócios, mas verdadeiro desempenho de atividade comercial, atividade de compra e venda de aparelhos, pois adquire os aparelhos da VIVO, paga por estes se tornando proprietária e os vende no mercado varejista.

Confessa em seu Recurso que exista autorização contratual para realização de serviços de consertos e manutenção de aparelhos celulares, no entanto alega que apenas possui receita derivada de "revenda de mercadoria", como atestado pela própria fiscalização.

Aduz que para efeitos de vedação à opção pelo SIMPLES, não basta a previsão hipotética de realização de serviços de manutenção/reparação, mas sim, devem estas atividades efetivamente ser realizadas.

Com isso, pugna que não há razão legal que justifique a exclusão da recorrente da sistemática de apuração pelo SIMPLES, sendo inconsistente a presente autuação por basear-se na indevida exclusão praticada. Acrescenta que, certa por ter o direito ao SIMPLES, cumpriu com todas as suas obrigações fiscais, restando extinto o crédito tributário apurado pela sistemática do SIMPLES.

Caso o entendimento seja que a recorrente não poderia optar pelo SIMPLES, sustenta que os tributos excedentes só poderiam ser exigidos em face dos fatos geradores ocorridos a partir da comunicação da exclusão, tendo que vista que a recorrente optou pelo SIMPLES em 22/06/1998, no entanto foi comunicada da sua exclusão apenas em 25/07/2003, restando claro que ocorreu verdadeira aceitação tácita de sua habilitação por parte da Autoridade competente.

Lucro arbitrado

A recorrente alega que Autoridade Fiscal lançou de ofício o IRPJ com base no lucro arbitrado e lucro é arbitrado quando a empresa está obrigada à apuração pelo lucro real. No entanto,

entende ser indevida a presente apuração, pois a mesma deveria se dar pelo lucro presumido, pois não está obrigada à apuração do IRPJ pelo lucro real.

Multa de ofício

Não obstante, aduz ser absurda e desproporcional penalidade de 75% (setenta e cinco por cento) exigida sobre o montante devido e ainda em face da inconstitucional taxa SELIC aplicada como juros moratórias.

Pugna que multa não ultrapasse a 20% (vinte por cento) do valor do tributo exigido, tendo em vista que Superior Tribunal de Justiça, utilizando como paradigma a decisão do Supremo Tribunal Federal, limita a multa no percentual de 30% (trinta por cento), adotou um parâmetro de 20% (vinte por cento) para considerar como não confiscatória a multa por infração fiscal.

Inaplicabilidade dos juros Selic

Concluiu, em suma, que o caráter estritamente remuneratório dessa "Taxa" não permite sua utilização para qualquer outra finalidade que não seja remunerar o capital alheio, não se prestando para a indenização objetivada nos juros moratórios, demonstrando que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que é o órgão competente para tanto, já decidiu que não deve ser aplicada referida taxa.

Voto

Conselheiro Renato Vieira de Avila, Relator

Trata-se de recurso voluntário interposto em face de decisão que julgou **parcialmente procedente** a impugnação apresentada em face do referido Auto de Infração.

Admissibilidade do Recurso

O contribuinte teve ciência do acórdão de impugnação em **10.09.2008**, conforme Avisos de Recebimento - AR, fls. 453, nos termos do inciso II do parágrafo 2º do artigo 23 do Decreto 70.235 de 06.03.1972 (PAF), iniciando-se a contagem do prazo para apresentação de recurso no dia útil subsequente, conforme artigo 5º, também do PAF.

Art. 5º Os prazos serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

Parágrafo único. Os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

Verifica-se, pois, que a recorrente apresentou o competente Recurso Voluntário em **24.09.2008**, conforme comprova o comprovante de protocolo da DRF – CAMPOS - RJ, logo, o recurso apresentado é **tempestivo** ao prazo legal estabelecido no artigo 56 do PAF:

Art. 56. Cabe recurso voluntário, com efeito suspensivo, de decisão de primeira instância, dentro de trinta dias contados da ciência.

Por fim, observo que, em conformidade com o art. 23-B do Anexo II da Portaria MF nº 343 de 2015 (Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF), este colegiado é **competente** para apreciar o feito, tendo em vista que o valor do litígio está dentro do limite estabelecido pelo dispositivo.

PRELIMINAR

A recorrente alegou, em sede de seu recurso voluntário, a ocorrência de nulidade do lançamento por não ter sido deferido, seu pleito de conversão em diligência para fins de perícia. Ocorre, no entanto, que a matéria suscitada não se perfaz com a perícia, ao contrário, trata-se de matéria de direito, totalmente comprovada nos autos, qual seja, a existência de atividade social vedada ao aproveitamento do programa SIMPLES.

Neste caso, não prospera a preliminar suscitada, merecendo ser rejeitada.

DOS FATOS

A recorrente foi autuada sob a alegação de que teria deixado de recolher COFINS.

O presente de recurso voluntário foi apresentado em decorrência de decisão que julgou **parcialmente procedente** o lançamento, que declarou a decadência aos meses 01/1999 e 11/1999; exonerou integralmente os lançamentos referente ao mês 09/2004; bem como exonerou parcialmente os lançamentos referentes aos meses 12/1999 a 08/2003; manteve integralmente os lançamentos referentes aos meses 10/2003 e 07/2004, inclusive os juros de mora e multa de ofício a eles correspondentes.

Com isso, requer a recorrente, a nulidade, se não a reforma da decisão que considerou parcialmente procedente o lançamento, tendo em vista, segundo a mesma, ter cerceado o direito de defesa da ora recorrente, ao não deferir a produção de prova requerida; ultrapassada a nulidade do julgado, o presente julgado não considerou a lei que regula a matéria, conforme exposto no tópico acima.

MÉRITO

A questão trata a respeito de dois argumentos apresentados pela recorrente, no qual, o primeiro, cinge-se a sua tentativa de permanecer no programa SIMPLES, sob o argumento fundado na não realização, de fato, das atividades descritas em seu contrato social e impeditivas do SIMPLES. Ou seja, mediante a juntada de suas notas fiscais representativas de suas atividades, buscou demonstrar que, em que pese haver constante em seu contrato social e CNPJ, as atividades de corretor e conserto de equipamentos não são prestadas pela recorrente. De outra monta, iresigna-se a recorrente em face da apuração da base de cálculo de seu tributo devido.

Exclusão do SIMPLES

Consta no processo o parecer conclusivo ao PAF 10725.001204/2002-16, com os seguintes dizeres:

Na Declaração de Firma Individual (fl. 05) consta que a empresa tem por atividade econômica:

compra e venda de aparelhos, linhas, ações de telefones;

telefonia celular;

equipamentos de informática;

consertos e manutenções de aparelhos celulares, telefonia;

Tais itens são mencionados porque, conforme o parecer conclusivo, a legislação é e clara e taxativa quanto a impossibilidade da atividade de corretor participar do Simples, consoante se depreende do artigo 9.º XIII da Lei 9.317.

Lucro arbitrado

Quanto à sistemática de apuração da base de cálculo do PIS, combatido neste PAF e. Já em fls. 23, a fiscalização procedeu à solicitação de arbitramento de lucro, em decorrência da não apresentação dos livros e da apresentação da DIPJ, cuja opção do contribuinte fora pelo lucro arbitrado:

Diante da falta de apresentação dos Livros Diário e Razão, foi o contribuinte reintimado a apresentar tais elementos, de forma a que pudesse à Fiscalização apurar o imposto devido pela pessoa jurídica.

*não ter apresentado a escrituração com base no Lucro Real, e tendo o mesmo apresentado suas DIPJ's com base no Lucro Arbitrado (fls.29/140 do processo 10725.001227/2004-92, de IRPJ e Reflexos), restou à Fiscalização **apurar o IRPJ devido nos anos-calendário fiscalizados (99 à 2002) com base em Arbitramento**, o qual foi solicitado à Chefia da SAFIS/DRF/CGZ através da **Solicitação de Arbitramento do Lucro (fis.222)**, conforme preconiza a Portaria COFIS nº 21/96.*

*Ressalte-se que o Arbitramento para os anos de 1999 à 2002 foi realizado com base na **Receita Bruta** conhecida a partir das notas fiscais de vendas de mercadorias, notas essas que encontram-se incorporadas aos **Anexos** do Processo 10725.001227/2004-92, de IRPJ e Reflexos.*

Conforme tem decidido este CARF, uma vez não entregue a documentação comercial solicitada pela fiscalização, procede o arbitramento. A base cálculo do Pis, no caso contribuinte sujeito à tributação pelo lucro arbitrado, deverá ocorrer pela sistemática cumulativa. Segue precedente no mesmo sentido:

Acórdão: 1102001.307

PESSOA JURÍDICA EXCLUÍDA DO SIMPLES. TRIBUTAÇÃO.

A pessoa jurídica excluída do Simples sujeitarseá, a partir do período em que ocorrerem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

ARBITRAMENTO DO LUCRO.

Sujeitase ao arbitramento do lucro o contribuinte que deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal.

RECEITA BRUTA APURADA. LIVROS FISCAIS. DEDUÇÕES E ABATIMENTOS.

É legítimo o lançamento levado a efeito pela fiscalização federal fundamentado em provas colhidas em livros fiscais de escrituração obrigatória perante a legislação tributária de outro ente federativo. Incumbe ao contribuinte o ônus da prova da existência de outras deduções da receita bruta, além daquelas constatadas pelo fisco na análise dos referidos livros.

CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS/PASEP E COFINS. LUCRO ARBITRADO. REGIME CUMULATIVO.

A apuração da da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, no caso de contribuinte sujeito ao lucro arbitrado, deve ser feita na forma do regime cumulativo, tendo por base de cálculo o faturamento, deduzidas as exclusões previstas em lei.

Denota-se do documento acostado em fls. 017 do segundo volume, denominado Composição da Base de Cálculo - (Apuração Sintética), verifica-se a existência das colunas Período de apuração e **RECEITA DE VENDAS**, tendo sido esta a base de cálculo utilizada pela fiscalização.

Conclusão

Diante do exposto, voto por conhecer do recurso voluntário e rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito negar provimento.

(assinado digitalmente)
Renato Vieira de Avila