



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

Processo nº 10830.007752/2007-67
Recurso nº 168.024 Voluntário
Acórdão nº 1302-00.302 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de maio de 2010
Matéria DCTF
Recorrente CANDY COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
Recorrida 4ª TURMA/DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/03/1999, 30/06/1999, 30/09/1999, 31/12/1999, 31/03/2000, 30/06/2000, 30/09/2000, 31/12/2000, 31/03/2001, 30/06/2001, 30/09/2001, 31/12/2001, 31/03/2002, 30/06/2002, 30/09/2002, 31/12/2002, 31/03/2003, 30/06/2003, 30/09/2003, 31/12/2003

DECADÊNCIA. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. A decisão de nulidade não tem o condão de afastar a decadência que já tinha atingido parte do lançamento original.

NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA. Não procedem as arguições de nulidade quando não se vislumbra nos autos qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

PROVA EMPRESTADA. Não ocorre a denominada prova emprestada quando não há utilização de prova produzida em outro processo. No caso presente, para o ano-calendário 2001, ocorreu a utilização de informações prestadas pelo próprio sujeito passivo ao Fisco Estadual, conforme previsão em convênio de cooperação.

MULTA AGRAVADA. Não deve ser aplicada a multa agravada de 112,5% se não fica demonstrada ação ou omissão do contribuinte com o objetivo de retardar ou impedir a atividade de fiscalização.

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

Ano-calendário: 1998

EXCESSO DE RECEITA NA SISTEMÁTICA DO SIMPLES. EXCLUSÃO. Caracterizada a omissão de receita, relativa ao ano-calendário de 1998, cuja matéria já se tornou definitiva no âmbito administrativo, em

procedimento fiscal distinto, denotando a conseqüente superação do limite de receita admissível na sistemática do Simples, segue-se a exclusão da contribuinte de dita forma de tributação favorecida, estendendo-se os efeitos da exclusão a partir do ano-calendário seguinte, quando a interessada sujeitar-se-á às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/03/1999, 30/06/1999, 30/09/1999, 31/12/1999, 31/03/2000, 30/06/2000, 30/09/2000, 31/12/2000, 31/03/2001, 30/06/2001, 30/09/2001, 31/12/2001, 31/03/2002, 30/06/2002, 30/09/2002, 31/12/2002, 31/03/2003, 30/06/2003, 30/09/2003, 31/12/2003

EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SIMPLES. ARBITRAMENTO. A empresa optante pelo SIMPLES, por restar desobrigada legalmente da manutenção de escrituração regular completa, está sujeita ao arbitramento do seu lucro, nos períodos em que se operarem os efeitos da exclusão, mormente quando não comprova manter facultativamente a escrituração requerida para a apuração do lucro real.

O fato gerador do tributo é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, comprovada, no presente caso, pela apresentação da Declaração Simplificada e pelas informações prestadas ao Fisco Estadual.

A receita bruta e o faturamento conhecidos devem prevalecer na determinação do lucro arbitrado, nos termos da legislação pertinente.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Data do fato gerador: 31/03/1999, 30/06/1999, 30/09/1999, 31/12/1999, 31/03/2000, 30/06/2000, 30/09/2000, 31/12/2000, 31/03/2001, 30/06/2001, 30/09/2001, 31/12/2001, 31/03/2002, 30/06/2002, 30/09/2002, 31/12/2002, 31/03/2003, 30/06/2003, 30/09/2003, 31/12/2003

APURAÇÃO. ARBITRAMENTO. À CSLL aplicam-se as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação vigente.

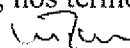
A base de cálculo da CSLL das empresas sujeitas ao arbitramento do lucro, porque desprovidas de escrituração contábil, corresponde a 12% da receita bruta, como definida na legislação vigente, acrescida dos demais rendimentos de capital, eventualmente auferidos.

Retifica-se o lançamento para excluir o valor da contribuição social sobre o lucro líquido já pago na sistemática do SIMPLES e/ou declarado no PAES, observados os percentuais previstos, conforme a faixa de receita bruta.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso, reconhecendo a decadência em relação aos fatos geradores ocorridos até o 3º trimestre de 1999 e afastando a multa agravada de 112,5 %, mantendo a multa de ofício de 75%, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.





MARCOS RODRIGUES DE MELLO – Presidente e Relator

EDITADO EM: 12 AGO 2010

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Wilson Fernandes Guimarães, Guilherme Pallastri Gomes da Silva, Lavinia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira, Eduardo de Andrade, Irineu Bianchi e Marcos Rodrigues de Mello.

Relatório

Trata-se dos Autos de Infração relativos ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, lavrados em 17/09/2007, que formalizaram o crédito tributário contra a contribuinte em epígrafe no valor total de R\$ 5.218,79, incluindo multa de ofício e juros de mora calculados até 31/08/2007, devido às irregularidades assim discriminadas na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal:

Do IRPJ (fls. 67/68)

“Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo contribuinte supracitado, efetuamos o presente Lançamento de Ofício, nos termos do Art 926 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda 1999), tendo em vista que foram apuradas as infração(ões) abaixo descrita(s), aos dispositivos legais mencionados.

Razão do arbitramento no(s) período(s): 03/1999 06/1999 09/1999 12/1999 03/2000 06/2000 09/2000 12/2000 03/2001 06/2001 09/2001 12/2001 03/2002 06/2002 09/2002 12/2002 03/2003 06/2003 09/2003 12/2003

Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos de sua escrituração, conforme Termo de Início de Fiscalização e termo(s) de intimação em anexo, deixou de apresentá-los.

Enquadramento legal:

De 01/01/1995 a 31/03/1999

Art 47, inciso III, da Lei nº 8.981/95

A partir de 01/04/1999

Art 530, inciso III, do RIR/99

001 – RECEITAS OPERACIONAIS (ATIVIDADE NÃO IMOBILIÁRIA)

REVENDA DE MERCADORIAS

Falta de recolhimento de valores relativos ao IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA E DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO, relativos aos anos-calendário de 1999 a 2003, apurados em decorrência da infração relatada no Termo de Verificação Fiscal que faz parte integrante do presente Auto de Infração.

Fato Gerador Valor Tributável ou Imposto Multa (%)

31/03/1999 R\$5.353,03 112,50

30/06/1999 R\$15.569,36 112,50

W. L.

30/09/1999	R\$2.821,50	112,50
31/12/1999	R\$4.564,10	112,50
31/03/2000	R\$3.908,20	112,50
30/06/2000	R\$4.525,32	112,50
30/09/2000	R\$2.612,50	112,50
31/12/2000	R\$5.075,40	112,50
31/03/2001	R\$2.265,24	112,50
30/06/2001	R\$1.379,45	112,50
30/09/2001	R\$1.277,65	112,50
31/12/2001	R\$1.410,95	112,50
31/03/2002	R\$1.262,49	112,50
30/06/2002	R\$1.906,49	112,50
30/09/2002	R\$1.754,39	112,50
31/12/2002	R\$1.457,10	112,50
31/03/2003	R\$866,44	112,50
30/06/2003	R\$1.679,42	112,50
30/09/2003	R\$1.508,88	112,50
31/12/2003	R\$2.940,95	112,50

Enquadramento legal: Art. 532 do RIR/99."

Da CSLL (fls. 82/84):

"Lançamento decorrente da fiscalização do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, na qual foram apuradas as infrações abaixo descritas, ocasionando, por conseguinte, insuficiência na determinação da base de cálculo desta contribuição.

001 – CSLL

CSLL SOBRE O LUCRO ARBITRADO

(Idem ao IRPJ)

Enquadramento legal: Art. 2º e §§, da Lei nº 7.689/88; art. 19 da Lei nº 9.249/95; art. 20 da Lei nº 9.249/95; art. 2º da Lei nº 9.430/96, art. 6º da Medida Provisória nº 1.807/99 e reedições; art. 6º da Medida Provisória nº 1.858/99 e reedições, art. 37 da Lei nº 10.637/02."

O citado Termo de Verificação Fiscal assim discrimina a infração (fls.

59/65):



“01 – Preliminarmente, serão trazidas a este Termo Fiscal algumas informações relevantes sobre fatos que ocorreram relativos a procedimentos de fiscalização realizada sobre o contribuinte em apreço, que abrangeu os anos-calendário de 1999 a 2002.

02 – Em razão deste fato, serão citados alguns procedimentos adotados pela fiscalização que, quando se referirem a documentos formais, cópias deles serão anexadas ao presente Termo Fiscal.

03 – Sobre o contribuinte em apreço foi realizado procedimento fiscal, amparado pelo MPF nº 0810400-2003-01169-1, relativo ao ano-calendário de 1998.

04 – No referido ano-calendário o contribuinte apresentou Declaração Anual do Imposto de Renda na forma simplificada, por se enquadrar, na época, como uma Empresa de Pequeno Porte – EPP.

05 – No entanto, o Serviço de Fiscalização apurou que no referido ano-calendário o contribuinte apurou uma receita bruta não declarada em valor equivalente a R\$ 949.035,93.

06 – De acordo com o disposto no artigo 9º, inciso II, da Lei nº 9.317/96, a empresa de pequeno porte que tenha auferido no ano-calendário anterior receita bruta superior a R\$ 720.000,00 não poderá optar pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

07 – Nesta mesma linha, o artigo 13 da Lei nº 9.317/96 dispõe que será obrigatória a exclusão do Simples, mediante comunicação da pessoa jurídica, quando ocorrer a situação anteriormente mencionada.

08 – Como o contribuinte não apresentou a comunicação espontânea do fato ocorrido, a sua exclusão do Simples deu-se em procedimento de ofício, em obediência ao disposto no artigo 14 da Lei nº 9.317/96.

09 – Para tanto, foi efetuada uma “Representação Fiscal para Fins de Desenquadramento do Simples”, datada de 27/09/2004. Em decorrência deste procedimento foi gerado um processo que recebeu o nº 10830 005320/2004-79.

10 – Por final, foi exarado o Ato Declaratório Executivo nº 41, datado de 21/10/2004, que declarou excluída do Simples a empresa em apreço, por ter ultrapassado os limites da receita bruta global no ano-calendário de 1998. A ciência do referido Ato Declaratório Executivo foi dada, via postal, no dia 09/11/2004.

11 – Por outro lado, como empresa de pequeno porte, e pelo fato de ter apresentado a Declaração do Imposto de Renda na forma simplificada, estava o contribuinte obrigado a escriturar o livro caixa, caso não mantivesse a escrituração comercial, de acordo com o disposto no artigo 7º, § 1º, alínea “a”, da Lei nº 9.317/96.



12 – No entanto ele deixou de apresentar à fiscalização, após devidamente intimado e re-intimado, os livros fiscais e documentos a ele solicitados, relativos aos anos-calendário de 1999 a 2003

13 – Pelo fato do não atendimento por parte do contribuinte em apresentar os livros e documentos fiscais a ele solicitados decidiu a fiscalização arbitrar os lucros operacionais dos referidos anos-calendário, com base no artigo 539, inciso III, do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 1.041/94 e artigo 530, § único, do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000/99.

14 – Uma vez arbitrado os lucros operacionais foram lavrados contra o contribuinte Autos de Infrações relativos a exigências de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, cujas ciências foram dadas, por via postal, na data de 26/11/2004, formalizados, respectivamente, nos processos e com os créditos tributários seguintes:

EXIGÊNCIA	PROCESSO	CRÉDITO TRIBUTÁRIO	DATA DA CIÊNCIA
IRPJ	10830.007061/2004-11	2.599,28	26/11/2004
CSLL	10830.007062/2004-65	2.178,16	26/11/2004
PIS	10830.007063/2004-18	1.177,76	26/11/2004
COFINS	10830.007064/2004-54	1.177,76	26/11/2004

15 – Cientificado das autuações o contribuinte apresentou impugnação à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas solicitando o cancelamento dos lançamentos de ofício pelas razões por ele apresentadas.

16 – As Decisões emanadas pelo eminente órgão julgador anteriormente citado foram no sentido de julgar procedentes os lançamentos fiscais efetuados. As Decisões receberam os seguintes números de Acórdãos:

EXIGÊNCIA	PROCESSO	CRÉDITO TRIBUTÁRIO	ACÓRDÃO	DATA
IRPJ	10830.007061/2004-11	2.599,28	9183	20/04/2005
CSLL	10830.007062/2004-65	2.178,16	9184	20/04/2005
PIS	10830.007063/2004-18	1.177,76	9185	20/04/2005
COFINS	10830.007064/2004-54	1.177,76	9186	20/04/2005

17 – Em razão das Decisões prolatadas pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento, o contribuinte apresentou recursos voluntários que foram analisados pela Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes.

18 – Pela leitura dos recursos efetuados pelo contribuinte aos órgãos julgadores, bem como das Decisões emanadas da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, pode observar que não houve, em momento algum a arguição do fato da não existência do desenquadramento do contribuinte em apreço do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.



19 – No entanto, embora as lavraturas dos autos de infração tenham ocorrido após o desenquadramento do contribuinte na sistemática do Simples, como anteriormente historiado, a Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes decidiu torná-los nulos, com o argumento de tal procedimento não havia sido adotado. A Decisão encontra-se consubstanciada no Acórdão nº 105-15-781 e é datada de 21/06/2006.

20 – A propósito, importante reproduzir alguns comentários do voto do Relator que conduziu a sua decisão no sentido de tornar nulos os Autos de Infração lavrados.

“Salvo discernimento mais esclarecedor, o auditor fiscal obrou equivocadamente, uma vez que não há previsão legal para arbitramento do lucro para as empresas optantes pelo sistema simplificado de tributação – SIMPLES”.

“Outrossim, para que as normas de tributação, aplicáveis às demais pessoas jurídicas, pudessem ser aplicadas ao caso em exame, era necessária antes a exclusão da recorrente do sistema simplificado”.

“Assim, restando frustradas as tentativas no sentido de obter junto à recorrente a exibição dos seus registros contábeis, inclusive do seu Livro Caixa, cabia ao auditor fiscal formalizar representação para fins de exclusão da mesma do simples”.

Como afirmado, tal providência não foi tomada no caso presente o que caracteriza preterição do direito de defesa da recorrente e por via de conseqüência, leva à nulidade do auto de infração, à luz do que preconiza o art. 59, II, do PAF”.

21 – No entanto, conforme já relatado neste Termo Fiscal, para as lavraturas dos Autos de Infrações anteriormente mencionados foram adotados procedimentos básicos a teor da legislação tributária aplicável à matéria, que contraria frontalmente os argumentos contidos na Decisão da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, a saber:

1º) Em razão de o Serviço de Fiscalização ter apurado que no ano-calendário de 1998 uma receita bruta não declarada pelo contribuinte em valor equivalente a R\$ 949.035,93, foi proposta a sua exclusão do Simples através de procedimento de ofício, em obediência ao disposto no artigo 14 da Lei nº 9.317/96.

2º) A exclusão do Simples deu-se através da edição de Ato Declaratório Executivo nº 41, datado de 21/10/2004, cuja ciência foi dada ao contribuinte, via postal em 09/11/2004.

3º) Pelo fato de o contribuinte ter deixado de apresentar a fiscalização, após devidamente intimado e re-intimado, os livros fiscais e documentos a ele solicitados, decidiu ela apurar, por arbitramento, os lucros operacionais a serem tributados, com base no artigo 539, inciso III, do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 1.041/94 e artigo 530, § único,



do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000/99.

4º) Os lucros a serem tributados foram apurados por arbitramento após a empresa já ter sido notificada de sua exclusão do Simples.

22 – Tendo em vista todo o exposto, e considerando o disposto no artigo 173, inciso II, da Lei nº 7.172/66 (sic) - CTN, a seguir reproduzido, serão novamente lavrados os mesmos Autos de Infração e relativos aos mesmos anos-calendário, já anteriormente efetuados e, no entanto, tornados nulos por parte da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, sem alguma compreensão por parte desta fiscalização.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado

23 – Tais lançamentos serão efetuados tomando como base a mesma linha de procedimentos anteriormente adotados, que a seguir serão historiados.

24 – O contribuinte em apreço foi intimado e re-intimado, respectivamente, nas datas de 30/07/2004 e 10/08/2004, a apresentar os livros e documentos por ele escriturados nos anos-calendário de 1999 a 2002. Apesar das intimações, o contribuinte não logrou apresentar qualquer resposta à fiscalização

25 – Nas datas de 20/10/2004 e de 09/11/2004 foi o contribuinte intimado e re-intimado a apresentar os livros e documentos por ele escriturados no ano-calendário de 2003. Apesar destas novas intimações, o contribuinte novamente não apresentou qualquer resposta à fiscalização.

26 – Como empresa de pequeno porte, e pelo fato de ter apresentado a Declaração do Imposto de Renda na forma simplificada, estava o contribuinte obrigado a escriturar o livro caixa, caso não mantivesse a escrituração comercial, de acordo com o disposto no artigo 7º, § 1º, da Lei nº 9.317/96, a seguir reproduzido

[transcrição]

27 – Conforme anteriormente noticiado, o contribuinte em apreço foi intimado e re-intimado a apresentar os seus livros e documentos fiscais relativos aos anos-calendário de 1999 a 2003, sem que, no entanto, tenha ele logrado atender à fiscalização até a presente data.

28 – Em razão do exposto, pelo fato de o contribuinte ter deixado de apresentar à fiscalização o livro caixa a que estava obrigado a escriturar, no qual deverá estar escriturado toda a movimentação financeira, inclusive a bancária, e por sido ele



excluído da sistemática de apuração dos tributos na forma simplificada, o imposto e as contribuições a serem dele cobrados serão determinados com base nos critérios do lucro arbitrado, de acordo com a inteligência do artigo 539, inciso III, do Regulamento do Imposto de Renda de 1994, aprovado pelo Decreto nº 1.041/94 e o artigo 530, inciso III c/c o artigo 527, inciso I e § único, ambos do Regulamento do Imposto de Renda de 1999, aprovado pelo Decreto nº 3.000/99, a seguir reproduzidos:

[transcrição]

29 – De acordo com o disposto no art. 1º da Lei nº 9.430/97 (sic), a partir do ano-calendário de 1997 o lucro arbitrado deverá ser apurado trimestralmente, “in verbis”:

[transcrição]

30 – O lucro tributável arbitrado será determinado mediante a aplicação do percentual equivalente a 9,6 por cento sobre receitas brutas conhecidas, de acordo com o que dispõe os artigos 15 e 16, da Lei nº 9.249/95, “in verbis”:

[transcrição]

31 – Para a apuração do lucro arbitrado, relativo aos anos-calendário de 1999, 2000, 2002 e 2003, serão utilizadas as receitas brutas declaradas constantes das Declarações do Imposto de Renda, apresentadas na forma simplificada pelo contribuinte. Já para o ano-calendário de 2001, como não foi apresentada Declaração do Imposto de Renda, será utilizado o faturamento mensal por ele informado à Secretaria do Estado dos Negócios da Fazenda do Estado de São Paulo, de acordo com os valores a seguir reproduzidos:

[demonstrativo com mês/ano e receita bruta declarada]

32 – Sobre o Lucro Arbitrado apurado serão cobrados os créditos tributários devidos do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, o Pis e a COFINS

33 – Os créditos tributários em comento serão cobrados através de Autos de Infração a serem lavrados de forma apartada, dos quais fará parte integrante o presente Termo Fiscal.

34 – A multa de ofício a ser aplicada por ocasião da lavratura dos Autos de Infração será agravada pela não prestação de esclarecimentos por parte do contribuinte com relação às informações e os livros e documentos a ele solicitados, de acordo com o que preceitua o art. 44, § 2º, da Lei nº 9.430/96, “in verbis”:

[transcrição]

35 – Todos os Termos Fiscais e demais documentos e informações anteriormente citados fazem parte integrante do presente Termo Fiscal.

36 – E para constar...”



A contribuinte foi cientificada dos Autos de Infração, por via postal, em 24/09/07 (AR de fls. 99). Inconformada, a interessada apresentou, por intermédio de seu representante legal, impugnação de fls. 102/123, acompanhada de documentos de fls. 124, tudo postado com registro na agência de correios e telégrafos, em 16/10/2007, conforme faz prova o envelope de fls. 125.

Protesta, preliminarmente, pela decadência do crédito tributário relativo aos fatos geradores de 1999 até setembro de 2002, por força do disposto no art. 173 do CTN, acrescentando que *“o STJ já declarou inconstitucional o artigo 45 da lei 8212/91, que estende o prazo de prescrição e decadência em 10 (dez) anos, por violentar o artigo 146, III, da Magna Carta”*.

No mérito, argúi que o sigilo de dados e bancário são cláusulas pétreas na Constituição, acusando o Fisco de há muito tentar burlar esta norma, por meio de constantes edições de leis já julgadas inconstitucionais pelo Pretório Excelso.

E que a utilização de prova emprestada, qual seja, a obtenção de dados junto ao Fisco Estadual relativo ao faturamento da impugnante, é uma afronta ao devido processo legal, *“já que tal obtenção não pode servir para as exações ora discutidas, por absoluta falta de adequação à hipótese de incidência das mesmas, com o tributo devido ao fisco estadual, qual seja, ICMS”*.

Acaso superada essa preliminar, também alega que o faturamento obtido do Fisco Estadual não constitui fato gerador do imposto de renda, nem tão pouco da contribuição social sobre o lucro líquido, do Pis e da Cofins, posto que os dois primeiros levam em conta o lucro auferido e os demais consideram as receitas financeiras.

Conclui que não restou demonstrado nos autos a ocorrência do fato gerador, não sendo confiável a base de cálculo imputada, por absoluta precariedade no lançamento fiscal. Cita jurisprudência.

Mediante extenso arrazoado, contrapõe-se à cobrança de juros calculados à taxa Selic, dizendo imoral, ilegal e inconstitucional a exigência. Entende devidos os juros de 1% ao mês, previstos no art. 161 do CTN. De quebra, acrescenta não ter sido demonstrada com memória descritiva a referida cobrança de juros.

Quanto à multa aplicada no percentual de 112,50%, diz possuir nítido caráter confiscatório. Salienta, ainda, ter solicitado prazo para verificar a legitimidade de atender ao Fisco, concluindo não ter havido a perda de prazo a justificar o agravamento da multa. E emenda:

“VIII – Nem tão pouco, por não ter sido recepcionado o DL 1065/69, e suas modificações, pela nova ordem constitucional, seja porque afronta o que estabelece o § 2º do artigo 145 da Magna Carta, por identidade de base de cálculo, já que tributo é tal encargo, uma vez que honorários somente os fixados em Juízo, e no patamar por este arbitrado, há de se afastada a incidência de tal encargo no momento de 10%.”

Volta ao tema decadência, referindo-se às contribuições sociais, para concluir que o prazo fatal é de 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador.



Encerra com o seguinte pedido:

"Requer se dignar o Ilustre Delegado da Receita Federal de Julgamento em sua Competência Funcional, em anular o presente auto de infração, pelos fundamentos acima colocados em elenco, ou seja, do IRPJ, CSL, COFINS e PIS, expungir à aplicação da Taxa Selic, do encargo do DL 1065/99, bem como na multa com efeito de confisco, bem como pela não imputação da mesma, por falta de amparo legal, já que o mandado de fiscalização é nulo de pleno direito, em vista de sua caducidade temporal, e por que tal majoração da multa é inconstitucional, ALÉM DE TER OCORRIDO A DECADÊNCIA PARCIAL AO DIREITO DE LANÇAR OS TRIBUTOS EM DISCUSSÃO." (grifos do original)

Foram juntados por anexação aos presentes autos os processos de Representação Fiscal para fins de Desenquadramento do SIMPLES (10830.005320/2004-79) e da SRS apresentada em contestação à Exclusão (10830.006937/2004-10), em atendimento às disposições constantes da Portaria SRF nº 6.129, de 2 de dezembro de 2005 (fls. 218).

Na citada Representação para Fins de Desenquadramento do SIMPLES (fls. 184/185), a fiscalização aponta a existência de receita bruta não declarada no ano-calendário de 1998, em valor equivalente a R\$949.035,93, superior ao limite de R\$ 720.000,00, previsto na legislação de regência para a permanência da empresa de pequeno porte em mencionada sistemática de tributação.

O Termo de Verificação Fiscal de fls. 187/207 discrimina os fatos que levaram à fiscalização concluir pela existência de receita bruta não declarada no ano-calendário de 1998, esclarecendo, basicamente, a existência de depósitos bancários cuja origem não se logrou comprovar.

O desenquadramento do SIMPLES se deu mediante Ato Declaratório Executivo nº 41, de 21 de outubro de 2004, em razão de a optante ter ultrapassado os limites de receita bruta global no ano-calendário de 1998 (fls. 209), fato cientificado à contribuinte em 09/11/2004 (AR de fls. 210).

Na SRS apresentada contra a exclusão do SIMPLES, a interessada argúi em sua defesa o seguinte (fls. 138):

"Conforme declaração anexa, poderá ser constatado que no exercício de 1998, nossa empresa teve um faturamento de R\$ 22.202,43 ficando abaixo do limite de adesão ao Simples que era de R\$ 120.000,00 conforme descrito abaixo.

"Art. 4º

§ 4º Para fins do disposto neste artigo, os convênios de adesão ao SIMPLES poderão considerar como empresas de pequeno porte tão-somente aquelas cujas receita bruta, no ano-calendário, seja superior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) e igual ou inferior a R\$ 720.000,00 (setecentos e vinte mil reais)." (NR)"

Encontram-se juntados por apensação aos presentes autos os processos nºs 10830.007061/2004-11 e 10830.007062/2004-65, relativos, respectivamente, aos autos de infração para exigência do IRPJ e da CSLL, os quais foram anulados pelo Conselho de

Contribuintes, em sede de apreciação de recurso voluntário, conforme Acórdãos nºs 105-15.781 e 105-15.784, ambos de 21 de junho de 2006.

A DRJ decidiu conforme ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/03/1999, 30/06/1999, 30/09/1999, 31/12/1999, 31/03/2000, 30/06/2000, 30/09/2000, 31/12/2000, 31/03/2001, 30/06/2001, 30/09/2001, 31/12/2001, 31/03/2002, 30/06/2002, 30/09/2002, 31/12/2002, 31/03/2003, 30/06/2003, 30/09/2003, 31/12/2003

DECADÊNCIA.

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

Não procedem as arguições de nulidade quando não se vislumbra nos autos qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

PROVA EMPRESTADA.

Não ocorre a denominada prova emprestada quando não há utilização de prova produzida em outro processo. No caso presente, para o ano-calendário 2001, ocorreu a utilização de informações prestadas pelo próprio sujeito passivo ao Fisco Estadual, conforme previsão em convênio de cooperação.

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

Ano-calendário: 1998

EXCESSO DE RECEITA NA SISTEMÁTICA DO SIMPLES. EXCLUSÃO.

Caracterizada a omissão de receita, relativa ao ano-calendário de 1998, cuja matéria já se tornou definitiva no âmbito administrativo, em procedimento fiscal distinto, denotando a conseqüente superação do limite de receita admissível na sistemática do Simples, segue-se a exclusão da contribuinte de dita forma de tributação favorecida, estendendo-se os efeitos da exclusão a partir do ano-calendário seguinte, quando a interessada sujeitar-se-á às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/03/1999, 30/06/1999, 30/09/1999, 31/12/1999, 31/03/2000, 30/06/2000, 30/09/2000, 31/12/2000, 31/03/2001, 30/06/2001, 30/09/2001, 31/12/2001, 31/03/2002, 30/06/2002, 30/09/2002, 31/12/2002, 31/03/2003, 30/06/2003, 30/09/2003, 31/12/2003

EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SIMPLES. ARBITRAMENTO.

A empresa optante pelo SIMPLES, por restar desobrigada legalmente da manutenção de escrituração regular completa, está sujeita ao arbitramento do seu lucro, nos períodos em que se operarem os efeitos da exclusão, mormente



quando não comprova manter facultativamente a escrituração requerida para a apuração do lucro real.

O fato gerador do tributo é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, comprovada, no presente caso, pela apresentação da Declaração Simplificada e pelas informações prestadas ao Fisco Estadual.

A receita bruta e o faturamento conhecidos devem prevalecer na determinação do lucro arbitrado, nos termos da legislação pertinente.

Retifica-se o lançamento para excluir o valor do imposto de renda já pago na sistemática do SIMPLES e/ou declarado no PAES, observados os percentuais previstos, conforme a faixa de receita bruta.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Data do fato gerador: 31/03/1999, 30/06/1999, 30/09/1999, 31/12/1999, 31/03/2000, 30/06/2000, 30/09/2000, 31/12/2000, 31/03/2001, 30/06/2001, 30/09/2001, 31/12/2001, 31/03/2002, 30/06/2002, 30/09/2002, 31/12/2002, 31/03/2003, 30/06/2003, 30/09/2003, 31/12/2003

APURAÇÃO. ARBITRAMENTO.

À CSLL aplicam-se as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação vigente.

A base de cálculo da CSLL das empresas sujeitas ao arbitramento do lucro, porque desprovidas de escrituração contábil, corresponde a 12% da receita bruta, como definida na legislação vigente, acrescida dos demais rendimentos de capital, eventualmente auferidos.

Retifica-se o lançamento para excluir o valor da contribuição social sobre o lucro líquido já pago na sistemática do SIMPLES e/ou declarado no PAES, observados os percentuais previstos, conforme a faixa de receita bruta.

01/04/2008. A recorrente tomou ciência em 20/03/2008/ e apresentou recurso em

Em seu recurso alega:

- que seriam cláusulas pétreas o sigilo bancário e o sigilo de dados;
- que houve utilização de prova emprestada pois foram utilizadas informações do ICMS;
- que a taxa SELIC é inconstitucional;
- que houve decadência do direito de lançar;
- que houve quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, o que seria inconstitucional.
- que não seria aplicável a multa majorada de 112,5%.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Marcos Rodrigues de Mello

O recurso é tempestivo e deve ser conhecido.

Análise inicialmente a alegação de decadência.

Importante ressaltar que o segundo lançamento foi realizado em função da 5ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes ter decretado a nulidade por vício formal do 1º lançamento em 21/06/2006.

Tendo sido anulado o lançamento por vício formal, a regra de decadência a ser aplicada é a prevista no art. 173, II, que prescreve que o prazo se inicia a partir do julgamento que anulou o lançamento por vício formal. Tendo sido anulado em 21/06/2006 e sendo o novo lançamento cientificado em 20/03/2008, não há de se falar em decadência em relação a este segundo lançamento.

No entanto, sendo a decadência matéria de ordem pública e tendo sido o 1º lançamento lavrado em 26/11/2004, entendo decaídos os lançamentos referentes aos fatos geradores ocorridos até o 3º trimestre de 1999, tendo em vista que o fato de ter sido declarada a nulidade do 1º lançamento, esta decisão não tem o condão de validar aquele lançamento que já tinha sido efetuado após o prazo decadencial.

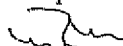
Diante do exposto, voto no sentido de reconhecer a decadência dos lançamentos referentes aos fatos geradores ocorridos até o 3º trimestre de 1999.

Quanto à aplicação da multa de ofício agrada para 112,5%, verifico que a fiscalização justificou sua aplicação a fls. 50:

A Multa de ofício a ser aplicada por ocasião da lavratura dos Autos de Infração será agravada pela não prestação de esclarecimentos por parte do contribuinte com relação as informações e os livros e documentos a ele solicitados, de acordo com o que preceitua o art. 44, § 2º, da Lei nº 9.430/96.

No entanto, a fiscalização justificou o arbitramento do lucro a fls. 52:

Conforme anteriormente noticiado, o contribuinte em apreço foi intimado, e re-intimado, a apresentar os seus livros e documentos fiscais relativos ao período de 1999 a 2003, sem que, no entanto, tenha conseguido atender à fiscalização até a presente data. Em razão do exposto, pelo fato do contribuinte ter deixado de apresentar à fiscalização o Livro Caixa, no qual deverá estar escriturado toda a movimentação financeira, inclusive bancária, o imposto será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, de acordo com a inteligência do art. 539, inciso III, do Regulamento do Imposto de Renda de 1994, aprovado pelo Decreto nº 1.041/94 e art. 530, inciso III c/c o art.



527, parágrafo Único do Regulamento do Imposto de Renda de 1999, aprovado pelo Decreto no 3 000/99.

Embora entenda que o arbitramento do lucro não configure uma penalidade, mas sim uma forma de apuração da base de cálculo, entendo que o mesmo fato (falta de entrega de livros) não poderia justificar os dois procedimentos. Não fica evidente pela constatação do fisco que houve tentativa da recorrente de impedir o regular curso da fiscalização e nem recusa na entrega de documentos e foi justamente a falta dos livros que levou ao arbitramento.

Diante do exposto, voto pelo afastamento da multa agravada.

A recorrente também se manifesta contra a utilização de dados de sua movimentação financeira, argumentando que seria inconstitucional.

Dispõe a súmula 2 do 1º Conselho de Contribuintes;

O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Em relação ao argumento da ilegalidade de utilização de prova emprestada, entendo suficiente a ementa da decisão DRJ sobre o tema:

PROVA EMPRESTADA.

Não ocorre a denominada prova emprestada quando não há utilização de prova produzida em outro processo. No caso presente, para o ano-calendário 2001, ocorreu a utilização de informações prestadas pelo próprio sujeito passivo ao Fisco Estadual, conforme previsão em convênio de cooperação.

Em relação à utilização da taxa SELIC, também há súmula vigente que vincula este colegiado:

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

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso, reconhecendo a decadência em relação aos fatos geradores ocorridos até o 3º trimestre de 1999 e afastando a multa agravada de 112,5 %, mantendo a multa de ofício de 75%.



MARCOS RODRIGUES DE MELLO - Relator