



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

Processo nº 10920.001975/2005-40
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1103-001.018 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de abril de 2014
Matéria IRPJ, CSL, PIS e COFINS
Recorrente FRIZANTE BEBIDAS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

NULIDADE DOS LANÇAMENTOS - SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL

Nada há que objete serem exarados os lançamento de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, pelo fato de a exclusão do Simples não ter seu desfecho selado. Aliás, é consectário da própria exclusão do Simples a apuração de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, ainda que aquela não tenha tido sua solução derradeira no processo administrativo fiscal. A questão é de prejudicialidade. Se derruído o ato de exclusão do Simples, como corolário os lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins resultarão prejudicados e igualmente fulminados.

EXIGÊNCIA SOB O REGIME DE LUCRO PRESUMIDO POR EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL - IMPOSSIBILIDADE

A partir da vigência da Lei 9.718/98 não é possível a opção pelo regime do lucro presumido, mediante simples apresentação da atual DIPJ, muito menos por resposta a intimação para se escolher o regime de apuração. Mister se faz o pagamento de alguma parcela relativa ao primeiro período de apuração do ano-calendário sob o regime de lucro presumido, para configurar a opção. Impunha-se a exigência de IRPJ e de CSLL pelo lucro arbitrado, diante da exclusão da recorrente do Simples federal, e da inexistência de escrituração contábil regular. Vício substancial que fulmina os lançamentos.

PIS, COFINS - OMISSÃO DE RECEITAS

A omissão de receitas foi apurada pela fiscalização, com base nos Livros de Registro de Apuração de ICMS. Não se está aqui diante de prova emprestada, mas de meio comprobatório de “escrituração” de débitos e, assim, de operações de venda (receitas de venda). Tal formulação probatória não foi elidida pela recorrente. Lançamentos procedentes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, ao recurso, DAR provimento parcial ao recurso, para afastar as exigências de IRPJ e de CSLL, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Eduardo Martins Neiva Monteiro e André Mendes de Moura, que negaram provimento por entenderem que a opção pelo regime de tributação pelo lucro presumido não seria matéria passível de conhecimento de ofício.

(assinado digitalmente)

Aloysio José Percínio da Silva- Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Takata - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Marcos Shigueo Takata, Eduardo Martins Neiva Monteiro, André Mendes de Moura, Fábio Nieves Barreira, Breno Ferreira Martins Vasconcelos e Aloysio José Percínio da Silva.

Relatório

DO LANÇAMENTO

Trata-se de autos de infração, onde há a exigência do pagamento de IRPJ, CSL, PIS e Cofins, referentes aos anos-calendários de 2001, 2002 e 2003, em decorrência da exclusão da recorrente do Simples Federal em 7/8/2003, conforme o Ato Declaratório Executivo DRF/JOI 462.415.

Afirmou que, em resposta ao Ato Declaratório retromencionado, após ter sido julgada improcedente a sua manifestação de inconformidade, a recorrente apresentou recurso à DRF de Florianópolis/SC, o qual, até o momento, não foi julgado.

Alegou que a recorrente informou optar pelo Lucro Presumido, que realizou a entrega de alguns livros solicitados e que justificou a ausência do Livro de Registro de IPI e do ato declaratório que autoriza a fabricação de bebidas alcoólicas, alegando que, apesar de estar presente em seu contrato social a industrialização de bebidas alcoólicas, nenhum produto foi fabricado até aquela data.

Ressaltou a omissão da recorrente quanto à entrega das DCTFs em 2001, 2002 e 2003, e afirmou que, mesmo tendo sido essa excluída do Simples em 2001, ela entregou as declarações referentes a essa forma de tributação nos 03 anos retrocitados (fl. 121, TVF).

Baseou o lançamento de ofício dos tributos mencionados no artigo 841 do RIR/99, e a aplicação da multa de 75% no artigo 44, I, da Lei 9.430/96.

Foram utilizados os valores de saída de mercadoria constantes dos livros de registro de apuração do ICMS, para apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSL com base no lucro presumido, e como faturamento para fins de apuração de PIS e Cofins.

Quanto ao crédito tributário constituído mediante lançamento, colacionou o seguinte quadro (fl. 124):

R\$				
Tributo	Principal	Juros de Mora	Multa	Total
IRPJ	13.669,54	7.892,77	10.252,11	31.814,42
PIS	7.404,19	4.382,47	5.553,00	17.339,66
COFINS	12.302,58	7.103,44	9.226,85	28.632,87
CSLL	34.173,84	20.227,85	25.630,20	80.031,89

DA IMPUGNAÇÃO

Irresignada, a recorrente apresentou impugnação de fls. 127 a 131, em que aduz, em síntese, o que segue.

Primeiramente, afirmou que a recorrente apresentou todos os documentos disponíveis solicitados e que a fiscalização cometeu um erro ao não considerar como obstáculo para realizar o presente lançamento o fato de que essa foi excluída do Simples de forma ilegal e

arbitrária, não tendo sido o seu recurso julgado até a presente data. Ressaltou também que a fiscalização não emitiu notificação fiscal à recorrente.

Baseou a ocorrência do erro retro mencionado no fato de que, segundo a jurisprudência dominante, o crédito tributário só possui a sua constituição definitiva quando não é mais cabível recurso ou após o transcurso do prazo para sua interposição, hipóteses que não ocorreram no presente caso. Desse modo, afirmou que o presente lançamento visa constituir crédito tributário que não há definição se são devidos ou não.

Fundada nos argumentos retro mencionados, afirmou que esse lançamento está viciado, de forma a atestar o arbítrio e ferir o contraditório e a ampla defesa.

Alegou que os lançamentos só poderiam ter sido realizados, caso a recorrente fosse declarada, em final instância, excluída do Simples federal.

Por fim, requereu que sejam permitidos todos os meios de prova em direito admitido, o recebimento da impugnação, o cancelamento da exigência fiscal em questão e o arquivamento do presente processo.

DA DECISÃO DA DRJ

Em 29/5/2008, acordaram os membros da 6ª Turma de Julgamento da DRJ/RJOI, por unanimidade de votos, julgar procedente em parte o lançamento, conforme o entendimento que se segue.

Primeiramente, afirmou que a recorrente ignorou o fato de que o procedimento fiscal é inquisitório, ao alegar que houve o desrespeito ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Evidenciou que não há amparo legal para que uma empresa excluída do Simples realize práticas incompatíveis com a sua nova situação junto à Fazenda Pública, mesmo que o julgamento de sua manifestação de inconformidade esteja pendente. Nesse sentido colacionou o artigo 24, II, da IN/SRF 250/2002, que prevê os efeitos da exclusão do Simples.

Consignou que o ato de exclusão em tela foi legal, pois esse foi realizado de ofício, de acordo com o artigo 23, I, da IN/SRF 250/2002.

Aduziu que não há dúvida quanto ao mérito administrativo da exclusão impugnada, uma vez que a 2ª Turma da DRJ/Curitiba-PR indeferiu, por unanimidade de votos, o requerimento da recorrente no que tange à reinclusão no Simples.

Devido ao fato de a recorrente ter efetuado, em 17/2/2001, o pagamento sob o código de receita 6106 (Simples), no valor de R\$1.076,89, o lançamento foi parcialmente mantido, pois a Turma da DRJ decidiu por deduzir esse valor pago do montante exigido.

Nesse sentido, acrescentou que a dedução do valor pago deve ser feita especificamente sobre o valor lançado quanto ao primeiro trimestre de 2001, pois esse corresponde ao período de apuração a que se refere o pagamento espontâneo realizado pela recorrente.

Por fim, colacionou o seguinte quadro que demonstra os valores exigidos, após a dedução mencionada (fl. 152):

Tributo	Valor Lançado (A)	Valor Pago (SIMPLES) (B)	Valor Mantido (C) = (A) - (B)
IRPJ	13.669,54	1.076,89	12.592,65
PIS	7.404,19		7.404,19
Cofins	34.173,84		34.173,84
CSLL	12.302,58		12.302,58

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Inconformada com a decisão, a recorrente interpôs, tempestivamente, recurso voluntário de fls. 172 a 178 (e-processo), reiterando o alegado em sede de impugnação, conforme segue.

Primeiramente, invocou vício substancial dos lançamentos de PIS e Cofins, e com base na apuração do lucro presumido para IRPJ e CSL, porquanto esses só se poderiam concretizar após o trânsito em julgado administrativo do feito em que se debate a exclusão da recorrente do regime simplificado federal.

Afirmou que a fiscalização apenas aplicou a letra fria da lei, sem analisar o que ocorre na vida real, tendo em vista que a recorrente não realiza todas as atividades previstas em seu contrato social, e não realiza, principalmente, a industrialização de bebidas classificada no capítulo 22 da Tabela de Incidência de IPI, atividade que levou a fiscalização a excluir a recorrente do Simples.

Sendo assim, alegou que não houve fiscalização, uma vez que a recorrente não realiza atividade contrária aos princípios norteadores do Simples e que, segundo informação presente na página eletrônica da Receita Federal, deve haver a realização da atividade para que haja o enquadramento ou não da empresa junto ao Simples.

Evidenciou que há jurisprudência no sentido de que deve haver prova da real atividade do contribuinte, de modo a impedir que esse sofra prejuízos e de modo a não inviabilizar a atividade econômica da empresa. Nesse sentido, colacionou jurisprudência.

Por fim, requereu o recebimento e provimento do recurso voluntário, o cancelamento dos autos de infração em questão e o arquivamento do presente processo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcos Shigueo Takata

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade (fl. 171 e 172). Dele, pois, conheço.

Princípio com a arguição de vício substancial dos lançamentos de PIS, Cofins e com base na apuração do lucro presumido (IRPJ e CSL), por se não se encontrar transitado em julgado administrativamente o feito em que se debate a exclusão da recorrente do Simples federal.

A bem ver, a recorrente reputa nulos os lançamentos em causa por vício substancial, por se encontrar suspenso o efeito da exclusão do Simples federal, em face do recurso voluntário ainda não julgado, no regime do PAF (Decreto 70.235/72).

Nada há que objete serem exarados os lançamento de IRPJ, CSL, PIS e Cofins, pelo fato de a exclusão do Simples não ter seu desfecho selado. Aliás, é consectário da própria exclusão do Simples a apuração de IRPJ, CSL, PIS e Cofins, ainda que aquela não tenha tido sua solução derradeira no processo administrativo fiscal.

A questão é de prejudicialidade. Se derruído o ato de exclusão do Simples, como corolário os lançamentos de IRPJ, CSL, PIS e Cofins resultarão prejudicados e igualmente fulminados.

Mas nada interdita que se exarem os autos de infração em questão – o que não significa que estes irão prosperar – na pendência do processo de exclusão do Simples. Não se divisa ofensa ao devido processo legal em tal procedimento. Tanto que se pode inclusive lançar tributo que se encontre com sua exigibilidade suspensa, por ex., por liminar, tutela antecipada ou sentença, para se prevenir a decadência. Afirmiação contrária seria impedir o lançamento por consecução de decadência.

Mais. Aqui não se cuida de exigibilidade suspensa por decisão judicial, que justificada e juridicamente, afaste a imposição de multa.

O caso em dissídio é de exclusão operada que tem sua exigibilidade suspensa por força do próprio processo administrativo que dela decorre e que não comunica, pois, impedimento à lavratura dos auto de infração.

Diverso senso equivaleria, por ex., a se fazer um auto de infração de multa sobre tributo lançado de ofício, por se dar a exigibilidade suspensa.

Outrossim, rejeito a nulidade arguida.

A omissão de receitas foi apurada pela fiscalização, com base nos Livros de Registro de Apuração de ICMS de fls. 36 a 71.

A contrastar ou contraditar esse meio documental de prova a recorrente nada trouxe aos autos, a não ser alegações sem nenhum lastro probatório.

Não se está aqui diante de prova emprestada, mas de meio comprobatório de “escrituração” de débitos e, assim, de operações de venda (receitas de venda). Não é propriamente confissão de débito, mas é forma probatória equivalente ao da escrituração contábil que faz prova contra o contribuinte.

E tal formulação probatória não foi elidida pela recorrente.

Nesse quadro, nego provimento ao recurso sobre a questão de PIS e de Cofins.

Com relação ao IRPJ e à CSL, há outra questão que, a meu ver, impõe ser conhecida e enfrentada de ofício.

O autuante lançou o IRPJ e a CSL com base no lucro presumido, i.e., sobre as receitas omitidas apuradas aplicou o coeficiente de presunção de lucro de 8% e de 12%, respectivamente, para fins de IRPJ e de CSL (fls. 72, 74, 76, 106, 108 e 110).

No TVF é dito que a recorrente apresentou declarações na forma do regime simplificado, para os anos-calendário de 2001 a 2003, apesar do ato de exclusão desse regime, e que não foram entregues DCTFs referentes aos períodos desses anos-calendário.

À intimação de 7/3/05 (fl. 4), na qual se requer a apresentação, entre outros, dos Livros Razão e Diário, dos Livros de Registro de Entrada, de Saída, de Apuração do ICMS, de Apuração do IPI, a recorrente apresenta resposta pedindo dilação de prazo para entrega dos Livros de Registro de Entrada, de Registro de Saída e de Apuração do ICMS e que procede à entrega do Livro Caixa (fl. 6).

A outra intimação de 24/5/05 (fl. 10) é feita para o contribuinte optar pela forma de tributação – lucro real, presumido ou arbitrado – para os anos de 2001 a 2003. Em resposta datada do mesmo dia, é informada a opção pelo lucro presumido (fl. 11).

Ora, a *opção* pelo lucro presumido se dá *pelo pagamento* da primeira quota ou quota única de IRPJ e de CSL do primeiro período de apuração de cada ano-calendário (arts. 26, *caput* e § 1º e 28, da Lei 9.430/96).

Era possível a mudança de opção para lucro real até a data da apresentação da então DIRPJ (art. 26, § 4º, da Lei 9.430/96). *Na prática*, a *opção* pelo lucro presumido (e não só de lucro presumido para lucro real) era passível de ser feita na *entrega da então DIRPJ* (com pagamento dos encargos moratórios, sendo o caso). Mas isso parece ter sido sepultado com o art. 13, § 1º, da Lei 9.718/98, ao prever que a opção pelo lucro presumido é definitiva em relação a todo o ano-calendário: trata-se de redação um pouco diversa ao do art. 26, *caput*, da Lei 9.430/96.

Quer dizer, a partir da vigência da Lei 9.718/98 não me parece ser mais possível a opção pelo regime do lucro presumido, mediante *simples apresentação da atual DIPJ*. Mister se faz o pagamento de alguma parcela relativa ao primeiro período de apuração do ano-calendário sob o regime de lucro presumido, para configurar a opção.

Um passo além. Certo é que *não há como se fazer a opção* pelo lucro presumido mediante *simples resposta a intimação* afirmando que se opta por tal regime.

Diante da não apresentação dos Livros Razão e Diário, as exigências de IRPJ e de CSL caberiam ser feita por arbitramento do lucro, nos termos do art. 530, IV c/c o art. 516, §§ 1º e 4º, do RIR/99.

Já tive oportunidade de dizer, em outra ocasião, que *matematicamente* os valores apurados e exigidos podem ser *iguais*, mas *juridicamente* revelam critério e regime jurídico *distintos* – caso do arbitramento do lucro para fins de CSL.

No caso de IRPJ, os valores apurados (lucro), e, conseqüentemente, exigidos, podem ser até menores que o legalmente devido, porém, isso não autoriza cancelar a pretensão fiscal, pois a hipótese é de regime jurídico diverso ao que determina a lei.

Como antecipei, trata-se de questão apreciável de ofício, a meu ver. A impositividade do regime jurídico não se mostra diversa a outras questões conhecíveis e apreciáveis de ofício como a de decadência.

Nessa linha de considerações, dou provimento ao recurso sobre a questão de IRPJ e de CSL.

Sob essa ordem de considerações e juízo, dou provimento parcial para afastar as exigências de IRPJ e de CSL.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 8 de abril de 2014

(assinado digitalmente)

Marcos Takata - Relator