



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 10976.000138/2010-15  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 1401-004.336 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 12 de março de 2020  
**Recorrente** BISCOITOS MABISK LTDA.  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)**

Ano-calendário: 2005

**EXCLUSÃO DO SIMPLES. REGIMES DE TRIBUTAÇÃO APLICÁVEIS.**

A empresa excluída do Simples deve, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, ser tributada pelas regras do Lucro Real, Lucro Presumido ou, excepcionalmente, pelo Lucro arbitrado.

Deve-se, portanto, oportunizar à empresa excluída do Simples a **opção** de apurar seus resultados, não podendo a Fazenda Nacional escolher em seu lugar sob pena de, em assim o fazendo, submeter à pessoa jurídica excluída, dentre os regimes que poderia legalmente adotar, a tributação por aquele mais oneroso

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Carlos André Soares Nogueira e Nelso Kichel.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Carlos André Soares Nogueira, Nelso Kichel, Cláudio de Andrade Camerano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva, Letícia Domingues Costa Braga e Eduardo Morgado Rodrigues.

**Relatório**

Por meio do Acórdão nº 02-27.882, proferido pela 4ª Turma da DRJ/BHE, em sessão de 29 de julho de 2010, foi mantido integralmente o lançamento de ofício lavrado contra a Interessada, então apurado sob as regras do **Lucro Arbitrado**, lançamento decorrente da exclusão da Interessada do SIMPLES, objeto do processo nº 10976.000224/2009-94, o qual foi julgado nesta mesma sessão de julgamento, onde se decidiu pela sua exclusão do SIMPLES.

De se transcrever o relatório que consta na decisão de piso, acerca do presente lançamento:

### **Relatório**

#### **1- Auto de Infração**

*Contra a empresa anteriormente identificada foram lavrados o Auto de Infração do Imposto de Renda e os seus reflexos nos seguintes montantes de crédito tributário total (principal, multa e juros):*

| <b>Tributo</b>                                         | <b>Crédito Tributário – R\$</b> |
|--------------------------------------------------------|---------------------------------|
| <b>IRPJ</b>                                            | 51.912,80                       |
| Contribuição para o <b>PIS/Pasep</b>                   | 23.548,33                       |
| Contribuição Social s/ o Lucro líquido - <b>CSLL</b>   | 38.934,55                       |
| Contribuição p/ Fin. Seguridade Social - <b>Cofins</b> | 108.685,41                      |
| Crédito tributário total                               | 223.081,09                      |

*O enquadramento legal encontra-se discriminado nos Autos de Infração mencionados.*

#### **2- Termo de Verificação Fiscal**

*No Termo de Verificação Fiscal de fls. 76/85 a autoridade fiscal descreve como foi procedida a fiscalização que culminou no lançamento constante do presente processo.*

*Inicialmente o autuante descreve que a empresa foi excluída do SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES, pelos seguintes motivos:*

*- não apresentação, pela interessada, dos livros fiscais a que estaria obrigada a escriturar referente ao ano-calendário de 2005;*

*- prática reiterada de infração à legislação tributária, baseada na conduta de informar valores de receita bruta na Declaração de Informações Econômico Fiscais em valores inferiores aos constantes de suas Notas Fiscais.*

*A DRF/Contagem exarou o Despacho nº 1647, em 26/05/2006, no processo administrativo nº 10976.000224/2009-94 e emitiu o Ato Declaratório Executivo nº 68, de 10 de novembro de 2009, excluindo a empresa da sistemática*

*simplificada a partir de 01/01/2005, com fulcro no art. 14, incisos II e V, da Lei nº 9.317, de 05/12/1996.*

*Intimada, a empresa deixou de apresentar os livros fiscais a que estava obrigada pela legislação fiscal, bem como os documentos que deveriam servir de base para a sua escrituração.*

*Diante dessa situação, o autuante, com base no artigo 530, inciso I do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000/99 - RIR/99, apurou o IRPJ com base no lucro arbitrado, tendo como base as notas fiscais de saída emitidas no período fiscalizado. Da mesma forma, com base nas notas fiscais de saída emitidas foram também objeto de lançamento neste processo as contribuições sociais CSLL, PIS e Cofins.*

*Para o agravamento da multa, a fiscalização considerou que ocorreu ação dolosa por parte da empresa, consubstanciada na conduta de informar valores inferiores de receita bruta na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - Simples, comprovada a partir da apuração das notas fiscais emitidas, retardando o conhecimento por parte do fisco da ocorrência de fatos tributáveis.*

*A aplicação da multa agravada de 150% teve como enquadramento legal o artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96.*

### **3- Impugnação**

*Inconformada a empresa apresentou as impugnações de fls. 88/ 104 para o IRPJ, 165/181 para a CSLL, 236/252 para o PIS e 305/321 para a Cofins, todas de mesmo teor, resumidas a seguir.*

#### **3.1- Dos Fatos**

*Sob o título acima, a impugnante relata problemas que haveria ocorrido com a firma contratada para cuidar de sua contabilidade.*

*Diz que os valores remetidos para pagamento de tributos estavam sendo desviados pela prestadora de tais serviços. A empresa teve conhecimento do fato ao descobrir que havia parcelamentos em seu nome, o que não deveria existir, pois acreditava que os débitos vinham sendo quitados pontualmente.*

*Após os contratamentos decorrentes desse procedimento por parte da contadora, a escrituração contábil foi transferida para outro profissional.*

*O novo contador não localizou nos arquivos transferidos pela antiga contadora os livros solicitados pela fiscalização.*

#### **3.2- Débitos Apurados pela Fiscalização**

*Alega a empresa que, apesar da ausência dos livros fiscais, disponibilizou todas as notas fiscais do período, o que permitiu que a fiscalização encontrasse divergências entre os valores informados pela contabilidade nas Declarações Simplificadas e aqueles apurados pelo exame das notas fiscais, resultando em recolhimento a menor.*

*Para a impugnante, esta constatação foi uma total surpresa, pois acreditava ter conseguido reorganizar sua contabilidade. A apuração do montante de tributo devido era feita pela antiga contabilidade e informada à impugnante, que se limitava a enviar o numerário respectivo para quitação dos valores.*

*As diferenças no recolhimento do SIMPLES, apuradas pela fiscalização, foram imediatamente pagas, somando R\$ 65.755,20.*

### **3.3- Impugnação à Exclusão do Simples**

*Contra a exclusão do Simples argumenta:*

*“19. Como informado anteriormente, contra a exclusão da Impugnante do SIMPLES foi apresentada Manifestação de Inconformidade (Doc. 6), que aguarda julgamento. A exigência fiscal consubstanciada no Auto de Infração ora impugnado é decorrência da exclusão procedida, em que se cobra da empresa os tributos devidos pela modalidade lucro presumido.*

*19.1. Ocorre que, em face da ausência de julgamento acerca da exclusão, esta não produziu efeitos até o momento. O lançamento de tributos pelo lucro presumido pode ter o objetivo exclusivamente de tentar evitar o perecimento do crédito tributário por força da decadência. Não há exigibilidade quanto a tais valores, enquanto - e se - não confirmada a exclusão do SIMPLES, após o julgamento definitivo do processo administrativo nº 10976.000224/2009-94, formado apartir do Despacho DRF/COM nº 1.647, de 10.11.2009.*

*19.2. É que, na hipótese de provimento da Manifestação de Inconformidade apresentada pelo contribuinte, a empresa não será excluída do SIMPLES e, consequentemente, não haverá que se falar em exigência fiscal pelo lucro presumido. Neste caso, o presente Auto de Infração perde seu objeto, devendo ser cancelado prontamente.”*

### **3.4- Compensação com Valores Recolhidos pelo SIMPLES**

*A empresa requer, a se confirmar a exclusão do Simples, que os valores apurados pela fiscalização sejam compensados com aqueles recolhidos a título de Simples.*

### **3.5- Decadência**

*Defende a impugnante que, nos termos do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2005 constituem marcos iniciais da contagem do prazo decadencial de 5 anos. Assim, os meses de janeiro a março daquele ano, a decadência se operou nos meses de janeiro a março de 2010, antes, portanto da notificação do lançamento ao contribuinte, em 07/04/2010. Por isto, os débitos relativos ao citado período estão definitivamente extintos pela decadência.*

### **3.6- Multa Agravada**

*A defesa argumenta que a aplicação da multa de 150%, na forma do inciso II, do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, depende de prova irrefutável de ter agido o*

*sujeito passivo com evidente intuito de fraude, na forma definida nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, o que não teria ocorrido.*

*Afirma ainda:*

*“Não bastasse o prejuízo quanto ao não recolhimento dos tributos, sabe-se agora que também o cumprimento de obrigações acessórias restou negligenciado, ausentes as escriturações e declarações legalmente exigidas, ou prestadas tais informações de maneira incompleta ou distorcida.”*

#### **4- Exclusão do Simples - Julgamento de 1ª Instância**

*Como procedimento interno, foi anexado às fls. 375/381, a decisão de primeira instância do processo administrativo nº 10976000224/2009-94, Acórdão 02-27.770, de 22/07/2010, da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento – Belo Horizonte/MG.*

*Trata o citado processo da exclusão do Simples da interessada Biscoitos Mabisk Ltda e que tem como consequência os lançamentos nestes autos impugnados.*

A DRJ manteve integralmente os lançamentos. Eis as ementas:

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

**Ano-calendário: 2005**

**EXCLUSÃO DO SIMPLES - EFEITOS -MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE.**

*A exclusão do Simples implica na sujeição do sujeito passivo, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. Não há impedimento do fisco efetuar lançamento, mesmo com impugnação ao Ato Declaratório de Exclusão.*

**ARBITRAMENTO - ESCRITURAÇÃO FISCAL.**

*A simples alegação de extravio ou perda dos livros e documentos fiscais, seja de quem for a responsabilidade, não é suficiente para descaracterizar a hipótese de arbitramento, ainda mais sabendo que a contribuinte não comunicou os fatos à Receita Federal nem refez sua escrituração.*

**COMPENSAÇÃO.**

*A compensação de valores recolhidos indevidamente segue rito próprio não sendo esta DRJ competente para apreciá-la neste processo.*

**MULTA QUALIFICADA.**

*A multa qualificada se aplica aos casos em que se verifica evidente intuito de fraude ou sonegação fiscal, caracterizado pela prática repetida de ações visando reduzir a base de cálculo dos tributos devidos.*

**DECADÊNCIA - TERMO INICIAL - DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.**

*Na hipótese de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, inicia-se a contagem do prazo de decadência do direito de a Fazenda Nacional formalizar a exigência tributária no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.*

**TRIBUTAÇÃO REFLEXA (CSLL - PIS - COFINS).**

*Tratando-se de lançamento decorrente, a relação de causa e efeito que informa o procedimento leva a que o resultado do julgamento do feito reflexo acompanhe aquele foi dado ao lançamento principal*

**DO RECURSO VOLUNTÁRIO**

Após fazer um relato das circunstâncias que envolveram a sua exclusão do SIMPLES, a Recorrente apresenta suas alegações (destaques do original) quanto aos lançamentos do presente processo:

*11.1. Ato contínuo à exclusão do SIMPLES, a Recorrente foi notificada quanto à exigência de IRPJ, PIS, Cofins e CSLL, arbitrados pelo Sr. Auditor-Fiscal, com imposição de multa de ofício de 150%, em razão de suposta fraude cometida pelo sujeito passivo. Impugnadas as exigências fiscais, a 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, em Belo Horizonte, proferiu o Acórdão 02-27.882, que manteve o crédito tributário, contra o qual ora se insurge o contribuinte.*

**12. As diferenças no recolhimento do SIMPLES, apuradas pelo Sr. Auditor Fiscal, referentes ao exercício de 2005, foram imediatamente pagas pela Recorrente, somando R\$ 62.755,20 (sessenta e dois mil, setecentos e cinquenta e cinco reais e vinte centavos). (Doc. 5)**

**DO ACÓRDÃO RECORRIDO E RAZÕES PARA REFORMA**

*13. Não obstante os argumentos sustentados na Impugnação apresentada ao Auto de Infração lavrado, a 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte houve por bem julgá-la improcedente, mantendo a exigência do crédito tributário. As razões que motivaram a decisão são sintetizadas adiante, seguidas dos apontamentos sobre sua inconsistência:*

**Arbitramento do Lucro**

*14. A decisão recorrida afirma que, após a exclusão do Simples, não tendo o contribuinte sua escrituração regularizada quanto ao exercício de 2005, sujeitou-se ao arbitramento do lucro, na forma do inciso I, do artigo 530, do RIR/1999, cuja redação é a seguinte:*

*“Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):*

*I - o contribuinte, **obrigado à tributação com base no lucro real**, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;” (grifos nossos)*

*14.1. O argumento não se sustenta, a toda evidência. Ainda que se admita a exclusão da empresa do Simples, com a cobrança de tributos pela sistemática aplicável às demais pessoas jurídicas, **a Recorrente não estava obrigada à tributação com base no lucro real, como prevê o dispositivo legal invocado no acórdão**. Podia submeter-se à apuração pelo lucro presumido. Neste sentido, incabível o enquadramento da situação no inciso I, do artigo 530, do RIR/1999. O dispositivo em comento prevê o arbitramento do lucro quando o contribuinte não mantiver escrituração regular, porque para apuração do imposto pela sistemática do lucro real é imprescindível a análise da escrituração e demonstrações financeiras.*

*14.2. De outro lado, em se tratando de apuração do imposto pelo lucro presumido, suficiente a existência de documentação que comprove a receita do contribuinte, neste caso representada por todas as notas fiscais disponibilizadas à fiscalização pelo contribuinte. Não é por acaso que o inciso I, do artigo 530, acima transcrito, tem sua aplicabilidade restrita aos contribuintes obrigados à tributação com base no lucro real, em nada se referindo aos contribuintes com apuração do imposto pelo lucro presumido.*

*14.3. Assim é que o arbitramento do lucro procedido pelo Sr. Auditor-Fiscal não encontra lastro legal, haja vista a existência de elementos suficientes para que procedesse ao lançamento com base no lucro presumido, a partir da documentação comprobatória das receitas do contribuinte.*

*15. Ao refutar os argumentos do contribuinte quanto à conduta ilícita de sua ex-contadora, o acórdão recorrido invoca o artigo 136, do Código Tributário Nacional, no intuito de enfatizar a natureza objetiva das infrações tributárias, sendo irrelevante a vontade do agente, a efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato, afirmando, ainda, que por isso “a empresa não pode se esquivar das responsabilidades de seus prepostos”.*

*15.1. É de se registrar que os artigos 135 e 137, do Código Tributário Nacional, há muito utilizados pela administração pública na vã tentativa de transferir aos sócios a responsabilidade pelos tributos e penalidades devidos pela pessoa jurídica, foram idealizados com o objetivo de proteger esta contra atos dos mesmos sócios, empregados e prepostos atentatórios contra os interesses sociais. A ex-contadora agiu com excesso de poderes, prejudicando a empresa severamente, maculando 19 anos de atividade sem quaisquer irregularidades tributárias. A situação se encaixa perfeitamente ao tipo legal dos artigos 135 e 137, que preveem a responsabilidade pessoal ao agente pelo tributo e penalidades decorrentes de atos praticados com excesso de poderes.*

*15.2. Não obstante a previsão dos citados artigos, a Recorrente em momento algum pretendeu usá-los como escudos, pagando prontamente os débitos apurados no Simples, além de ter liquidado os parcelamentos em curso requeridos pela ex-contadora sem seu conhecimento ou anuência.*

*15.3. Retomando a análise do ventilado artigo 136, do Código Tributário Nacional, o Sr. Relator esquece de dizer que o referido dispositivo legal se inicia com a expressão “salvo disposição de lei em contrário”. Significa dizer*

*que há situações ressalvadas em lei, em que o aspecto subjetivo da infração é, sim, relevante à configuração da responsabilidade. A objetividade da responsabilidade prevista artigo 136 há de se aplicar quanto à obrigação de pagamento de tributos e penalidades devidos pela empresa em razão dos ilícitos. Quanto a isso, não há discussão, tanto assim que os débitos foram prontamente liquidados pela empresa assim que apurados pela fiscalização. Mas o dolo ou a culpa alheia não são fundamentos para a exclusão do contribuinte do Simples ou para a imposição de multa de ofício agravada, mediante invocação da responsabilidade objetiva do artigo 136.*

No item **Compensação com valores recolhidos pelo SIMPLES**, discorda da decisão de piso e solicita a compensação com os impostos que já recolheu, relativo ao período de apuração de 2005, pelas regras do SIMPLES.

No item **Multa agravada**, repete os argumentos da Fiscalização que motivaram a aplicação da multa de 150%, transcreve os artigos pertinentes, alegando que dolo não se presume, transcreve súmulas do CAREF, acabando por arrematar:

*22. A fragilidade da argumentação do Sr. Auditor Fiscal fica evidente, restringindo-se a afirmar que se teria provado a existência de ação dolosa por parte da empresa, representada pela informação de valores inferiores de receita bruta à administração, o que se teria apurado a partir das notas fiscais de saídas emitidas no período. Em primeiro lugar, há que se lembrar que a fraude, a má-fé e o conluio não podem ser presumidos. Não há nos autos qualquer prova efetiva de ação dolosa da empresa neste sentido. O que se constatou foram pagamentos a menor de tributo, não equiparável, por si só, à sonegação fiscal.*

*23. As ilações da fiscalização não se coadunam com o retrospecto da empresa no cumprimento de seus deveres, nem tampouco com a existência de informações precisas extraídas das notas fiscais. Se havia incongruência entre os valores declarados e as notas fiscais, tal constatação só se fez possível porque as notas fiscais foram regularmente emitidas e disponibilizadas à fiscalização quando requisitadas. Os problemas na escrituração e cumprimento de obrigações acessórias tiveram sua origem explanada anteriormente e não podem ser imputados à empresa, mormente com multa agravada de 150%, cabível em casos específicos definidos em lei, quando incontroversa sonegação fiscal, a fraude ou o conluio por parte do sujeito passivo. Não é o caso dos autos, definitivamente.*

No item **Decadência**, alega que teria ocorrido a decadência para o período de janeiro a março de 2005, nos termos do 150, §4º do CTN.

Com relação aos lançamentos de **CSLL, PIS e COFINS**, que os argumentos ora dedicados ao IRPJ estendam-se a estes.



## Voto

Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano, Relator.

No ano-calendário objeto de fiscalização, a empresa estava inscrita no SIMPLES e, portanto, nesse período, a contribuinte estaria dispensada da escrituração comercial, mas devendo escriturar toda sua movimentação financeira, inclusive bancária, no livro caixa (art. 45, parágrafo único, da Lei nº 8.981/95 e art. 7º, § 1º, *a*, da Lei nº 9.317/96), possuir Livro de Registro de Inventário e guarda de documentos.

A empresa foi excluída do SIMPLES, conforme processo administrativo de nº 10976.000224/2009-94, ocasião em que apresentou seu recurso voluntário contra o ato de exclusão, a qual já foi objeto de julgamento por esta 1ª Turma Ordinária, conforme Acórdão 1401-004.335, nesta mesma sessão, cuja exclusão foi mantida por unanimidade de votos.

Portanto, o que aqui se analisa é o recurso voluntário quanto à exigência do crédito tributário, cabendo esclarecer que questões trazidas quanto ao processo de exclusão da empresa do Simples não serão aqui rediscutidas.

Dentre as alegações postas contra os lançamentos, traz a Recorrente, inicialmente, aquela que se refere ao enquadramento legal da autuação, no caso o **inciso I do art.530 do RIR/99**. A Recorrente defende seu direito de optar pelo regime que lhe parece mais favorável, no caso o do lucro presumido, entendendo que a legislação tributária lhe assegura este direito.

De se ver o enquadramento legal do lançamento do IRPJ:

*Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 19:*

*1- O contribuinte, **obrigado à tributação com base no lucro real**, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;*

Pelo que consta do dispositivo legal supra, entendo que o arbitramento a que se refere tal inciso é direcionado exclusivamente para aquelas empresas obrigadas à apuração de seus resultados pelas regras do **Lucro Real**.

Segundo consta no art.14 da Lei nº 9.718 de 1988 (art.246 do RIR/99, vigente à época), estão obrigadas à apuração pelo Lucro Real as pessoas jurídicas:

- cuja receita total, no ano-calendário anterior, seja superior ao limite de R\$ 48.000.000,00 (atualmente o limite é superior);
- cujas atividades sejam típicas das instituições financeiras;
- que tiverem lucros oriundos do exterior;
- que tenham efetuado pagamento por estimativa mensal;

- que explorem atividades de *factoring* e securitização de créditos imobiliários, financeiros e do agronegócio.

A Recorrente não se encontra em nenhuma destas hipóteses.

É preciso, portanto, aferir-se se com a exclusão da contribuinte do SIMPLES, ficou ela, automaticamente, submetida ao IR com base no lucro real (ou não). Da resposta a esta questão, por óbvio, depende a manutenção ou não dos lançamentos referentes ao IRPJ e à CSLL. De se analisar, portanto, a questão.

Como do **Termo de Verificação Fiscal**, Volume I, se pode inferir, a autoridade fiscal adotou o seguinte entendimento:

*17. Em virtude da publicação do ato de exclusão de ofício acima mencionado, e na impossibilidade da empresa optar pelo regime de tributação simplificada do Lucro Presumido, opção essa que deveria ter sido exercida no momento do pagamento da primeira ou única quota do imposto devido correspondente ao primeiro período de apuração de cada ano-calendário, de acordo com o disposto no art.35 e §§ da IN SRF nº 93/97 c/c art 516 § 4º do RIR/99, restou para empresa o regime de apuração com base no Lucro Real, única alternativa possível de apuração do resultado para o período sob fiscalização, razão pela qual a contribuinte foi notificada para apresentar a escrituração comercial do ano-calendário de 2005, de acordo com as leis comerciais e fiscais, conforme Termo de intimação lavrado em 23/12/2009 de fls. 55 .*

Como se deduz, a Recorrente teria ficado limitada a um único tipo de apuração dos tributos, no caso o do Lucro Real, entendimento que discordo totalmente.

Esta posição defendida pela autoridade fiscal elimina, de pronto, qualquer possibilidade de a empresa, então excluída do SIMPLES, apurar seus tributos devidos pelas regras do Lucro Presumido.

Entendo que não há disposição na legislação tributária que permita concluir que, uma vez excluída do SIMPLES, a empresa não possa, caso preencha os requisitos legais pertinentes, ser tributada pelo lucro presumido, regime pelo qual a Recorrente aspirou ser assim tributado.

Poder-se-ia aceitar a posição da autoridade fiscal, caso a contribuinte estivesse pleiteando a adoção de um regime de tributação para o qual houvesse a exigência de obrigações acessórias mais drásticas que aquelas associadas ao regime que lhe tivesse sido atribuído pela fiscalização, e isto se tais obrigações acessórias mais drásticas não pudessem ser satisfeitas pela contribuinte (como é o caso da manutenção de determinados livros fiscais). Mas este não é o caso que aqui se tem, pois na medida em que o lucro real é o regime que mais obrigações acessórias impõe ao sujeito passivo, nunca se terá uma situação na qual um determinado contribuinte está apto a optar pelo lucro real, mas não está para o lucro presumido.

Nos termos do artigo 527 do RIR/99, as empresas optantes pelo lucro presumido devem manter escrituração contábil ou, alternativamente, que mantenham Livro Caixa com a movimentação financeira. De se observar que no **Termo de Verificação Fiscal** consta a informação da entrega, pela contribuinte, de todas as notas fiscais de saída:

*5. Posteriormente, a empresa encaminha o arquivo magnético contendo as notas fiscais de saídas emitidas durante o ano-calendário de 2005, cujas informações não apresentaram divergências com as vias fixas do talonário das notas fiscais de saídas que haviam sido apresentadas à fiscalização em 25/03/2009.*

Tem-se, assim, que a contribuinte poderia ser intimada para, por exemplo, refazer seu Livro Caixa, já que dispunha de documentação de todo seu faturamento, ou seja, não lhe foi dada oportunidade de optar pelas regras do lucro presumido, mas esta forma de tributação lhe foi deixada de lado por uma razão que, reitero, não tem amparo na legislação.

A autoridade fiscal somente lhe concedeu uma única opção, qual seja, a tributação pelas regras do lucro real.

A possibilidade de opção pelo lucro presumido, pelas regras do antigo SIMPLES, já constava nas edições de Perguntas e Respostas da SRF (atualmente Receita Federal do Brasil):

*Pergunta de nº 183*

*Quais os efeitos da exclusão do Simples?*

***A pessoa jurídica excluída do Simples, por opção, obrigatoriamente ou de ofício, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, sujeitar-se-á às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, inclusive com relação à forma de apuração dos seus resultados, tomando como base as regras previstas para o lucro real, ou, quando seja permitido, opcionalmente, pelo lucro presumido, ou ainda, excepcionalmente, pelo lucro arbitrado, nas hipóteses previstas na lei fiscal.***

*[...]*

Tal possibilidade foi depois expressamente inserida na legislação que rege o SIMPLES NACIONAL:

***Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006***

*[...]*

*Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.*

*§ 1º Para efeitos do disposto no caput deste artigo, na hipótese da alínea a do inciso III do caput do art. 31 desta Lei Complementar, a microempresa ou a empresa de pequeno porte desenquadrada ficará sujeita ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos impostos e contribuições, devidos de*

*conformidade com as normas gerais de incidência, acrescidos, tão-somente, de juros de mora, quando efetuado antes do início de procedimento de ofício.*

*§ 2º Para efeito do disposto no caput deste artigo, o sujeito passivo poderá optar pelo recolhimento do imposto de renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido na forma do lucro presumido, lucro real trimestral ou anual.*

A pessoa jurídica excluída do SIMPLES deve apurar seu resultado pelo lucro real ou presumido. Não existindo escrituração na forma da legislação comercial e fiscal, nem o Livro Caixa, seria correto o arbitramento do lucro, mas com base no inciso III do art.530 do RIR/99:

*Art.530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):*

*I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;*

*II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:*

*a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou*

*b) determinar o lucro real;*

***III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;***

*IV - o contribuinte optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido;*

*V - o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de escriturar e apurar o lucro da sua atividade separadamente do lucro do comitente residente ou domiciliado no exterior (art. 398);*

*VI - o contribuinte não mantiver, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, Livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário.*

*(grifei).*

Deste modo, tendo a contribuinte sido excluída do SIMPLES, mas mantido documentação, no caso de todo o seu faturamento, que lhe permitiria, em tese, ser tributada pelo lucro presumido, lhe deveria ter sido aberta a possibilidade de optar pelo regime de tributação que viesse a preferir.

Nestes termos, incorreu em equívoco a autoridade fiscal ao considerar como automaticamente aplicável à contribuinte, depois da exclusão do SIMPLES, o regime de apuração do IR pelo lucro real.

Em face, assim, de tudo quanto foi exposto, manifesto-me no sentido do provimento do recurso voluntário e da exoneração integral dos créditos tributários lançados.

Em razão do quadro posto, deixo de me manifestar em relação às demais questões trazidas no recurso.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano