



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 13411.000656/2004-74  
Recurso nº. : 152.456  
Matéria: : IRPJ e outros -Simples– anos-calendário: 1999 e 2003  
Recorrente : Gilberto José da Silva -ME  
Recorrida : 4ª Turma de Julgamento da DRJ em Recife – PE.  
Sessão de : 10 de agosto de 2007  
Acórdão nº. : 101-96.281

**NULIDADE-** Não configurado o alegado cerceamento de defesa, é de ser rejeitada a a preliminar de nulidade.

**LUCRO ARBITRADO-** Sujeita-se à tributação pelo lucro arbitrado a pessoa jurídica que, tendo optado optado pela tributação com base no lucro presumido, não possua escrituração contábil e fiscal ou, alternativamente, Livro Caixa.

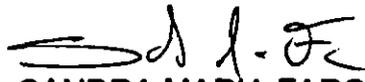
**SIMPLES-** De acordo com as normas em vigor para o ano-calendário de 2002, não estava autorizada a optar pelo Simples, na condição de Empresa de Pequeno Porte, a pessoa jurídica que no ano-calendário imediatamente anterior tivesse auferido receita em montante superior a R\$1.200.000,00.

**SIMPLES- EXCLUSÃO- ARBITRAMENTO DO LUCRO-** A pessoa jurídica excluída do Simples, se sujeita à regras aplicáveis às pessoas jurídicas em geral, ou seja, deve ser tributada pelo lucro real, presumido ou arbitrado. Não possuindo escrituração de modo a ser tributada pelo lucro real, ou Livro Caixa para ser tributada pelo presumido, a tributação deve se dar segundo o lucro arbitrado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por Gilberto José da Silva ME

ACORDAM, os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar e, no mérito, DAR provimento parcial ao recurso, para ajustar do valor a ser exigido para os anos-calendário de 1999, 2000 e 2001, considerando os valores já oferecidos à tributação pela interessada, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Processo nº 13411.000656/2004-74  
Acórdão nº 101-96.281



SANDRA MARIA FARONI  
PRESIDENTE EM EXERCÍCIO E RELATORA

FORMALIZADO EM:

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros JOSÉ RICARDO DA SILVA, PAULO ROBERTO CORTEZ, CAIO MARCOS CÂNDIDO e VALMIR SANDRI e ROBERTO WILLIAM GONÇALVES e MARCOS VÍNICIUS BARROS OTTONI (Suplentes Convocados). Ausente justificadamente o Conselheiro JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR.

Recurso nº. : 152.456  
Recorrente : Gilberto José da Silva -ME

## RELATÓRIO

Contra a empresa Gilberto José da Silva ME foram lavrados, em 12/04/2006, autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica , Programa de Integração Social , Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social

A empresa apresentou declaração pelo lucro presumido nos anos-calendário de 1999 a 2001 e optou pelo SIMPLES no ano-calendário de 2002.

No ano-calendário de 2001 informou ter auferido receita bruta no valor total de R\$1.612.049,80 . Em procedimento de fiscalização, verificou-se que a receita bruta auferida foi de R\$2.230.178,10, ultrapassando o limite para a tributação favorecida pelo SIMPLES.

A fiscalização formalizou representação para desenquadramento da sociedade do SIMPLES, e foi expedido o Ato Declaratório Executivo nº 9, de 11/08/2004, efetuando a exclusão com efeitos retroagindo a 01/01/2002.

Intimada a apresentar os livros contábeis e fiscais, declarou não possuir LALUR e Livros Razão, Diário e Caixa. Tal fato ensejou o arbitramento dos lucros, tendo a receita bruta sido levantada a partir dos livros fiscais destinados à apuração do ICMS.

Além do IRPJ e da CSLL com base no lucro arbitrado, foram lavrados, também, autos de infração por falta de recolhimento da Cofins e do PIS.

Ante a impugnação tempestivamente apresentada, a 4ª Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro julgou procedente em parte a ação fiscal, reconhecendo o direito de serem considerados os valores dos tributos que se encontram inseridos nos recolhimentos efetuados sob o código 6106, que são legalmente definidos.

Tendo tomado ciência da decisão em 03 de outubro de 2005, a interessada ingressou com recurso em 31 do mesmo mês.

Preliminarmente, sugere o descabimento do arbitramento para o período de 1999 a 2001, quando seu regime de tributação era o lucro presumido. Alega que os livros

fiscais relativos ao ICMS são aptos à finalidade a que se destinam, e que não se pode discutir que os valores neles lançados espelham a realidade da receita do contribuinte

Quanto ao arbitramento em si, contesta o coeficiente adotado, afirmando que toda a receita da filial é de gás liqüefeito de petróleo. Aduz não caber, também, a exigência de PIS e Cofins sobre essa receita, por estar sujeita ao regime de substituição tributária.

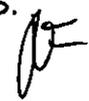
Afirma, ainda, que o enquadramento legal feito pelo auditor não seguiu os termos do Ato Declaratório do Delegado da Receita Federal, tendo citado ato legal inexistente.

Acusa a decisão de primeira instância de confusa e parcial. Refuta a afirmativa de que não houve pedido de exclusão do Simples, asseverando que recebeu o Ato Declaratório em agosto de 2004 e em setembro apresentou solicitação de revisão da exclusão do Simples. Diz que o Relator afirma não haver conflito de normas, mas ele próprio insiste em capitular a fundamentação legal para exclusão do Simples na Lei 9.137/96, que não existe para esse ano e não trata desse assunto. Contesta, também, a afirmativa de que a Receita não aceita tacitamente o Termo de Opção pelo Simples, argumentando que, se pode excluir de ofício, por que não excluiu/vedou ao receber o Termo de Opção, deixando alongar-se o prazo de quase dois anos, após o pedido, para se pronunciar?. Acrescenta que no ato da entrega da impugnação protocolizou a Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples, mas o Relator desconhece a solicitação.

Diz que a autoridade julgadora foi além do que dispôs o autuante,, quanto à fundamentação legal do arbitramento. Acrescenta que nos anos de 1999 a 2001 a empresa optou pelo lucro presumido, sendo descabido falar em lucro real na ementa.

Diz que a receita bruta era conhecida, e que o Relator deixou de verificar o Código e Descrição da Atividade Econômica Principal, que as receitas da filial eram todas de gás liqüefeito de petróleo, as quais têm coeficiente de arbitramento reduzido e não se sujeitam ao PIS e à Cofins, por se tratar de mercadoria vendida no regime de substituição.

Aduz que a redução do valor do auto de infração deveria ser maior, tendo em vista que parte da receita é isenta de PIS e COFINS.



Com essas ponderações, alega cerceamento de defesa, dizendo ser o auto de infração inepto e a decisão confusa.

Quanto ao mérito, alega que houve açodamento do auditor, ao sugerir a exclusão do Simples por excesso de receitas em 2001, quando a opção ocorreu a partir de 01.01.2002. Diz que a Receita, já em 2002, tinha em mãos a DIPJ-Simples/2001 com o pedido do contribuinte para inclusão no regime, não podendo, por falta de empenho do órgão, arcar com a multa sancionatória. Invoca o art. 106, inciso II, alínea a, do CTN. Invoca, ainda, o art. 112 do CTN, postulando que deve ser interpretada a lei de forma mais favorável ao contribuinte, em caso de dúvida quanto à capitulação legal do fato ou a natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos.

Sobre a dúvida na capitulação legal, menciona divergência entre o auditor e a decisão. Sobre a natureza e extensão de seus efeitos, diz que é patente que o auditor verificou, in loco, o tipo de negócio que estava atuando.

Invoca, ainda, o art. 106 ,II, do CTN, para pleitear a aplicação retroativa do art. 33 da MP que ampliou os limites para opção pelo Simples.

Quanto ao arbitramento por não apresentação da escrituração, diz que, sendo optante pelo Simples, não teria condições de exercer suas obrigações por não dispor dos livros para apuração do lucro real. Entende que o arbitramento está em conflito com o art. 16 da Lei 9.317/95, e invoca a interpretação mais favorável, nos termos do art. 112 do CTN.

Diz, ainda, que o auditor omitiu-se de verificar os "Comprovantes de Inscrição" a matriz e da filial, onde poderia verificar que a atividade da filial é a venda de GLP, cujo percentual para arbitramento é de 1,92%.

Além, disso, diz não se tratar de falta de recolhimento, mas de recolhimento antecipado por substituição. Cita o art. 42 da MP 2.158-35/2001 e o art. 4º da Lei 9.718/98

Em abril de 2007 foi juntado aditamento ao recurso voluntário (fl 521 e seguintes), em que o contribuinte persiste em afirmar que o auditor não levou em consideração que as receitas da filial eram exclusivamente oriundas de venda de gás liqüefeito de petróleo. Junta planilhas com a identificação das receitas.

Acrescenta que o atuante desconsiderou todos os recolhimentos realizados correspondentes ao IRPJ, à CSLL pelo lucro presumido, ao PIS e à Cofins. Afirma que, quanto ao PIS e à Cofins, desconhece o atuante que a partir de

Processo nº 13411.000656/2004-74  
Acórdão nº 101-96.281

1º de julho de 2000 (Lei 9.990/00) essas contribuições passaram a incidir uma única vez sobre as receitas das refinarias, isentando-se as receitas das revendedoras.

Pede a nulidade do lançamento pelas inúmeras falhas ou, no mínimo, a conversão em diligência para que a autoridade lançadora cuide da reparação.

É o relatório.



## VOTO

Conselheira SANDRA MARIA FARONI, Relatora

O recurso é tempestivo e preenche as condições legais para seguimento. Dele conheço.

Não acolho a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, a pretexto de ser inepto o auto de infração e confusa a decisão.

Ao contrário, o auto de infração descreve com precisão a acusação, proporcionando à corrente dela defender-se com plenitude. Restou completamente claro nos autos que a empresa teve arbitrado seu lucro em relação aos anos-calendário de 1999 a 2001, por ter optado pela tributação com base no lucro presumido e não possuir escrituração contábil e fiscal ou, alternativamente, Livro Caixa, condição indispensável para poder optar por essa modalidade de tributação.

Quanto aos anos-calendário de 2002 e 2003, também ficou claro nos autos que a pessoa jurídica foi teve seus lucros arbitrados por ter feito sua opção pelo Simples a partir de 2002, mas sua receita.bruta no ano de 2001 excedeu o limite que autorizava a opção. Da mesma forma, o arbitramento se deu porque a empresa, excluída do Simples, se sujeita à regras aplicáveis às pessoas jurídicas em geral, ou seja, deve ser tributada pelo lucro real, presumido ou arbitrado. Não possuindo escrituração de modo a ser tributada pelo lucro real, ou Livro Caixa para ser tributada pelo presumido, a tributação deve se dar segundo o lucro arbitrado.

Da mesma forma, a alegação de que a decisão é confusa e parcial não se confirma.

Menciona a recorrente que o relator falta com a verdade ao citar que não houve pedido de exclusão do Simples por parte do contribuinte, e que teria apresentado Solicitação da Revisão da Exclusão do Simples em 24.09.2004. Todavia, não traz qualquer documento para demonstrar o alegado. Relacionado à sua exclusão do Simples, o único documento que consta dos autos é a impugnação ao auto de infração em litígio, protocoliza em 27 de dezembro de 2004 (fl. 309).

A menção ao fato de o Relator ter se referido à Lei 9.137/96, lei que, no dizer da Recorrente, *não existe neste ano e não trata deste assunto*, denota falta de boa-fé processual, uma vez evidente que se trata de erro material (de digitação),

e que é indubitável que a postulante sabe que o Relator estava se referindo à Lei 9.317/96.

A impossibilidade de aceitação tácita, por parte da SRF, decorre do princípio da estrita legalidade. É óbvio que se a lei impõe condições para a inclusão no sistema, a simples opção exercida pelo contribuinte, sem atendimento das condições legais, não pode implicar, jamais, em aceitação tácita da opção. A Recorrente faz menção a longo decurso de prazo sem que a Receita tivesse vedado o pedido, quando ela própria, ao apresentar o pedido, já sabia que não tinha condições legais para a inclusão no sistema, uma vez que no ano anterior auferira receita bruta anual superior ao R\$1.200.000,00 (art. 9º, inciso I da Lei 9.317/96, com a redação dada pela Lei 9.799/99).

Observe-se que, mesmo que já estivesse legalmente incluída no SIMPLES no ano-calendário de 2001, dele seria obrigatoriamente excluída no ano de 2002, por ter tido faturamento, no ano de 2001, no valor de R\$ 1.612.049,80. Segundo o comando do art. 13, §3º, alínea "a" da Lei nº 9.317/96, caberia à própria contribuinte comunicar obrigatoriamente a sua exclusão até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente (no caso, 31/01/2002) àquele em que houve a ocorrência do fato impeditivo, qual seja, a aferição de receita bruta acumulada no ano calendário de 2001 em montante superior ao limite legal de R\$ 1.200.000,00 (Um milhão e duzentos mil reais) para permanência na condição de Empresa de Pequeno Porte - EPP .

O equívoco da decisão, ao mencionar o inciso III do art. 530 do RIR/99 como motivador do arbitramento no período de 1999 a 2001, quando o auto de infração menciona o inciso I, não configura cerceamento de defesa, até porque a descrição do fato está correta (empresa sujeita ao lucro presumido que não apresentou os livros de documentos da escrituração, ou o livro caixa).

Também não colhe a alegação de que a decisão, ao mencionar também o inciso III, foi além do auto de infração. Os fatos que determinaram o arbitramento são aqueles perfeitamente descritos no auto de infração e na decisão, e estão previstos nos dois incisos do art. 530 .

Conforme já dito no corpo deste voto, em relação aos anos-calendário de 1999 a 2001, a empresa era optante do lucro presumido. Por não possuir escrituração contábil e fiscal ou, alternativamente, Livro Caixa, condição indispensável para poder optar por essa modalidade de tributação, ficou sujeita ao

arbitramento, conforme previsto no inciso I do art. 530 do RIR/99.

Quanto aos anos-calendário de 2002 e 2003, optou pelo Simples, mas por não atender a condição relativa ao limite da receita bruta, dele foi excluída. Ficou, conseqüentemente, sujeita à regras aplicáveis às pessoas jurídicas em geral, ou seja, deve ser tributada pelo lucro real, presumido ou arbitrado. Tendo expressamente declarado não possuir LALUR e Livros Razão, Diário e Caixa, nos do que prevê o inciso III do art. 530 do RIR/99.

As questões relacionadas com a natureza das receitas (revenda de GLP) e não consideração do valor já recolhido, ainda que eventualmente confirmadas, não ensejariam nulidade, por não caracterizarem cerceamento de defesa, podendo, se for o caso, resultar em alteração da exigência.

Rejeito a preliminar.

Quanto ao mérito, não há como entender que houve aqodamento da autoridade fiscal ao sugerir a exclusão do Simples. O lançamento é atividade vinculada, e uma vez se deparando com hipótese legal que vede a opção pelo Simples, o agente da fiscalização não tem outra opção senão representar no sentido de ser feita a exclusão;

Como ficou esclarecido acima, em janeiro de 2002 a Recorrente sequer poderia ter optado pelo Simples, uma vez que se encontrava em situação ensejadora de exclusão do sistema (ter auferido, no ano anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00..

Não têm pertinência os artigos 106 e 112 do CTN para permitir a tributação pelo Simples. Primeiro, porque não se trata de lei meramente interpretativa, nem de lei que defina infração, mas sim, de regime simplificado de tributação. E se assim não fosse, não há qualquer dúvida quanto à capitulação do fato, sua natureza ou circunstâncias materiais, nem quanto à natureza ou extensão dos seus efeitos.

Nos termos do CTN, o art. 33 da MP 233, de 2007 aplica-se a fatos geradores futuros. O art. 106, II, a) do CTN não autoriza sua aplicação a fatos pretéritos, porque não se trata de legislação sobre infração.

Afigura-se como verdadeira tergiversação a alegação de impossibilidade de exercer as obrigações tributárias, por não dispor dos livros necessários à apuração do lucro real. Sabedor de que estava impedido de optar pela sistemática do Simples, por ter auferido receita bruta no ano-calendário de 2001 em

valor superior a R\$1.200.000,00, caberia à empresa efetuar balanço de abertura e manter escrituração contábil e fiscal completa para se sujeitar ao lucro real, ou manter o Livro Caixa devidamente escriturado, para permanecer tributada pelo Lucro Presumido.

A alegação de que toda a receita de sua Filial era representada pela venda de gás liqüefeito de petróleo não pode ser conhecida, pois desacompanhada de qualquer prova nesse sentido (alegar, sem provar, é não alegar).

Não cabe, também, determinar diligência para apurar a origem da receita, porque cabia à interessada demonstrá-lo, e não compete ao fisco produzir prova cujo ônus é da autuada. Conforme lição do Prof .AURÉLIO PITANGA SEIXAS<sup>1</sup>, *para demonstrar (provar) que a verdadeira conduta tributável (fato gerador ocorrido ou fato imponible) é aquela representada em seus livros de contabilidade e declarações tributárias e, conseqüentemente, demonstrar (provar) o desacerto e o equívoco da representação do fato gerador escriturada pelo fiscal lançador, deverá o contribuinte anexar ao recurso administrativo todos os meios de prova ao seu alcance., como cópias de documentos representativos das operações comerciais, cópias dos registros contábeis, etc., etc. Estes meios de prova anexados ao recurso administrativo fiscal pelo contribuinte podem produzir o efeito de convencer ou sensibilizar ou colocar em dúvida, a autoridade aplicadora da lei tributária, com competência legal para reexaminar o lançamento tributário, sobre a incorreta percepção que a autoridade lançadora teve sobre o fato gerador praticado. Ressalta o tributarista que o contribuinte não pode perder a oportunidade de apresentar, desde o início, todas as provas ao seu alcance para demonstrar a exatidão do seu procedimento.*

No caso, nem por ocasião da impugnação, nem na fase recursal, o contribuinte trouxe a prova de que as receitas da filial eram exclusivamente de Gás Liqüefeito de Petróleo.

Por outro lado, os elementos dos autos indicam em sentido oposto ao alegado. Embora os documentos de fls. 19 e 20 (Declaração de Firma Individual) indiquem como objeto da atividade econômica, também a comércio varejista de gás liqüefeito de petróleo, as Declarações de Imposto de Renda apresentadas para os anos-calendário de 1999, 2000 e 2001, não consignam qualquer receita sujeita ao

---

<sup>1</sup> A Prova Pericial no Processo Administrativo Fiscal" Processo Administrativo Fiscal - Dialética - junho-1995



Processo nº 13411.000656/2004-74  
Acórdão nº 101-96.281

percentual de presunção de 1,6% (só há indicação de receitas sujeitas ao percentual de 8%). Da mesma forma, nos quadros destinados à apuração do PIS e da COFINS, nenhum valor figura no campo destinado a isenções ou exclusões da base de cálculo .

Assim, não tem respaldo a alegação de equívoco na aplicação do percentual, nem de que, para o PIS e a COFINS não houve falta de recolhimento, mas recolhimento efetuado por substituição pelo produtor.

Com relação aos valores recolhidos relativos aos fatos geradores ocorridos em 1999, 2000 e 2001, tem razão o Recorrente, pois não está demonstrado no auto de infração que a autoridade considerou os valores oferecidos à tributação pela interessada.

Finalmente, o pedido de exclusão da multa majorada é impertinente, porque a multa aplicada foi a de 75%, sem majoração.

Pelas razões expostas, rejeito a preliminar e dou provimento parcial ao recurso para determinar que, para fim de ajuste do valor a ser exigido para os anos-calendário de 1999, 2000 e 2001, devem ser considerados os valores já oferecidos à tributação pela interessada.

Sala das Sessões, DF, em 10 de agosto de 2007

  
SANDRA MARIA FARONI