



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

Processo nº 13629.001081/2008-95
Recurso nº 172.188 Voluntário
Acórdão nº 1202-00.275 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 06 de abril de 2010
Matéria SIMPLES
Recorrente DISTRIBUIDORA CONRADO LTDA.
Recorrida DRJ - JUIZ DE FORA/MG

IRPJ - BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA. EXCLUSÕES.

Para fins de determinação da receita bruta apurada mensalmente, é vedado proceder-se, mesmo no caso de substituição tributária, a qualquer outra exclusão, em virtude da alíquota favorecida e do tratamento tributário diferenciado utilizado pelos integrantes do Simples.

IRPF - OMISSÃO DE RECEITAS – LUCRO ARBITRADO

A presunção legal de omissão de receita acarreta o arbitramento do lucro, por força de determinação legal expressa – art. 5530, I, do RIR/99 – aplicando-se, quando conhecida a receita bruta, o percentual fixado em lei sobre essa receita.

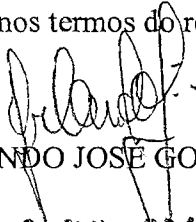
SIMPLES - FALTA DE COMUNICAÇÃO DE EXCESSO DE RECEITA - MULTA REGULAMENTAR

A falta de comunicação, quando obrigatória, do excesso de receita bruta, excesso esse que acarretaria a exclusão obrigatória do SIMPLES, sujeita o infrator à multa regulamentar prevista na legislação de regência.

TAXA SELIC - 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, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO – Presidente em exercício e Relator

EDITADO EM:

08 JUL 2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Orlando Jose Gonçalves Bueno (Vice Presidente da Turma em exercício da Presidência), Carlos Alberto Donassolo, João Bellini Junior (Suplente Convocado), Décio de Lima Jardim (Suplemente Convocado), Nereida de Miranda Finamore Horta, Valeria Cabral Géo Verçoza. Ausente justificadamente o Conselheiro Nelson Lósso Filho .

Relatório

Tratam-se os autos de autuação relativa a impostos e contribuições devidos pelo regime do SIMPLES, referente ao ano-calendário de 2004, decorrentes da constatação de omissão de receitas, com fundamento no art. 281, inciso I, do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99, aprovado pelo Decreto n.º 3.000/99, em face de pagamentos efetuados com recursos estranhos à escrituração. (autos de infração de fls. 06/75)

Em virtude da omissão de receita apurada, advinda de compras de cigarros do fornecedor Souza Cruza S.A. foi ultrapassado o limite de receita bruta permitido para a opção pelo regime do SIMPLES, o que implicou a exclusão de ofício da contribuinte desse sistema de tributação, conforme Ato Declaratório DRF/CFN n.º 16/2007, constante do processo n.º 13629.002772/2007-25, apenso a este.

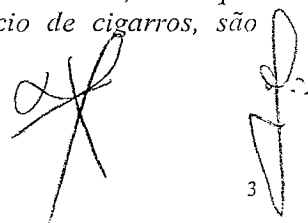
Para o ano-calendário de 2005, a fiscalização procedeu ao arbitramento do lucro da contribuinte, tendo em vista que esta informou não possuir os livros Diário, Razão e de Apuração do Lucro Real. (autos de infração às fls. 80/95)

Conforme o Relatório Fiscal, ainda foi lavrado o Auto de Infração (fls. 97/100) referente à multa regulamentar por falta de comunicação da exclusão da empresa do SIMPLES.

Em razão das infrações apuradas, também foi aplicada a multa qualificada, no percentual de 150%, sobre o imposto e as contribuições decorrentes de omissão de receitas, e formalizada representação fiscal para fins penais por meio do processo n.º 13629.001082/2008-30.

Cientificada dos lançamentos, a contribuinte apresentou impugnação às fls. 381/411, por meio da qual pleiteou o cancelamento das exigências, com base na seguinte argumentação:

- i) *As contribuições federais devidas – PIS/COFINS – foram recolhidas pela fabricante de cigarro pelo sistema de substituição tributária, tendo ocorrido o bis in idem;*
- ii) *A base de cálculo de tributos relativos a cigarro é o preço de venda a consumidor final e a margem de lucro na venda a varejo de cigarros vai no máximo até 8,23%, razão pela qual a contribuinte, como atacadista, deveria ter seu imposto calculado apenas sobre 4% do valor da receita omitida, abatida as despesas, não havendo necessidade de se arbitrar o lucro, mas sim de se apurar o lucro real, obtendo, assim, uma tributação mais justa;*
- iii) *É nula a inclusão da contribuinte no SIMPLES, uma vez que sua atividade preponderante é o comércio atacadista de cigarros, atividade que vedada a opção pelo SIMPLES, nos termos do art. 9º da Lei nº 9.317/96, visto que muitos dos tributos devidos pela fabricação e comércio de cigarros, são recolhidos pelo fabricante em substituição tributária;*



3

- iv) *A multa pela exclusão do SIMPLES não encontra amparo na Lei nº 9.317/96, especialmente devido à exclusão ter sido de ofício, mas também porque a inclusão da contribuinte no SIMPLES foi requerida e deferida contra legem;*
- v) *A multa de 150% deve ser reduzida para 20% porque (i) não houve dolo ou fraude, mas mera inobservância de procedimentos e (ii) porque o STF estabeleceu que a multa cobrada pelo Fisco por descumprimento de obrigações não pode ultrapassar o valor do tributo;*
- vi) *O lançamento tributário foi efetuado sem o devido suporte legal, sobre ato nulo e cálculos efetuados de maneira desfavorável ao contribuinte, em dissonância com o fixado no art. 112 do CTN, bem como sem observância ao princípio da capacidade contributiva;*
- vii) *É inconstitucional a adoção da taxa SELIC para remunerar o crédito tributário, devendo ser substituída pelos juros de mora de 1%, acrescidos de correção monetária calculada de acordo com a variação do INPC.*

Em vista aos argumentos apresentados pela contribuinte, sobreveio a decisão de primeiro grau, acostada às fls. 421/429, pela qual a DRJ – Juiz de Fora julgou procedente o lançamento, restando assim ementado o julgamento:

“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2004

BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA. EXCLUSÕES.

As únicas exclusões da receita bruta permitidas, para as pessoas jurídicas optantes pelo Simples, são as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos. Para fins de determinação da receita bruta apurada mensalmente, é vedado proceder-se, mesmo no caso de substituição tributária, a qualquer outra exclusão, em virtude da alíquota favorecida e do tratamento tributário diferenciado utilizado pelos integrantes do Simples.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2005

BASE DE CÁLCULO. LUCRO ARBITRADO.

O arbitramento do lucro pela autoridade fiscal, quando conhecida a receita bruta, se dá pela aplicação de percentual sobre essa receita fixado em lei.

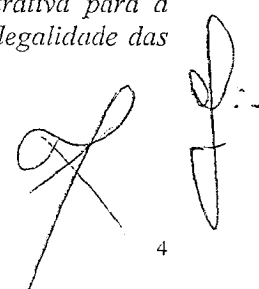
Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2004, 2005

CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA.

Falece competência à autoridade julgadora de instância administrativa para a apreciação de aspectos relacionados com a constitucionalidade ou legalidade das normas tributárias, tarefa privativa do Poder Judiciário.

DECORRÊNCIA. INFRAÇÕES APURADAS NA PESSOA JURÍDICA.

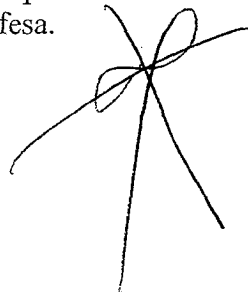


A solução dada ao litígio principal, relativo ao IRPJ, aplica-se aos litígios decorrentes, quanto à mesma matéria fática.

Lançamento Procedente”.

O contribuinte, tempestivamente, interpôs seu recurso voluntário, reafirmando as alegações aduzidas em sua peça inicial de defesa.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Orlando José Gonçalves Bueno, Relator

Por presente a condição de admissibilidade recursal, dele tomo conhecimento.

Como sói acontecer nos casos de acusação de omissão de receitas – pagamentos efetuados com recursos estranhos à escrituração, toda a questão posta a julgamento se centra na consistência, idoneidade e veracidade das provas coligidas nos autos, tanto no que se refere ao trabalho fiscal, como naquelas produzidas pelo contribuinte.

Todavia, no caso em tela, intimado a justificar a ausência de escrituração, no livro Caixa, dos pagamentos efetuados à Souza Cruz e a comprovar a origem dos recursos utilizados para esses pagamentos, o Recorrente reconheceu que não registrou em seus livros fiscais a entrada correspondente à compra dos cigarros e nem mesmo os respectivos pagamentos.

Evidencia-se assim, inegavelmente, que o contribuinte, ora Recorrente, assumiu a irregularidade fiscal apontada pela fiscalização, passando a concentrar sua argumentação na inconsistência da autuação baseada no fato dos tributos devidos pela fabricação e comércio de cigarros, serem recolhidos pelo fabricante em substituição tributária e por estar enquadrado, ainda que indevidamente, na sistemática do SIMPLES.

As alegações da Recorrente, no tocante à ocorrência de *bis in idem*, baseiam-se em uma situação específica, relacionada aos atacadistas de cigarro, produto com preço controlado, que estariam sujeitos à substituição tributária do PIS/Pasep e da Cofins.

A substituição tributária implica atribuir a qualidade de sujeito passivo a outra pessoa jurídica, que não é o contribuinte do tributo. Portanto, a substituição tributária tem que resultar de expressa previsão legal, somente podendo ser atribuída a terceiro que tenha alguma vinculação com o fato gerador da obrigação tributária.

A previsão legal vigente quando da ocorrência do fato gerador da autuação em questão era expressa ao eleger o fabricante como substituto tributário do comerciante varejista, havendo uma aparente lacuna legal quando, entre o fabricante e o varejista, existia um comerciante atacadista.

A substituição tributária, relativamente aos comerciantes atacadistas, somente foi introduzida pela Lei nº 10.865, de 2004, em seu art. 29, que dispôs o seguinte:

"Art. 29. As disposições do art. 3º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, do art. 5º da Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998, e do art. 53 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, alcançam também o comerciante atacadista."

Essa disposição não é de natureza interpretativa, pois claramente estende a substituição tributária anteriormente existente a caso diverso, com aplicação apenas para os novos fatos geradores ocorridos a partir de 1º/05/2004.

Entretanto, como bem relata a autoridade julgadora *a quo*, não pode o comerciante atacadista optante pelo SIMPLES excluir de sua receita bruta o valor das vendas de cigarros, mas apenas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

Portanto, é absolutamente inaceitável a argumentação do Recorrente de que os tributos por ela devidos no ano-calendário de 2004 já teriam sido pagos pelo fabricante, uma vez que o lançamento deu-se pela sistemática do SIMPLES, o qual oferta alíquota favorecida e tratamento diferenciado, que vedam qualquer exclusão da receita bruta.

Tal argumento de defesa não se aplica em relação ao ano-calendário de 2005, pois neste ano o lançamento restringiu-se ao IRPJ e à CSLL.

Quanto à alegação de que não há simultaneamente omissão de receitas e pagamento com recursos estranhos à fiscalização, tem razão o julgado *a quo* ao esclarecer que é a própria falta de escrituração de pagamentos efetuados que caracteriza a omissão de receitas.

A Recorrente também se insurge contra o arbitramento do lucro realizado pela autoridade fiscal, defendendo a apuração do lucro real, considerando-se a margem de lucro na venda de cigarros para os varejistas e o abatimento das despesas.

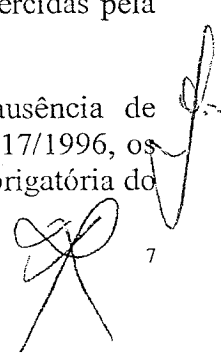
Ora, por força de determinação legal expressa – art. 530, I, do RIR/99 –, inevitável o arbitramento do lucro realizado pela autoridade fiscal, uma vez que ficou comprovada a falta de escrituração de pagamentos efetuados ao fornecedor Souza Cruz S.A. e a origem dos recursos utilizados para estes pagamentos, caracterizando-se, por consequência, a presunção legal de omissão de receitas.

Desta feita, entendo irreparável a decisão de primeira instância não havendo que se falar em apuração do lucro real e nem mesmo em deduções da receita bruta a fim de apurar a margem de lucro nas operações em evidência, seja na sistemática do SIMPLES ou no lucro arbitrado.

A Recorrente ainda questiona o seu indevido enquadramento no SIMPLES pelo Fisco, que considerou como sua atividade preponderante o comércio por atacado de cigarros, atividade que veda a opção pelo SIMPLES, conforme art. 9º, inciso XIX, da Lei nº 9.317/96.

Neste ponto, também acompanho o entendimento da decisão *a quo*, eis que pelo que consta da documentação acostada aos autos – contrato social e CNAE-Fiscal – a atividade econômica da Recorrente consiste no comércio atacadista, incluindo ou não a venda de cigarros, o que não impede a opção pelo SIMPLES. Inclusive, cumpre esclarecer que a vedação veiculada no XIX, do art. 9º, da Lei nº 9.317/96, abrange apenas a atividade de industrialização do cigarro, o que definitivamente não faz parte das atividades exercidas pela Recorrente.

Do mesmo modo, foi corretamente aplicada a multa por ausência de comunicação da exclusão do SIMPLES com base nos arts. 13 e 21, da Lei nº 9.317/1996, os quais impõe a comunicação de excesso de receita bruta, que acarreta a exclusão obrigatória do



SIMPLES, vez que com a inclusão das receitas omitidas na base de cálculo, a Recorrente ultrapassa o limite da receita bruta estipulado para adesão ao SIMPLES.

Quanto ao lançamento com multa agravada em 150%, suportado no enquadramento das condutas da Recorrente no crime de sonegação fiscal – art. 71, da Lei nº 4.502/64, a questão torna-se simples pela análise das robustas constatações fiscais e das singelas afirmações da Recorrente, que tornam evidente a conduta dolosa da Recorrente.

A propósito, transcrevo excerto do Relatório Fiscal (fl. 105):

A falta de escrituração de pagamentos, conforme exposto no item anterior, foi procedimento adotado pelo contribuinte durante todo o período sob fiscalização. Foram 125 (cento e vinte cinco) notas fiscais que deixaram de ser escrituradas, de um total de 127 (cento e vinte e sete), distribuídas em todos os meses. Assim, não se apresenta razoável supor que tais ausências de escrituração tenham sido resultado de esquecimento ou equívoco, ainda mais porque são valores expressivos, representando mais de 99% do valor total das notas fiscais de entrada do fornecedor Souza Cruz SA.

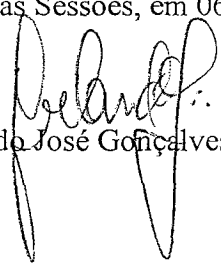
Dessa forma, voto pela manutenção das penalidades imposta pela fiscalização, qual seja, multa de 150%, em estrito atendimento ao previsto na legislação, afastando, assim, as alegações da Recorrente.

O questionamento sobre a inconstitucionalidade da taxa SELIC não merece prosperar, vez que falece competência a esse órgão administrativo para tal apreciação, exclusiva do Poder Judiciário, por expresse comando constitucional e regimental.

Assim, tendo previsão em enunciação legal – art. 61, §3º, da Lei nº 9.430/96-, que se encontra válida em nosso sistema jurídico, sem qualquer vício que macule sua aplicabilidade como norma geral e abstrata, correta sua adoção para a exigência dos juros referidos na taxa SELIC.

Por essas razões, acompanho a decisão de primeira instância, à qual também me reporto para bem fundamentar o presente voto, o que o faço no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 06 de abril de 2010


Orlando José Gonçalves Bueno

