



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

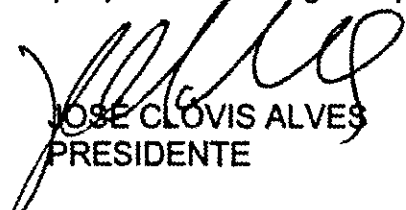
Processo nº : 13884.002246/2001-59
Recurso nº : 141.034
Matéria : COFINS - EXS.: 1999 a 2001
Recorrente : ATAGARF ROTISSERIE E PIZZARIA LTDA.
Recorrida : 5ª TURMA/DRJ em Campinas/SP
Sessão de : 18 DE MAIO DE 2005
Acórdão nº : 105-15.054

COFINS - SIMPLES - AUSÊNCIA DE TERMO DE OPÇÃO - É de se reconhecer a opção pela sistemática do Simples quando o contribuinte, demonstrando erro de fato quanto à não-opção, recolhe e apresenta declarações como se estivesse incluído nessa forma de tributação. Entendimento esposado no ADI nº 16/2002.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ATAGARF ROTISSERIE E PIZZARIA LTDA.

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


JOSE CLÓVIS ALVES
PRESIDENTE

ADRIANA GOMES REGO
RELATORA

FORMALIZADO EM: 20 JUN 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NADJA RODRIGUES ROMERO, DANIEL SAHAGOFF, EDUARDO DA ROCHA SCHMIDT, CLÁUDIA LÚCIA PIMENTEL MARTINS DA SILVA, IRINEU BIANCHI e JOSÉ CARLOS PASSUELLO.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 13884.002246/2001-59
Acórdão nº : 105-15.054

Recurso nº : 141.034
Recorrente : ATAGARF ROTISSERIE E PIZZARIA LTDA.

RELATÓRIO

ATAGARF ROTISSERIE E PIZZARIA LTDA., devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado através do Recurso de fls. 194/198, contra o Acórdão nº 5.961, de 11/2/2004, prolatado pela 5ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas - SP, fls. 184/190, que julgou procedente o lançamento consubstanciado no auto de infração de Cofins, fls. 152/162, relativo ao período de 31/3/1998 a 31/12/2000, lavrado em 8/6/2001.

Da Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, fls. 159/161, transcrevo:

"O contribuinte apresentou, sem ser inscrito, as declarações do IRPJ dos anos-calendário de 1997, 1998, 1999 pelo Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, fls. 6 a 11, conforme segue:

Em 19/01/2000, o contribuinte solicitou, fl. 12, através do processo nº 13884.000184/00-25, a inclusão retroativa a 01/01/1997 no Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples para os anos-calendário de 1997 e 1998 e o seu pedido foi indeferido conforme Decisão Sasit nº 13884.029/2000, fls. 13 a 17.

O contribuinte foi intimado, fls. 56 e 126, a comprovar a opção no Simples para os anos-calendário 1999 e 2000 e o mesmo também não comprovou, em síntese alegou que a Receita deixou de digitar a sua opção no Simples e tentou regularizar a situação com inclusão retroativa no Simples mas foi indeferido.

Intimado a apresentar as novas declarações do IRPJ, o contribuinte apresentou-as na forma de Lucro Presumido para os anos



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 13884.002246/2001-59
Acórdão nº : 105-15.054

calendário de 1997, 1998, 1999, fls. 52, 54, 102, e informou que no ano-calendário 2000 também deverá apresentar pelo lucro presumido, fl. 127.

Assim, não tendo o contribuinte comprovado a opção no Simples para os anos-calendário 1997, 1998, 1999 e 2000, estamos constituindo o crédito tributário relativo a COFINS, conforme apurado nos demonstrativos de fls. 137 a 149, na forma de tributação optado pelo contribuinte.

Ressalvamos que os recolhimentos efetuados na forma do Simples, o contribuinte poderá restituir/compensar na forma da lei."

Tempestivamente a contribuinte insurge-se contra a exigência fiscal, conforme impugnação às fls. 164/165, onde pede que faça parte dos autos a impugnação relativa ao IRPJ (Processo Administrativo nº 13884.002244/2000-60), colacionada aos autos às fls. 166/171, por se tratar de lançamento decorrente, além do sobrestamento do julgado até que aquele processo o fosse.

Tal impugnação foi sintetizada pela decisão recorrida nos seguintes termos:

"3.1. recebeu dois cartões de inscrição no CNPJ. Para solucionar essa duplicidade, solicitou o cancelamento da inscrição incorreta (nº 01.574.958/0001-59), oportunidade em que, apresentando a Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica – FCPJ, fez a opção pelo Simples. Posteriormente, retirou o cartão do CNPJ correto, obtendo a informação verbal de que o outro já havia sido cancelado e do processamento com data de 06/04/1997, a qual consta inclusive do atual cartão do CNPJ. Em 18/06/1999, recebeu intimação da Receita Federal de que ainda constava como inscrita no CNPJ cancelado. Por isso, em 14/09/1999, reiterou à Delegacia da Receita Federal que fosse dada baixa na inscrição nº 01.574.958/0001-59, o que foi feito com data retroativa de 29/11/1996;

3.2. cumpria normalmente suas obrigações tributárias principais e acessórias, como beneficiária do Simples, até que ao constatar o não processamento de sua opção, em 19/01/2000, procurou mais uma vez regularizar sua situação formalizando pedido retroativo de enquadramento por meio do processo nº 13884.000184/00-25.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

FL.

Processo nº : 13884.002246/2001-59
Acórdão nº : 105-15.054

Com o indeferimento do pleito, do qual tomou conhecimento em ação fiscal iniciada em 29/01/2001, e por temor reverencial, optou pela tributação do Imposto de Renda com base no lucro presumido;

3.3. desde sua constituição preenche os requisitos necessários ao enquadramento no Simples e ao optar por esse sistema cumpriu determinação legal, constando inclusive no atual cartão de CNPJ como data do processamento o dia 06/04/1997. Iniciou suas atividades apenas no ano de 1998. Manteve faturamento compatível com a condição de microempresa até que em 01/01/1999 alterou para empresa de pequeno porte. Em momento algum, incorreu em quaisquer das situações impeditivas e/ou excludentes dos benefícios do Simples;

3.4. só resta à impugnante acreditar que, por equívoco da própria Receita Federal, sua opção pelo Simples possa ter sido processada erroneamente na inscrição nº 01.574.958/ 0001-59, que foi cancelada. Mas não pode ser responsabilizada por fatos de que não participou nem deu causa;

3.5. ainda que assim não fosse, a infringência, por involuntária, deveria ser relevada, em face dos princípios aplicáveis ao processo administrativo, além do princípio da verdade real;

3.6. não se justifica a multa aplicada em percentual tão elevado, caracterizando-se como confiscatória e totalmente sem relação à pretensa infração, em flagrante desrespeito ao art. 150, inciso IV, da Constituição Federal que veda o confisco;

3.7. são incabíveis os juros moratórios capitalizados, ou seja, a ocorrência de anatocismo, conforme súmula 121 do Supremo Tribunal Federal;

3.8. a Selic é uma correção monetária que favorece tão-somente à União, ferindo dessa forma o princípio da isonomia. Se for entendida como taxa de juros, desrespeita a limitação prevista na Constituição Federal. Além disso, viola também os princípios da estrita legalidade, da anterioridade e o da capacidade contributiva;

3.9. é inviável a base considerada para a aplicação dos percentuais utilizados, pois se percebe claramente que tais acréscimos foram aplicados de forma composta, ou seja, uns incidindo sobre outros;

3.10. a juntada do quadro demonstrativo, no qual se destaca o valor devido e recolhido pela impugnante na condição de beneficiária do Simples e o valor que seria devido se fosse tributada com base no lucro presumido, comprova que o valor



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 13884.002246/2001-59
Acórdão nº : 105-15.054

constante do auto de infração só pode ter sido levantado aleatoriamente pelo auditor fiscal.

4. Ao final, a contribuinte requer que seja autorizada a compensação do quantum eventualmente permanecer considerado devido com os valores recolhidos no sistema Simples."

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas - SP manteve o lançamento, conforme o acórdão citado, cuja ementa apresenta o seguinte teor:

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/1998 a 31/12/2000

Ementa: Exclusão do Simples. Auto de Infração. Rediscussão. Em processo referente a auto de infração, não cabe a rediscussão de exclusão do Simples já definitivamente decidida em processo específico.

Controle de Constitucionalidade. O controle de constitucionalidade da legislação que fundamenta o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

Lançamento Procedente"

Ciente da decisão de primeira instância em 22/3/2004, fl. 193, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 19/4/2004, onde, em síntese, argumenta:

1) que a decisão recorrida deixou de observar que não é um contribuinte que simplesmente deixou de recolher tributos e se reporta às razões da impugnação a respeito de que sempre agiu como contribuinte do SIMPLES, que optou por tal sistemática de pagamento, constando o fato inclusive, no seu atual cartão do CNPJ, que não incorreu em qualquer situação impeditiva ou excludente do SIMPLES, que entregou suas declarações de acordo com a aludida sistemática, e que em função



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 13884.002246/2001-59
Acórdão nº : 105-15.054

de uma falha da Secretaria da Receita Federal, que a inscreveu duas vezes em seu cadastro, não houve o regular processamento de sua opção;

2) que não tinha conhecimento do indeferimento de sua inscrição no SIMPLES, não podendo saber que estava cumprindo com suas obrigações erroneamente; e

3) que não se pode dizer que é defeso aos órgãos administrativos reconhecer a inconstitucionalidade de lei, porque o legislador ao estabelecer a multa que foi aplicada, não levou em consideração a capacidade econômica do contribuinte, tendo efeito de confisco e, apesar de haver expressa punição, não se pode utilizar tributos como sanção por ato ilícito e de lei não se cuida, por ser claramente atentatória à garantia do direito de propriedade.

Por fim, pede pela reforma da decisão recorrida, julgando-se improcedente o auto de infração ora guerreado.

À fl. 207 consta despacho informando que o arrolamento de bens está protocolizado sob o nº 13884.001092/2004-21.

Às fls. 211/214 a recorrente faz a juntada de uma decisão proferida pela Terceira Câmara desse Conselho em situação análoga.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 13884.002246/2001-59
Acórdão nº : 105-15.054

VOTO

Conselheira ADRIANA GOMES RÊGO, Relatora

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão porque dele tomo conhecimento.

Analisando os autos é de se verificar que a fiscalização decorreu dos seguintes fatos:

1 - Em 19 de janeiro de 2000, a contribuinte apresenta o requerimento de fl. 12 em que informa que por ocasião de sua abertura fez opção pelo Simples na ficha do FCPJ e que esta informação não foi processada, porém como vem recolhendo, desde então de acordo com tal sistemática, requeria o enquadramento retroativo a 01/97;

2 - Em 28/1/2000, nos autos do processo nº 13884.000184/00-25, foi prolatada a Decisão Sasit nº 13884.029/2000, fls. 13/14, segundo a qual haveria a necessidade de formalização da opção para que houvesse o referido enquadramento e como não ficou comprovado que a empresa tenha efetivado a sua opção nos termos do art. 3º da Lei nº 9.317/93 e art. 3º e 10 da IN SRF nº 9/99, propunha-se o indeferimento do pleito. Foi, ainda, informado à recorrente que a opção pela sistemática poderia ser efetivada mediante alteração cadastral, nos termos do § 1º do art. 10 da IN SRF nº 9/99;

3 - Na mesma data, foi feita a Intimação Sasit nº 13884.076/2000, fl. 15, para cientificar a contribuinte da Decisão Sasit nº 29/2000, restando consignado que poderia a mesma apresentar contestação, caso não concordasse com a decisão, à Delegacia Regional de Julgamento em Campinas, no prazo de 30 dias;

4 - Tal intimação foi recepcionada pelo Aviso de Recebimento de fl. 16 e, tendo decorrido o prazo nela estabelecido para impugnação, a Seção de Tributação



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 13884.002246/2001-59
Acórdão nº : 105-15.054

propunha o encaminhamento dos autos à Safis/DRF/São José dos Campos, conforme despacho de fl. 17, datado de 4/4/2000.

A fiscalização teve seu início somente em 29/01/2001, conforme Termo de Início de Ação Fiscal, fls. 18/19, e partiu, então, do pressuposto de que a contribuinte não se insurgira diante da negativa de enquadramento na sistemática do Simples,

Observa-se que no Termo de Intimação Fiscal de fl. 56, por exemplo, a fiscalização pede pela apresentação do comprovante do Termo de Opção pelo Simples no ano-calendário de 1999, e, no Termo de Intimação Fiscal de fl. 126, tal documento relativo ao ano-calendário de 2000, restando ali consignado que se não tivesse havido a opção, que fosse informada a forma de tributação a ser adotada no ano.

Em resposta datada de 3/5/2001, fl. 127, a contribuinte informa à fiscalização que não possui o Termo de Opção porque só o fez em 2001, devendo ser apurado o ano de 2000 com base no Lucro Presumido.

É de se verificar, portanto, que as diferenças apuradas pela fiscalização são decorrentes da negativa, por parte da própria SRF, de aceitar a contribuinte como optante do Simples, tendo em vista a não apresentação do Termo de Opção próprio.

Ocorre que, posteriormente à autuação, a própria Secretaria da Receita Federal, nos termos do Ato Declaratório Interpretativo nº 16/2002, assim autorizou:

"Artigo único. O Delegado ou o Inspetor da Receita Federal, comprovada a ocorrência de erro de fato, pode retificar de ofício tanto o Termo de Opção (TO) quanto a Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica (FCPJ) para a inclusão no Simples de pessoas jurídicas inscritas no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ), desde que seja possível identificar a intenção inequívoca de o contribuinte aderir ao Simples.

Parágrafo único. São instrumentos hábeis para se comprovar a intenção de aderir ao Simples os pagamentos mensais por intermédio do Documento de Arrecadação do Simples (Darf-Simples) e a apresentação da Declaração Anual Simplificada."



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 13884.002246/2001-59
Acórdão nº : 105-15.054

Logo, muito embora a discussão em torno da inclusão ou não do Simples tenha sido objeto do processo administrativo nº 13884.000184/00-25, cuja decisão já transitou em julgado, tendo em vista a revelia da ora recorrente, entendo que, se comprovada a intenção da contribuinte de aderir ao Simples, mediante pagamentos mensais e apresentação de Declaração Anual Simplificada, deve-se considerar como efetuada tal opção.

Observe-se que o Ato da Receita Federal dispõe que o Delegado ou Inspetor "pode" retificar de ofício a opção, o que poderia levar ao entendimento de que seria uma faculdade sua.

Todavia, no meu sentir, a norma interpretativa veio no sentido de autorizar os Delegados e Inspetores a assim procederem, diante da constatação de erro de fato, o que, nos autos, parece evidenciado.

Portanto, constatando-se o equívoco, não obstante o disposto no art. 3º da Lei nº 9.317/96, regulamentado pelo art. 10 da IN SRF nº 9/99, não dispor sobre a possibilidade de opção mediante FCPJ, em se tratando de empresa já aberta, como é o caso, a autoridade administrativa do domicílio do sujeito passivo está autorizada a retificar de ofício essa opção.

É verdade que a contribuinte apresentou retificadora como tributada pelo lucro presumido, mas, considerando que todas as retificadoras foram apresentadas após o início do procedimento fiscal, entendo que a recorrente o fez porque foi intimada e naquela ocasião, já tinha o conhecimento do indeferimento do seu pleito de ser enquadrada no Simples com efeito retroativo a janeiro de 1997.

Cumprе, ainda, analisar as afirmações da decisão recorrida no seguinte trecho:

"7. Não obstante isso, observe-se que o documento que a impugnante anexou aos autos no intuito de demonstrar a efetividade de sua opção pelo Simples (fls. 177) não pode ser



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

FL

Processo nº : 13884.002246/2001-59
Acórdão nº : 105-15.054

acatado como prova, uma vez que não possui protocolo comprovando sua entrega na Secretaria da Receita Federal.

8. *Ademais, a Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica – FCPJ foi aprovada pela Instrução Normativa nº 68, de 6 de dezembro de 1996, publicada em 11 de dezembro de 1996. Contudo, a FCPJ apresentada pela impugnante (fl. 177) está datada de 01/12/96, ou seja, anterior à edição da citada instrução normativa, ainda que conste a observação "Aprovado pela IN/SRF nº 68/96" no formulário. Destarte, também por essa razão revela-se inconsistente tal documento para comprovação da efetividade da opção da contribuinte pelo Simples."*

Não obstante os fatos acima relatados, segundo a tela de Consulta ao CNPJ, fl. 59, a empresa foi aberta em 29/11/1996 e, como há nos autos cópia dos darfs de recolhimento pelo código 6106 e ainda as declarações simplificadas, e como a própria recorrente já assinalou em resposta a fiscalização que só efetuou a opção em 2001, entendendo desnecessária para deslinde da questão a informação da Ficha Cadastral.

No meu sentir, a contribuinte pagou e apresentou declarações como se fosse optante do Simples, havendo inclusive solicitado a inclusão retroativa, antes de iniciado o procedimento de ofício, de forma que, foram atendidas as condições estabelecidas pelo Ato Declaratório supra mencionado, e sendo esta a manifestação da Secretaria da Receita Federal, há de se DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 18 de maio de 2005.

Adriana Gomes Rego
ADRIANA GOMES REGO