



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

Processo n° 15956.000156/2006-72
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1101-00.605 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de outubro de 2011
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO IRPJ
Recorrente Darelli Distribuidora de Bebidas e Produtos de Higiene e Limpeza Ltda
Recorrida 3ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto □

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003

NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

A autoridade autuante não é obrigada a entregar, na autuação, documentos que deram base ao lançamento, pois, a partir da ciência, com o início da fase litigiosa, o contribuinte tem acesso aos autos e pode verificar todos os documentos mencionados na descrição dos fatos.

NULIDADE.

A autuação de pessoa optante do Simples deve ser feita de acordo com as regras do Simples. Para adotar sistemática de tributação diferente, é preciso que a pessoa seja antes excluída do Simples. Sem a prévia exclusão, é nulo por vício material auto de infração que quantifica a base de cálculo por outros mecanismos que não o Simples.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, ANULAR o lançamento por vício material e erro na forma de tributação. Divergiu a Conselheira Edeli Pereira Bessa, que fará declaração de voto.


VALMAR FONSECA DE MENEZES - Presidente.


CARLOS EDUARDO DE ALMEIDA GUERREIRO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Benedito Celso Benício Júnior, Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, Edeli Pereira Bessa, José Ricardo da Silva (vice-presidente), Nara Cristina Takeda Taga, e Valmar Fonseca de Menezes (presidente da turma).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra decisão que considerou improcedente impugnação apresentada em razão de auto de infração.

Em 31/10/2006, o contribuinte é cientificado de auto de infração de IRPJ e CSLL (proc. fls. 5 a 17). Conforme o auto de infração, foi verificado haver diferença entre as receitas auferidas e as declaradas pela empresa no ano de 2003 (proc. fl. 66). O fiscal explica que os livros contábeis (razão e diário) e o livro de apuração de ICMS informam valores de receita bruta superiores aos declarados pelo contribuinte.

O termo de encerramento descreve os fatos (proc. fls. 236 a 240). Diz que o recolhimentos mensais de 2003 foi feito na sistemática do Simples, embora a DCTF declarasse débitos de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins apurados na sistemática do lucro presumido, mas compensados com os valores recolhidos. Explica que na DIPJ as declarações foram iguais a DCTF. Informa que, ao constatar que a empresa declarou pelo Simples em 2000, 2001, 2002, e 2004, intimou (em 14/02/2006) a empresa a esclarecer se houve exclusão do Simples em 2003 (proc. fl. 31). Conforme o termo de encerramento:

Ante as constatações, a empresa foi intimada, através do Termo de verificação e Intimação Fiscal de fls. 31, a informar se houve exclusão do SIMPLES no ano-calendário de 2003, tendo em vista que optou por esta forma de tributação nos anos-calendário 2000, 2001 e 2002 e 2004, e a apresentar ao Fisco a justificativa da conduta ambígua adotada em relação ao referido ano-calendário, apresentando documentação comprobatória e informando, claramente, em qual forma de tributação esteve submetida, no referido ano-calendário e a adotar os procedimentos necessários à retificação das declarações, porventura, efetuadas incorretamente ou a proceder à correção dos Documentos de Arrecadação de Receitas Federais (DARF), casotenhão sido preenchidos incorretamente.

Relata que a empresa respondeu que, ao entregar a declaração do ano de 2002, ficou sabendo da exclusão por existência de débitos inscritos em dívida ativa, que pediu a revisão da exclusão indevida, por meio de processo, e que a exclusão teria sido cancelada (proc. fl. 32). Explica que, conforme a empresa, esta havia apresentado DCTF e Dcomp por orientação e, ao saber que a exclusão foi cancelada (com a permanência desde 1997), foi orientada a pedir o cancelamento das Dcomps, pois as DCTFs seriam canceladas automaticamente.

Consta do termo de encerramento que foi apurado nos livros uma receita bruta em 2003 de R\$ 8.112.544,47, enquanto os recolhimentos no Simples tiveram por base uma receita bruta de R\$ 248.763,94. Informa que intimou a empresa a esclarecer e esta disse que adotou o lucro presumido e cumpriu todas as obrigações. O fiscal argumenta que a opção



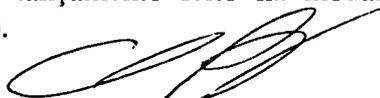
pelo lucro presumido é válida, em que pese o pedido de revisão de exclusão vitorioso. Explica que a empresa, em atendimento a intimação (proc. fl. 48 a 52), esclareceu que o regime adotado para o ano de 2003 era o do lucro presumido (proc. fl. 53 a). Conforme o fiscal:

A tributação com base no Lucro Presumido é uma opção que a legislação fiscal concede a empresas que tenham tido no ano-calendário anterior receita bruta num determinado patamar e é manifestada com o 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 parágrafo 1º do artigo 26 da Lei n.º 9.430, de 1996. ... Assim sendo, conclui-se que a empresa, apesar de ter efetuado todos os recolhimentos do ano 2003 com base no SIMPLES (código 6106), aderiu à tributação com base no Lucro Presumido quando, anteriormente ao início da ação fiscal, apresentou as DCTF's trimestrais em 29/12/2004 e a DCOMP em 03/03/2005. A Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ2004 foi entregue pela fiscalizada em 30/06/2004. A opção pelo Lucro Presumido é válida, apesar de a contribuinte ter formalizado o processo no 10840.001732/2003-30, em 27/05/2003, para contestar a exclusão do SIMPLES, que julgava indevida, tendo, inclusive, obtido êxito na solicitação, conforme a cópia da decisão, datada de 02/02/2005, anexada às fls. 33/35.

Narra que intimou a empresa a apresentar todos seus livros e constatou novas receitas não incluídas na apuração fiscal anterior, totalizando R\$ 8.342.876,79. Conta que solicitou nova explicação e a empresa alegou que a apuração fiscal estava errada. Diz que os cálculos foram revisados, mas nada de errado foi constatado. .

Em 29/11/2006, o contribuinte apresenta impugnação (proc. fl. 241 a 271). Alega que o auto de infração é nulo porque os documentos nele citados não foram anexados aos autos, implicando em cerceamento de defesa. Argumenta que o procedimento foi ilegal pois suas receitas foram arbitradas e isso é uma medida extrema, devendo o Fisco apurar o lucro. Complementa informando que as receitas que declarou não foram consideradas. Diz que o auto de infração foi lavrado com base em meras presunções, sem qualquer prova. Alega que foram considerados como receitas simples saques bancários devolução de cheques, resgate de poupança, etc. Informa que não é cabível a cobrança de juros Selic e que a multa aplicada é confiscatória.

Em 13/11/2008, a 3ª Turma da DRJ de Ribeirão Preto decide não dar provimento à impugnação (proc. fls. 302 a 309). Consta do relatório que foi apurado omissão de receitas de R\$ 8.342.876,79 e que o contribuinte havia declarado receitas de R\$ 248.763,94, sendo lançado de ofício a diferença de R\$ 8.094.112,85. Consta do voto a improcedência da alegação de nulidade do auto, em razão da não apresentação de documentos no momento da ciência, sob o argumento de que é apenas na fase litigiosa que cabe o contraditório e a ampla defesa, de que o contribuinte foi informado no auto sobre como foi feita a apuração de omissão de receita e quais documentos considerados, e de que os autos ficaram a disposição do contribuinte. Também, é informado que não houve qualquer arbitramento, nem foi utilizada qualquer presunção, sendo o lançamento feito na modalidade de tributação adotada pelo contribuinte (lucro presumido).



Quanto a Selic, a turma entende que não há qualquer ilegalidade, não existe declaração de inconstitucionalidade da aplicação da Selic para os débitos tributários, e que não cabe à administração fazer juízo de inconstitucionalidade. Quanto a multa, diz que ela decorre de previsão legal e que a Administração não pode fazer juízo de inconstitucionalidade.

Em 18/12/2008, o contribuinte é cientificado (proc. fl. 312 v.). Em 16/01/2009, o contribuinte apresenta seu recurso voluntário, onde repete seus argumentos (proc. fls. 313 a 344). No recurso o contribuinte adiciona que os juros de mora Selic superam a permissão de juros de 1% dada no CTN, e que a lei nº 9.065, de 1995 é inconstitucional e viola o CTN.

Voto

Conselheiro Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, Relator.

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

Preliminarmente, cabe analisar a alegação de nulidade. No caso, é improcedente a argumentação do contribuinte de que sua defesa foi prejudicada em razão de não serem disponibilizados, na autuação, os documentos que permitiram ao fiscal efetuar a apuração. Afinal, a apuração do fiscal foi feita com base nos documentos do próprio contribuinte. Portanto a fiscalização não levantou qualquer fato do qual o contribuinte não tivesse ciência prévia.

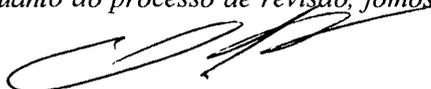
Apenas isso já é o bastante para refutar a alegação e não reconhecer qualquer nulidade no auto de infração. No entanto, cabe ainda destacar, como já o fez a DRJ, que o lançamento foi descrito em detalhes e que esta descrição dos fatos foi disponibilizada ao contribuinte, quer na ciência do auto, quer na ciência do termo de encerramento. Além disso, a lei permite o acesso aos autos. Assim, mesmo na hipótese de haver algum documento de terceiro levantado pelo Fisco e mencionado no auto, o que não ocorre no presente caso, o contribuinte pode analisar este documento, pedindo vista dos autos.

Não obstante, embora o argumento de defesa não logre sucesso, existem outras razões que tornam preciso anular o lançamento por vício material e erro na forma de tributação. É que foi lavrado auto de infração adotando a quantificação das bases de cálculos em regime diferente do Simples, sem que a empresa fosse excluída previamente do Simples.

De fato, constata-se nos autos que a empresa foi intimada a explicar se foi excluída do Simples em 2003 e dizer, *claramente, a qual regime esteve sub-metida no ano-calendário de 2003* (proc. fl. 31). A empresa respondeu explicando que foi excluída, mas que este ato foi revisto de ofício (proc. fl. 32). Conforme a empresa:

... ao entregar a Declaração de IRPJ/2003, ficou sabendo da exclusão do Simples, por existencia de débitos inscritos na Dívida Ativa da União, e na mesma data data foi solicitada uma revisão da exclusão indevida, através do processo 10840.001732/2003-30.

Em Dezembro/2004, ao solicitar certidão negativa de débitos, e não obtendo êxito, pois constava a exclusão, e ainda não se tendo resposta quanto ao processo de revisão, fomos orientados



a entregar os DCTF como Lucro Presumido que ocorreu em 29/12/2004 e a DCOMP em 03/05/05.

Em 02/02/2005 fomos informados atreves do Oficio n° 84/2005/DRF/POR/SACAT, que a exclusão datada de 01/11/2000, foi cancelada, e a empresa permaneceu no Simples com a opção a partir de 01/01/1997, e após o recebimento da notificação datada de 02/02/05, dirigimo-nos a Delegacia da Receita Federal e fomos orientados a pedir o cancelamento das DCOMP entregues, que após o DCTF seriam cancelados automaticamente.

Examinando os autos contata-se que a exclusão foi mesmo revista, de sorte que o contribuinte foi readmitido no Sistema, desde 1997 (proc. fl. 33). Conforme parecer, a revisão da exclusão foi feita de ofício, já que foi constatado que a causa da exclusão era improcedente e decorrente de erro da Administração (proc. fls. 34 e 35).

Assim, no curso da fiscalização que efetuou o lançamento objeto deste recurso voluntário, a empresa já estava readmitida no Simples. Inclusive, o fiscal estava ciente da revisão da exclusão, tal como enfatizou nas suas explicações, que foram transcritas no relatório acima. Nessas circunstâncias, caberia ao fiscal promover a exclusão do contribuinte no ano de 2003. Inclusive, cabe destacar que o fiscal aventou a exclusão do sistema, chegando a informar o contribuinte desta possibilidade. Mas, não fez a representação necessária à exclusão e nem tomou nenhuma das medidas necessárias para tanto.

De fato, constata-se em termo lavrado pelo fiscal, que este informa a empresa que ela a empresa havia ultrapassado o limite do Simples no ano de 2002 e que, por isso, estaria sujeita a exclusão do Simples em 2003 (proc. fls. 48 a 50). Mas, não houve nenhum ato de exclusão, apenas a menção à possibilidade. Nas palavras do fiscal:

A contribuinte ultrapassou o limite de receita bruta de R\$ 1.200.000,00 no ano-calendário 2002, conforme descrito no subitem 1.1. Assim sendo, de acordo com o disposto no artigo 14, inciso I combinado com o artigo 15, inciso IV da Lei 9.317/96, está sujeita à exclusão de ofício do SIMPLES, a partir do ano-calendário de 2003, o que a faz ser tributada em 2003 pelo Lucro Real, conforme o disposto no artigo 16 da Lei nº 9.317/96, sujeitando-se, portanto, à apresentação da escrituração contábil dos livros Diário, Razão e LALUR, e, se não possuir documentos que sustentem tal escrituração ou se recusar a fazê-lo, o Fisco lançará os valores não declarados através de arbitramento, utilizando-se, neste caso, das receitas conhecidas, apuradas por esta fiscalização no...

Em razão da constatação/intimação acima transcrita, a empresa se manifestou, em 26/05/2006, dizendo que não auferiu em 2002 os valores que a fiscalização imputa e que no ano de 2003 esteve sujeita ao lucro presumido, razão porque não pode ser tributada pelo lucro real ou arbitrado (proc. fls. 53 e 54). Aparentemente, o fiscal considerou que a empresa estava abrindo mão do regime do Simples, por informar que esteve sujeita ao regime do lucro presumido em 2003. No entanto, tal inferência não é razoável, na medida em que a empresa em nenhum momento disse que abria mão do Simples, mas apenas que esteve sujeita ao regime do lucro presumido.



Assim, de um lado, a empresa estava no Simples, já que readquiriu o direito de adotar o Simples, em razão da revisão da exclusão; de outro lado, o fiscal não procedeu a exclusão. Ora, nestas circunstâncias, a autuação deveria ter sido feita dentro da sistemática do Simples. Mas, não foi isso o que ocorreu e o lançamento foi feito na sistemática do lucro presumido. Por esta razão, a autuação é nula, por falta amparo legal.

Por estas razões, voto por afastar declarar a nulidade, por vício material e erro na forma de tributação.

Sala das Sessões, 19 de outubro de 2011.



Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro - Relator

Declaração de Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Expresso meu entendimento contrário à necessidade de prévio ato de exclusão para a formalização da presente exigência.

Vejo, nos autos, que depois dos esforços para obtenção dos livros e documentos da escrituração da fiscalizada, constatou a autoridade responsável que a contribuinte havia promovido recolhimentos, no ano-calendário 2003, na sistemática do SIMPLES, mas apresentara DIPJ apurando o lucro tributável segundo as regras do lucro presumido, bem como declarara, em DCTF, para o mesmo período, débitos de IRPJ, CSLL, IRRF, Contribuição ao PIS e COFINS. E, frente a este contexto, a contribuinte foi intimada a esclarecer a razão de assim proceder, diversamente de como se portara em 2000, 2001, 2002 e 2004 (fl. 31), assim exigindo a Fiscalização em 14/02/2006:

[...] Ante o exposto, intimamos a contribuinte a, no prazo de 05 (cinco) dias, informar se houve exclusão do SIMPLES no ano-calendário de 2003, tendo em vista que optou por esta forma de tributação nos anos-calendário 2000, 2001 e 2002 e 2004. Fica a contribuinte, também, intimada a, no mesmo prazo acima, apresentar ao Fisco a justificativa da conduta ambígua adotada em relação ao ano-calendário 2003, apresentando documentação comprobatória e informando, claramente, em qual forma de tributação esteve submetida no referido ano-calendário e a adotar os procedimentos necessários à retificação das declarações, porventura, efetuadas incorretamente ou a proceder à correção dos Documentos de Arrecadação de Receitas Federais (DARF), caso tenham sido preenchidos incorretamente.

Em resposta, disse a fiscalizada (fl. 32):

[...] Em Dezembro/2004, ao solicitar certidão negativa de débitos, e não obtendo êxito, pois constava a exclusão, e ainda não se tendo resposta quanto ao processo

de revisão, fomos orientados a entregar os DCTF como Lucro Presumido que ocorreu em 29/12/2004 e a DCOMP em 03/05/05.

Em 02/02/2005 fomos informados através do Ofício nº 84/2005/DRF/POR/SACAT, que a exclusão datada de 01/11/2000, foi cancelada, e a empresa permaneceu no Simples com a opção a partir de 01/01/1997, e após o recebimento da notificação datada de 02/02/05, dirigimo-nos a Delegacia da Receita Federal e fomos orientados a pedir o cancelamento das DCOMP entregues, que após o DCTF seriam cancelados automaticamente.

Todavia, após analisar o conteúdo dos livros e documentos fiscais que lhe foram apresentados, a autoridade fiscal apurou que a contribuinte havia auferido, em 2002, receitas no montante total de R\$ 7.469.467,30, apesar de ter declarado apenas R\$ 145.744,77, fato que ensejaria a sua exclusão da sistemática simplificada de recolhimento a partir de 01/01/2003. De forma semelhante a empresa também se portara relativamente às receitas auferidas e declaradas em 2003, motivo pelo qual a autoridade competente lavrou Termo de Constatação e Intimação Fiscal em 16/05/2006, assim finalizado:

A contribuinte ultrapassou o limite de receita bruta de R\$ 1.200.000,00 no ano-calendário 2002, conforme descrito no sub-item 1.1. Assim sendo, de acordo com o disposto no artigo 14, inciso I combinado com o artigo 15, inciso IV da Lei 9.317/96, está sujeita à exclusão de ofício do SIMPLES, a partir do ano-calendário de 2003, o que a faz ser tributada em 2003 pelo Lucro Real, conforme o disposto no artigo 16 da Lei nº 9.317/96, sujeitando-se, portanto, à apresentação da escrituração contábil dos livros Diário, Razão e LALUR, e, se não possuir documentos que sustentem tal escrituração ou se recusar a fazê-lo, o Fisco lançará os valores não declarados através de arbitramento, utilizando-se, neste caso, das receitas conhecidas, apuradas por esta fiscalização no "DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DA DIFERENÇA ENTRE A RECEITA AUFERIDA E A RECEITA DECLARADA PELA EMPRESA NO ANO 2003", anexo.

2— FISCALIZAÇÃO E LANÇAMENTO:

Portanto, em consequência das verificações fiscais efetuadas, as diferenças dos tributos e contribuições apurados no curso da ação fiscal serão lançadas por meio de Auto de Infração, de acordo com a legislação em vigor.

3 — INTIMAÇÃO:

Ante o exposto, intimamos a empresa a manifestar-se por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, com relação às diferenças apuradas nos demonstrativos citados, esclarecendo, justificando e anexando documentação comprobatória hábil e idônea que, por ventura, possa modificar de fato ou de direito o levantamento efetuado por esta fiscalização.

As informações solicitadas devem ser fornecidas por escrito, assinadas pelo responsável pela empresa ou seu representante legal, e devem abranger todos os estabelecimentos da empresa.

E, no que importa ao presente processo, a contribuinte se manifestou nos seguintes termos, à fl. 54:

*Referente ao ano-calendário 2003, conforme extraímos do Termo de Constatação, todos os livros obrigatórios ao cumprimento dos deveres instrumentais foram entregues. O i. fiscal afirma também que o contribuinte está sujeito à exclusão de ofício do SIMPLES, a partir do ano-calendário 2003, o que faz a ser tributada em 2003 pelo **Lucro Real**, e caso não possua documentos que sustentem tal escrituração, os valores serão lançados através de arbitramento.*

*No ano-calendário de 2003, esclarece o contribuinte que o regime adotado neste período é o **Lucro Presumido** e que este prevaleceu durante todo o período de 2003, portanto a adoção da tributação com base no **Lucre Real** não deverá prevalecer. Ressalte-se, ainda, que todas as obrigações acessórias pertinentes à adoção do regime **Lucro Presumido** foram devidamente cumpridas.*

Nova intimação se seguiu em 21/08/2006, na qual a Fiscalização, invocando o fato de a contribuinte ter optado pela tributação com base no **Lucro Presumido** em 2003, exigiu a adequação da escrituração contábil e fiscal ao que prevê a legislação nestes casos, sob pena de arbitramento (fl. 57). Tal exigência foi atendida em 27/09/2006, após pedidos de prorrogação de prazo, conforme petição de fl. 63, sem qualquer ressalva por parte da interessada.

Examinando os livros assim apresentados, e confrontando-os com os demais documentos pertinentes, a autoridade fiscal apurou as receitas que deixaram de ser oferecidas à tributação e novamente intimou a contribuinte a se manifestar quanto a esta apuração, lavrando em 10/10/2006 o Termo de Constatação e Intimação Fiscal de fls. 64/66 que assim expressa:

Analisando os livros fiscais e os livros contábeis re-escriturados, verificamos que a empresa contabilizou receitas, no ano-calendário 2003, no valor total de R\$ 8.342.876,79, conforme pode ser visto na apuração efetuada através do novo "DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DA DIFERENÇA ENTRE A RECEITA AUFERIDA E A RECEITA DECLARADA PELA EMPRESA NO ANO 2003", anexo. Constatamos, porém, que a contribuinte declarou, na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ2004), relativa ao ano 2003, o valor total anual de R\$ 248.763,94. Assim sendo, verifica-se que a empresa deixou de declarar, no ano de 2003, receitas auferidas no valor total anual de R\$ 8.094.112,85 tendo, conseqüentemente, apurado e declarado a menor os valores trimestrais devidos do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

Verificamos, também, que a empresa declarou e recolheu a menor os valores das contribuições de PIS e COFINS devidas, conforme pode ser visto no "DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS NÃO DECLARADAS NEM RECOLHIDAS PELA EMPRESA NO ANO DE 2003" e no "DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A COFINS NÃO DECLARADAS NEM RECOLHIDAS PELA EMPRESA NO ANO DE 2003", refeitos pelo Fisco e que se encontram anexos ao presente.

Portanto, em conseqüência das verificações fiscais efetuadas, as diferenças apuradas dos valores de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), do Programa de Integração Social (PIS) e de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), apurados no curso da ação fiscal, serão lançadas por meio de Auto de Infração, de acordo com a legislação em vigor.

3 – INTIMAÇÃO:

Ante o exposto, intimamos a empresa a manifestar-se por escrito, no prazo de 05 (cinco) dias, com relação às diferenças apuradas nos demonstrativos citados, esclarecendo, justificando e anexando documentação comprobatória hábil e idônea que, por ventura, possa modificar de fato ou de direito o levantamento efetuado por esta fiscalização.

A resposta da fiscalizada, novamente, nada opõe à forma de tributação que havia reconhecido como sendo a adotada naquele período de apuração (fl. 71/72):

Sobre a intimação datada em 10/10/2006, nos valores lançados nos livros Diário e Razão Analítico não correspondem a receita bruta apurada para efeito de tributação tanto do PIS como da COFINS, ou ainda, para outros tributos que venham a ser lançados eventualmente. Neste sentido, requer que nos valores constantes no demonstrativo de apuração das diferenças sejam novamente apreciadas por V. S.

Sendo só o que tínhamos a informar, agradecemos a costumeira atenção dispensada.

Disto concluo que, apesar de a retificação de sua opção pelo SIMPLES - formalizada com os recolhimentos efetuados ao longo de 2003 – ter sido motivada pela exclusão em períodos anteriores, decorrentes de irregularidade que veio a ser posteriormente desconstituída, a contribuinte reafirmou aquela retificação à Fiscalização, fazendo prevalecer sua opção pelo Lucro Presumido.

Por mais de uma vez a contribuinte teve a oportunidade de reverter sua opção pelo Lucro Presumido, mas preferiu reafirmá-la, motivo pelo qual não vejo qualquer reparo à conclusão da Fiscalização, assim expressa no Termo de Encerramento às fls. 237/238:

A tributação com base no Lucro Presumido é uma opção que a legislação fiscal concede a empresas que tenham tido no ano-calendário anterior receita bruta num determinado patamar e é manifestada com o 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 parágrafo 1º do artigo 26 da Lei nº 9.430, de 1996. A regra geral é a tributação com base no Lucro Real e a exceção, com base no Lucro Presumido, desde que efetuado o recolhimento, conforme citado. Assim sendo, conclui-se que a empresa, apesar de ter efetuado todos os recolhimentos do ano 2003 com base no SIMPLES (código 6106), aderiu à tributação com base no Lucro Presumido quando, anteriormente ao início da ação fiscal, apresentou as DCTF's trimestrais em 29/12/2004 e a DCOMP em 03/03/2005. A Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ2004 foi entregue pela fiscalizada em 30/06/2004. A opção pelo Lucro Presumido é válida, apesar de a contribuinte ter formalizado o processo no 10840.001732/2003-30, em 27/05/2003, para contestar a exclusão do SIMPLES, que julgava indevida, tendo, inclusive, obtido êxito na solicitação, conforme a cópia da decisão, datada de 02/02/2005, anexada às fls. 33/35.

E, coerentemente com esta opção da empresa pelo Lucro Presumido, a contribuinte, ao apresentar a impugnação, uma vez mais não argüiu sua permanência na sistemática do SIMPLES. Limitou-se a questionar, no âmbito da exigência principal, o arbitramento dos lucros, sem observar que a tributação se deu na sistemática do lucro presumido, e a afirmar que houve presunção de omissão de receitas.

Por fim, em seu recurso voluntário, repetiu os mesmos argumentos apresentados na impugnação, sem invocar, em momento algum, que seria optante, no ano-calendário 2003, do SIMPLES Federal.

Diante deste contexto, não vejo razão para se invalidar o ato de lançamento, apenas, em razão da inexistência formal do ato de exclusão.

Em situação reversa, o Secretário da Receita Federal assim firmou:

Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16, de 2 de outubro de 2002

Dispõe sobre a retificação de ofício, por parte da autoridade fiscal, da opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), nos casos de erros de fato.

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 209 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF nº 259, de 24 de agosto de 2001, e considerando o disposto no art. 8º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, no art. 16 da Instrução Normativa SRF nº 34, de 30 de março de 2001, e no processo 10168.004370/2002-37, declara:

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.

EVERARDO MACIEL

Claro está que, para se decidir se uma pessoa jurídica é optante, ou não, pela sistemática simplificada de recolhimento, maior valor tem sua conduta do que a formalização desta opção.

Não há dúvida que a exclusão por opção da pessoa jurídica tem sua formalização especificada na Lei nº 9.317/96:

Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I - por opção.

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

b) ultrapassado, no ano-calendário de início de atividades, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) multiplicados pelo número de meses de funcionamento nesse período.

§ 1º A exclusão na forma deste artigo será formalizada mediante alteração cadastral.

§ 2º A microempresa que ultrapassar, no ano-calendário imediatamente anterior, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), estará excluída do SIMPLES nessa condição, podendo mediante alteração cadastral, inscrever-se na condição de empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso do inciso II e do parágrafo anterior, a comunicação deverá ser efetuada:

a) até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente àquele em que se deu o excesso de receita bruta, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;

b) até o último dia útil do mês subsequente àquele em que houver ocorrido o fato que deu ensejo à exclusão, nas hipóteses dos demais incisos do art. 9º e da alínea "b" do inciso II deste artigo.

E, nestes termos, inexistente nos autos prova de que a referida comunicação tenha sido feita, até porque seria desnecessária ante o fato de que a contribuinte já havia sido

antes excluída de ofício e apresentado as declarações e DCOMP para quitação dos tributos devidos na sistemática normal de tributação.

Todavia, antes do início do procedimento fiscal a contribuinte se portara como não mais optante do SIMPLES no ano-calendário 2003, e manteve este perfil durante todo o procedimento fiscal, bem como nas defesas apresentadas neste processo administrativo.

Desnecessário, portanto, o ato de exclusão, evidenciando-se válido o lançamento em débito, e também procedente a exigência, pelos motivos expostos na decisão recorrida.

Por estas razões, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.


EDELI PEREIRA BESSA - Conselheira