



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

Processo n° 16707.001693/2007-15
Recurso n° 173.981 Voluntário
Acórdão n° 1102-00.146 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de janeiro de 2010
Matéria SIMPLES- 2002 a 2005
Recorrente Empreendimento Farmacêutico Santa Fé Ltda
Recorrida 4ª Turma de Julgamento da DRJ em Recife

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

EMPRESA DE PEQUENO PORTE. EXCESSO DE RECEITA BRUTA.

A empresa de pequeno porte que ultrapassar, num ano-calendário, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), estará excluída do SIMPLES a partir do ano-calendário subsequente.

LEI Nº 9.841/99 - INAPLICABILIDADE PARA O SIMPLES

Conforme art. 9º da Lei nº 9.964/2000, as disposições da Lei nº 9.841/99 não têm aplicabilidade para efeitos tributários do Simples.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL- PAF

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS.

É cabível o arbitramento do lucro se a pessoa jurídica, durante a ação fiscal, deixar de exibir a escrituração que embasaria a tributação pelo lucro real.

OMISSÃO DE RECEITAS - DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES DE MERCADORIAS TRANSFERIDAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA PESSOA JURÍDICA.

As diferenças entre os valores de mercadorias recebidas e remetidas por transferência entre estabelecimentos da pessoa jurídica constituem omissão de compras quando os primeiros superam os últimos, e omissão de vendas quando ocorre o contrário.

JF

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

A definição de apuração do lucro pelo arbitramento para fins de imposto de renda impõe sua adoção para fins de CSLL.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA- PIS E COFINS.

Os lançamentos do PIS e da COFINS não decorrem nem são reflexo do arbitramento do lucro, mas são consequência, sim, da exclusão do sistema de tributação simplificada e da apuração de declaração a menor de receitas.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

JUROS À 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 (Súmula CARF nº 4).

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO- O fato de o contribuinte reiteradamente, e por todo o período fiscalizado (cinco anos) declarar valores de receita bruta inferiores aos auferidos, de maneira a ostentar falsamente situação abrigada pela Lei do Simples, caracteriza atitude dolosa, tendente a impedir o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador e das circunstâncias materiais da obrigação tributária

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos..

ACORDAM os membros do Colegiado, por de maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso, vencido o conselheiro José Carlos Passuello, que dava provimento parcial para desqualificar a multa.



SANDRA FARONI – Presidente e Relatora

01 MAR 2010

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Sandra Maria Faroni (Presidente), João Carlos de Lima Júnior (Vice Presidente), Mário Sérgio Fernandes Barroso, José Carlos Passuello, Marcos Antônio Pires (suplente convocado) e Natanael Vieira dos Santos (suplente convocado).

Relatório

Empreendimento Farmacêutico Santa Fé Ltda, pessoa jurídica optante pelo sistema integrado de pagamento de tributos e contribuições (Simples), foi dele excluída mediante Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 11 de 17 de abril de 2007 (publicado com erro e reemitido), com efeitos a partir de 01/01/2002, pela constatação de excesso de receita bruta no ano calendário de 2001 e prática reiterada de infração à legislação tributária (art. 14, V, da Lei nº 9.317/96), por ter apresentado declarações inexatas nos exercícios de 2003 a 2006.

Os valores da receita bruta utilizados para a comparação com o limite legal foram obtidos pela Fiscalização a partir do livro Caixa e livros fiscais do ICMS fornecidos pela empresa e anexados ao processo.

A empresa contestou o ADE alegando, em síntese: (a) cerceamento do direito de defesa por não ter sido descrito, no ADE, o motivo da exclusão, (b) impossibilidade de o efeito da exclusão retroagir; (c) ter sido excluída da condição de microempresa, quando já vinha declarando como empresa de pequeno porte, (g) falta de menção das alterações posteriores da Lei 9.317/96 no enquadramento legal, (h) inoocorrência de prática reiterada de infração à legislação, nulidade da exclusão sem descrição donexo causal, (i) inobservância do § 2º do art. 8º da Lei nº 9.841/99.

Após a exclusão do Simples, a ação fiscal prosseguiu e foram lavrados os autos de infração de fls. 1205/1221 (IRPJ), 1222/1237 (PIS), 1253/1269 (CSLL) e 1238/1252 (Cofins), para exigência de crédito tributário referente aos fatos geradores de 01/01/2002 a 31/12/2005.

Intimada a apresentar, no prazo de 30 dias, a escrituração necessária à apuração do Lucro Real, de 2002 a 2005, caso contrário ocorreria o arbitramento do lucro, a empresa respondeu que o lançamento dos tributos e contribuições decorrentes da exclusão do Simples deveria observar o regime de Lucro Presumido, e que foi entregue à Fiscalização o livro Caixa da empresa, também utilizável para o Lucro Presumido.

Em nova intimação, o auditor esclareceu que não seria possível a opção pelo Lucro Presumido, uma vez que o efeito da exclusão foi retroativo e, estando a empresa sob ação fiscal, não se permitia a manifestação mediante o pagamento do IRPJ relativo ao primeiro período de apuração de 2002.

A Fiscalização constatou a existência de pagamentos efetuados no dia 16/11/2006, com o código 2089, referentes ao IRPJ - Lucro Presumido dos primeiros trimestres de 2003, 2004 e 2005 (fls. 1164/1665), mas não os considerou para efeito de opção porque os recolhimentos ocorreram após a ciência do início da fiscalização, fato que exclui a espontaneidade do sujeito passivo.

Tendo verificado divergências nas transferências de mercadorias entre os diversos estabelecimentos da empresa (planilhas às fls. 08/23), a fiscalização intimou e reintimou a contribuinte a esclarecer as diferenças, bem como a comprovar a devolução de compras ocorridas em abril de 2002 na filial 0009 e em dezembro de 2003 na matriz. A empresa limitou-se a informar que as diferenças nas transferências entre filiais eram

decorrentes de erros de escrituração fiscal, mas que a escrituração do livro Caixa estava correta, e que as devoluções de compras estão fundamentadas em notas fiscais de devoluções, devidamente informadas ao fisco estadual, conforme GINs .

Excluída a empresa do Simples e não considerada a opção pelo Lucro Presumido, a Fiscalização lançou o IRPJ e a CSLL pelo Lucro Arbitrado.

Como não foram esclarecidas as razões das diferenças na transferência de mercadorias entre os diversos estabelecimentos da empresa nem foram comprovadas as devoluções de compras, a fiscalização imputou à empresa a prática de omissão de receitas representada : (i) por vendas não contabilizadas, em função do total de saídas de mercadorias por transferência para estabelecimentos da mesma empresa ser maior que o total de entradas, conforme demonstrativos às fls 08/23; (ii) por compras não contabilizadas, em função do total de mercadorias recebidas por transferência de estabelecimentos da mesma empresa ser menor que o total de remessas, conforme demonstrativos às fls 08/23; (iii) receitas operacionais apuradas nos livros fiscais e demonstradas às fls. 42/45.

A autoridade fiscal assentou não ter considerado os valores pagos pelo Simples nos anos-calendário da autuação, e que deveriam ser objeto de pedido de compensação por parte da autuada.

Foi aplicada a multa de ofício de 150% (art. 44, II da Lei nº 9.430/96) sobre todos os valores de IRPJ e contribuições, tendo a autoridade fiscal considerado que o evidente intuito de fraude restou caracterizado pela apresentação de declaração inexata. Afirmou o auditor que *“não declarando a totalidade de seus rendimentos de forma sistemática e durante vários períodos consecutivos, o contribuinte tentou impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária”*.

Na manifestação de inconformidade quanto à sua exclusão, a empresa alegou cerceamento do direito de defesa por não ter sido descrito no ADE, nem no original nem no retificador, o motivo da exclusão, da não menção das alterações à Lei nº 9.317/96 no ADE, do efeito retroativo a ele atribuído, requerendo, afinal, decretação da nulidade do ato.

Na impugnação aos autos de infração a empresa alegou cerceamento do direito de defesa por não ter sido descrito no ADE, nem no original nem no retificador, o motivo da exclusão, reclamou do caráter confiscatório da multa de 150%, argumentou quanto à ilegalidade da taxa de juros Selic, reclamou da retroatividade da exclusão do Simples, na condição de microempresa, quando já vinha declarando e pagando como empresa de pequeno porte, reiterando as alegações trazidas na manifestação de inconformidade ao ato de exclusão. Questionou a tributação reflexa de PIS, Cofins e CSLL mostrando Soluções de Divergência emitidas pela Cosit que concluem que o arbitramento do IRPJ, por si só, não enseja o lançamento das contribuições, e arguiu a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º da Lei nº 9.718/98, que estabeleceu as bases de cálculo para PIS e Cofins.

Disse ter readquirido a espontaneidade em 28/01/2006 pelo decurso de 60 dias sem a prática de ato pela autoridade fiscal, e alegou que a reaquisição da espontaneidade tem efeitos retroativos e o poder de homologar os recolhimentos efetuados em 11/11/2006, inclusive para efeito de opção pelo regime tributário do Lucro Presumido nos anos-calendário de 2003, 2004 e 2005. Disse que tinha condições de optar pelo Lucro Presumido, por ter entregue o livro Caixa à Fiscalização antes mesmo de ser intimada a apresentar os livros necessários à apuração do Lucro Real;

Contestou o enquadramento legal do auto de infração (art. 530, III do RIR/99), afirmando que o dispositivo só pode ser aplicado quando o sujeito passivo, optante pelo regime do Lucro Presumido, não 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.

Afirmou inexistir dolo, tendo ocorrido simples erro de transposição das escriturações fiscal e comercial para a Declaração de Rendimentos, sem prova convincente da existência de ação dolosa, e que a aplicação da multa qualificada precisaria de uma prova contra a qual não houvesse qualquer oposição ou impugnação;

Alegou erro na identificação do sujeito passivo ao argumento de que, tendo sido aplicada a multa decorrente de omissão dolosa, a responsabilidade pela conduta seria pessoal do agente, conforme o art. 137 do CTN, descartando o alcance da penalidade a uma pessoa jurídica.

Contestou a caracterização de divergências nas saídas como omissão de compras, alegando que a presunção deveria ser de omissão de vendas, e alegou que tais divergências foram causadas por erros de escrituração devidamente esclarecidos no curso da ação fiscal. Aduziu que, não se tratando de presunção legal, caberia ao Fisco provar que tais transferências de mercadorias tipificam-se como receitas omitidas.

Por fim, requereu a exclusão da multa de 150% e dos juros Selic, o acatamento da opção pelo Lucro Presumido e tudo o mais que da impugnação conste.

A Turma de Julgamento considerou procedentes em parte as exigências para determinar que fossem considerados os valores de IRPJ e CSLL que se encontram inseridos nos recolhimentos efetuados espontaneamente a título de SIMPLES.

Ciente da decisão em 18 de junho de 2008, a interessada ingressou com recurso (fls. 1489 a 15558) sem que nele esteja registrada a data da protocolização, e que foi anexado aos autos em 22 de janeiro de 2009.

Após relato dos fatos (Título I do recurso), contesta a multa aplicada, alegando-a inconstitucional, e a utilização da Selic para fins de juros de mora (Títulos II e III do recurso).

Na seqüência, e sob os Títulos IV: (Dos efeitos da exclusão do regime Simples/Microempresa), V (Da irretroatividade dos efeitos da exclusão), VI (Arbitramento do lucro. Tributação reflexas – Improcedência. COSIT), VII (Da não incidência do PIS/Cofins sobre outras receitas- Decisão plenária do Supremo Tribunal Federal), VII.1 (Decisão definitiva do STF- Artigo 49 do Regimento Interno Conselhos de Contribuintes), VIII (Afronta ao Estado de Direito – Cerceamento de defesa), IX (Arbítrio no arbitramento- Contradição 4ª Turma DRJ/Rec), X (Não recepção do Livro Caixa para efeito de opção pelo lucro presumido) XI (Erro de enquadramento legal—autuação imotivada), XII (Do incomprovado dolo à sonegação fiscal) e XIII (Erro na identificação do sujeito passivo), a interessada reproduz as razões declinadas e impugnação. Aduziu apenas alguns argumentos quando, sob o Título VIII (Afronta ao Estado de Direito – Cerceamento de defesa), defende a reanulação da espontaneidade. Acrescenta, no recurso, que a DRF Natal negou vista/fornecimento dos documentos listados as fls. 1464/1466, o que interrompe o fluir do prazo recursal

É o relatório

Voto

Conselheira SANDRA FARONI, Relatora

Recurso tempestivo. Dele conheço.

Cuida-se de lançamentos para formalização de exigências relativas a Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) em razão da constatação de omissão de receitas, alcançando os anos calendário de 2001 a 2005, de empresa excluída do SIMPLES por ter ultrapassado o limite legal de receita previsto para a tributação simplificada, bem assim por ter, a partir do ano-calendário de 2003, incorrido em um segundo motivo para a exclusão, qual seja, reiteração em infração à legislação tributária.

A exclusão do Simples é questão preliminar. A empresa contestou a motivação da exclusão (alegando cerceamento de defesa) e o termo inicial para produção dos respectivos efeitos.

Em 2001 (período em que foi acusada de incorrer em excesso de receita), a legislação em vigor quanto à opção pelo regime de tributação simplificada previa:

Lei nº 9.317/96

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

I - (...)

II - na condição de empresa de pequeno porte que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais);

(...)

CAPÍTULO VI

DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

Art. 12. A exclusão do SIMPLES será feita mediante comunicação pela pessoa jurídica ou de ofício.

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;

(...)

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

(...)

§ 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.

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

II - embaraço à fiscalização, (...)

III - resistência à fiscalização, (...)

IV constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas (...)

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;

VI - comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

VII - incidência em crimes contra a ordem tributária, com decisão definitiva.

Art. 15. A exclusão do **SIMPLES** nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

I - a partir do ano-calendário subsequente, na hipótese de que trata o inciso I do art. 13;

II - a partir do mês subsequente àquele em que se proceder à exclusão, ainda que de ofício, em virtude da constatação de situação excludente prevista nos incisos III a XIV do art. 9º ;(redação dada pelo art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998)

III - a partir do início de atividade da pessoa jurídica, sujeitando-a ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos impostos e contribuições, devidos de conformidade com as normas gerais de incidência, acrescidos, apenas, de juros de mora quando efetuado antes do início de procedimento de ofício, na hipótese do inciso II, "b", do art. 13;

VF

IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;

V - a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior.

VI - (...)

(...)

§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998)

Art. 16. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Por ter auferido receita bruta no ano-calendário de 2001 em valor superior a R\$ 1.200.000,00, a empresa estava obrigada a ter comunicado o fato à Receita Federal, mediante alteração cadastral, até o último dia útil do mês de janeiro de 2002, conforme previsto no art. 13, alínea "a", e §§ 1º e 3º da Lei 9.317/96. Não o tendo feito, a exclusão deu-se de ofício, na forma do art. 14, inciso I, e os efeitos da exclusão se produziram a partir do ano-calendário de 2002, nos termos do inciso IV do caput do art. 15. Note-se que a previsão legal, vigente à época, para que os efeitos da exclusão se produzissem a partir do mês subsequente àquele em que se proceder à exclusão, ainda que de ofício (Lei nº 9.732/1998) era restrita às hipóteses em que a exclusão decorresse de uma das situações previstas nos incisos III a XVIII do art. 9º, que não foi o caso da Recorrente, cuja exclusão foi motivada com base no inciso II do art. 9º (excesso de receita bruta).

A argumentação da Recorrente de que o Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3000, de 1999) alterou a lei ao incluir o inciso II do art. 9º entre as hipóteses abrangidas pelo inciso IV do art. 15 da Lei nº 9.317/96 não merece acolhida, porque decreto não modifica lei, e a redação do inciso II do artigo 196 do RIR/99 só pode ser atribuída a equívoco de consolidação. Veja-se que o inciso IV do mesmo art. 196, cuja base legal é o inciso IV do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, dispõe que os efeitos da exclusão se produzirão a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, "nas hipóteses dos incisos I e II do art. 192", ou seja, contribuinte que na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte tenha auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta superior a cento e vinte mil reais ou um milhão e duzentos mil reais, respectivamente.

Portanto, correta a exclusão do sistema a partir do ano-calendário de 2002 com fundamento no art. 14, incisos I da Lei nº 9.317, de 1996, reforçada pelo inciso V do mesmo artigo, a partir do ano-calendário de 2003, nos quais a empresa reiterou no ato infracional de declarar receitas a menor. Por outro lado, im procedente a arguição de cerceamento de defesa, pois a fundamentação do ADE deixa clara a sua motivação.

O julgador de primeira instância analisou a hipótese de o art. 8º, §2º da Lei nº 9.841/99 ter revogado dispositivos da Lei nº 9.317, de 1996, no que se refere à exclusão do

regime por excesso de receita bruta, uma vez que dispôs que a perda da condição de EPP somente ocorrerá se o excesso de receita bruta se verificar durante dois anos consecutivos ou três alternados em um período de cinco anos

Assentou o julgador que não obstante a Lei nº 9.841/99 ter estabelecido regras para a exclusão diferentes das veiculadas na Lei do Simples, entre elas a necessidade de ocorrer o estouro de receita bruta em dois anos consecutivos ou três alternados tomados num intervalo de cinco anos, no dia seguinte ao da sua publicação foi publicada a Medida Provisória nº 1.923, de 06/10/1999, cujo artigo 9º determinava:

Art.9º O tratamento tributário simplificado e favorecido das microempresas e das empresas de pequeno porte é o estabelecido pela Lei nº 9.317, de 1996, e alterações posteriores, não se aplicando, para esse efeito, as normas constantes da Lei nº 9.481, de 5 de outubro de 1999.

Concluiu o julgador *a quo* que a Lei do Simples só perdeu a vigência com a promulgação da LC 123/2006, estando correta a aplicação dos critérios de exclusão feita pela Fiscalização.

Contrapôs a recorrente que o art. 9º da MP acima referida não modificou os efeitos da exclusão do Simples relativamente ao disposto na Lei nº 9.841/99, tendo se referido apenas aos benefícios, e não aos efeitos da exclusão, que continuaram a ser regidos pela Lei nº 9.841/99..

A Lei nº 9.841, de 05 outubro de 1999, instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

De acordo com seu art. 1º, as empresas enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte sujeitavam-se o regime tributário simplificado previsto na Lei nº 9.317, de 1996. Não fosse a edição do art. 9º da MP 1.198, de 2009, o dispositivo poderia gerar dúvida ou mesmo levar ao entendimento equivocado de que a exclusão do regime de tributação simplificada previsto na Lei 9.317/1996 só ocorreria se a empresa fosse desenquadrada da situação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, o quê, de acordo com o § 2º do art. 8º da Lei nº 9.841, de 1999, no que se refere à receita bruta, só ocorreria se o limite não fosse observado por dois anos consecutivos ou três alternados, no período de cinco anos.

Porém o art. 9º da MP nº 1.198, de 2009, publicada no dia seguinte àquele em que foi publicada a Lei nº 9.841, de 1999, dispôs expressamente que as normas constantes da Lei nº 9.481/1999 não se aplicam para efeito do tratamento tributário favorecido das microempresas e das empresas de pequeno porte, que continuava regido pelo estabelecido pela Lei nº 9.317, de 1996, e alterações posteriores. O art. 9º da referida MP é dispositivo de caráter nitidamente interpretativo (interpretação autêntica), com vistas a afastar, desde já, qualquer dúvida quanto à possível revogação do art. 13, inciso II, letra "a", da Lei nº 9.317, de 1996.

Argumenta a Recorrente que o art. 9º da MP fez referência apenas ao regime tributário favorecido e, portanto, exclui a aplicação das normas da Lei nº 9.841/99 apenas quanto aos benefícios e não quanto aos efeitos da exclusão. Essa interpretação carece de qualquer lógica, uma vez que a Lei nº 9.841/99 nada dispôs expressamente sobre "benefícios" tributários, tendo apenas se reportado, quanto a esses, ao regime simplificado estabelecido na Lei 9.317/96. A única norma constante da Lei nº 9.841/99 que influencia o regime tributário

das microempresas e empresas de pequeno porte é a relativa aos efeitos da exclusão, e assim, apenas quanto a esses é que a ressalva contida na MP 1.198 pode se referir.

A reiteração na prática de infração à legislação tributária restou demonstrada pela Fiscalização, que verificou (fl. 40) diferenças entre os valores de receita bruta auferida nos anos-calendário de 2002, 2003, 2004 e 2005 e os informados nas declarações respectivas.

Irreparável, pois, a decisão recorrida quanto à exclusão da empresa do regime de tributação simplificada e quanto ao termo inicial dos efeitos da exclusão.

Excluída do sistema simplificado, a empresa se submete à tributação nas mesmas condições das demais pessoas jurídicas.

No que respeita aos autos de infração, a empresa contesta, especificamente, a tributação pelo lucro arbitrado, alegando ter feito opção pelo presumido.

Assentou a decisão recorrida que a opção pelo regime presumido é manifestada através do pagamento do IRPJ referente ao primeiro trimestre do ano-calendário, e que os pagamentos efetuados no curso da ação fiscal não podem ser considerados como manifestação de opção, uma vez que o contribuinte estava com a espontaneidade afastada.

A recorrente, na impugnação, pugnou pela reaquisição da espontaneidade, argumentando que a ação fiscal iniciou-se em 27/10/2006 e um novo ato escrito pela autoridade fiscal só veio a ocorrer em 25/01/2007. Argumentou que a reaquisição da espontaneidade tem efeitos retroativos e o poder de homologar os recolhimentos efetuados em 11/11/2006, inclusive para efeito de opção pelo regime tributário do Lucro Presumido nos anos-calendário de 2003, 2004 e 2005, lembrado que entregou o Livro Caixa à autoridade fiscal antes mesmo de ser intimada a apresentar os livros necessários à apuração do Lucro Real.

Para analisar a eventual reaquisição da espontaneidade, o julgador recompôs a cronologia dos atos, sendo que os cinco primeiros e vigésimo assim estão retratados na decisão recorrida:

Item	Data da ciência	Origem do ato	Ocorrência	Folhas do processo
1	27/10/2006	Fisco	Início da ação fiscal.	03/04
2	16/11/2006	Empresa	Pagamentos de IRPJ pelo Lucro Presumido, referentes aos primeiros trimestres de 2003, 2004 e 2005.	1164/1165
3	17/11/2006	Empresa	Solicitação de prorrogação de prazo para a apresentação da documentação constante do termo de início da fiscalização.	05
4	20/12/2006	Fisco e Empresa	Apresentação parcial da documentação solicitada e lavratura do respectivo termo de retenção.	06
5	26/01/2007	Fisco	Intimação para prestar esclarecimentos sobre divergências apuradas nas operações de	07/24

Item	Data da ciência	Origem do ato	Ocorrência	Folhas do processo
			transferências de mercadorias entre estabelecimentos da empresa e para comprovar devoluções de compras.	
(...)				
20	11/08/2007	Fisco	Termo de ciência e de continuação de procedimento fiscal	1166/1167

Registra o voto condutor que os atos descritos originados pelo Fisco causaram a manutenção da empresa sob a ação fiscal, e destaca que o termo de retenção à fl. 06, lavrado em 20/12/2006, por ocasião da entrega parcial dos documentos solicitados no termo de início dos procedimentos, consigna o curso da ação fiscal, e que a lavratura deste termo de retenção de documentos deu continuidade à ação fiscal, e manteve o contribuinte sem a espontaneidade, tendo invalidado pagamentos efetuados no curso do procedimento.

Em seu recurso, a contribuinte repudia o entendimento da decisão, que acolheu o Termo de Retenção de fl. 06, bem como o de fl. 1166/1177, para os quais não houve ciência da interessada, como suficientes para dar continuidade à ação fiscal. Alegou ter pedido vistas dos papéis listados às fls. 1464 a 1466 (ou seja, dos atos mencionados na cronologia organizada pelo julgador, no corpo da decisão), e que tal lhe foi negado.

Não há nos autos nada que indique a alegada negativa do pedido de vistas.

Consta, às fls. 1487/1488, requerimento, protocolizado em 07 de julho de 2008, de cópia do comprovante de ciência do documento de fls. 1166 e 1167, mais o documento seguinte – fls. 1168, mais os documentos citados nos itens 16 a 19, com as respectivas provas de ciência, “*pena de haver cerceamento de defesa, tendo em vista que não houve ciência de nenhum representante legal da Peticionária relativamente o documento de fs. 1166/1167*”.

Às fls 1489 a 1558 o recurso do contribuinte, acompanhado de documentos de fls 1559 a 1574. .

Às fls 1575, petição, datada de 09 de setembro de 2008 e protocolizada em 17 do mesmo mês, requerendo “*cópia da folha nº 1147, do Processo Administrativo nº 16707.001693/2007-15, para fins de supressão de instância já devidamente dissertada em petições/informações anteriores junto a esta DRF/Natal*”, acompanhada de DARF de recolhimento pago em 27 de agosto. Ao final do documento de fls. 1487/1488, declaração datada de 29.08.2008, atestando ter recebido os documentos.

Analisando a alegação de reacquirição de espontaneidade, vê-se que a ciência do Termo de fls. 06 consta do próprio termo. Quanto ao termo de fls. 1166, tem-se que, tendo sido excluída do Simples, em 13 de junho de 2007 a empresa foi reintimada (fls. 1145/1146) a apresentar livros contábeis necessários à apuração do Lucro Real, além de outros documentos, com a justificativa da impossibilidade de ser utilizado o Lucro Presumido. Em 28 de junho respondeu à intimação (fls. 1148/1154), reiterando o pedido para tributação pelo lucro presumido. Em 11 de agosto foi lavrado pelo Fisco termo de ciência e de continuação de

procedimento fiscal (fl. 1166), constando o AR de seu recebimento assinado e datado de 11 de agosto de 2007 às fls. 1167.

Portanto, não ocorreu a requisição da espontaneidade, estando correta a não aceitação dos pagamentos para fins de caracterizar a opção pelo lucro presumido.

A omissão de receitas foi apurada pela fiscalização a partir de inconsistências nos livros de apuração do ICMS, relacionadas com as transferências de mercadorias entre estabelecimentos. Tais inconsistências consistiram em registros de entradas de mercadorias transferidas em valor superior ao total saído em transferência no mesmo período, ou ainda, registro de saída de mercadorias transferidas em valor superior ao total das entradas de mercadorias transferidas no mesmo período.

Por óbvio, valor das mercadorias transferidas recebidas num mês, que excedeu o valor total das remetidas em transferências, indica omissão na contabilização de compras, e o valor das mercadorias transferidas remetidas num mês que excedeu o valor total das recebidas em transferências indica omissão na contabilização de vendas no mesmo período.

Além disso, a empresa, embora intimada, não comprovou as devoluções de compras nos valores de R\$ 12.463,59 e de R\$ 79.208,95 registrada em abril/2002 e em dezembro/2003.

A interessada alegou que as inconsistências decorriam de erros de escrituração, mas não demonstrou o alegado, mediante apresentação dos documentos comprobatórios das remessas, não tendo logrado desconstituir a acusação de omissão de registro de compras e omissão de registro de vendas.

A tributação correspondente ao PIS e à Cofins dar-se-á mediante a aplicação da alíquota aplicável às pessoas jurídicas em geral sobre o valor da receita bruta (informada pela contribuinte acrescida da apurada pela fiscalização e não declarada). Ou seja, os lançamentos relativos os PIS e à Cofins não decorrem nem são reflexo do arbitramento do lucro, mas são consequência, sim, da exclusão do sistema de tributação simplificada e da apuração de declaração a menor de receitas.

Totalmente descabida a invocação do art. 48 da Lei nº 9.430/96 para postular a formulação de representação a superior hierárquico para provocar conflito de divergência. Tal dispositivo tem aplicação exclusiva ao processo de consulta.

Impertinente, também a referência a julgados do STF que decretaram a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo dessas duas exações pelo art. 3º da Lei nº 9.718, de 98, uma vez que não foram apontadas receitas computadas na base de cálculo que não sejam decorrentes de venda de produtos e/ou serviços.

Reclama a defendente do caráter confiscatório da multa e da sua desproporção em relação à infração cometida (item 1), da ilegalidade da cobrança de juros baseados na taxa Selic (item 3) e da inconstitucionalidade do art. 3º, §1º da Lei nº 9.718/98 (item 7).

A utilização da Selic para a quantificação dos juros de mora está prevista em lei regularmente inserida no sistema jurídico, não podendo este Colegiado negar-lhe aplicação. A matéria é objeto da Súmula 1º CC nº 4, com o seguinte enunciado: “ *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.”

As alegações relacionadas à constitucionalidade de normas legais aplicadas não refogem à competência do julgador administrativo. Essa matéria, inclusive, é objeto da Súmula 1º C.C nº 2, cujo enunciado é o seguinte: “*O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*”

A qualificação da multa justifica-se pela atitude da empresa de reiteradamente, e por todo o período fiscalizado (cinco anos) declarar valores de receita bruta inferiores aos auferidos, de maneira a ostentar falsamente situação abrigada pela Lei do Simples.

Finalmente, não se caracterizou o alegado erro de identificação do sujeito passivo. Como já assentou a decisão recorrida, quem é devedora de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, é a pessoa jurídica que auferiu receita bruta e omitiu parte dela nas declarações apresentadas ao Fisco, e não a pessoa física do sócio que, contudo, como agente da conduta dolosa, fica responsabilizado pelo ônus decorrente do crédito tributário.

Nego provimento ao recurso.


Sandra Maria Faroni