



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

Processo n° 18471.001393/2005-19
Recurso n° 174.199 Voluntário
Acórdão n° **1201-001.124 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 23 de outubro de 2014
Matéria IRPJ e CSLL - Auto de Infração
Recorrente ESCOLA MONTE ALEGRE LTDA. ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2000

DECADÊNCIA.

Na apuração trimestral do IRPJ e CSLL, o fato gerador do terceiro trimestre somente ocorreu em 30 de setembro de 2000, sendo que os lançamentos somente ocorreram em 20/09/2005, ou seja, dez dias antes da decadência quanto ao 3º trimestre de 2000.

Mesmo com a aplicação correta do artigo 150, parágrafo 4º, do CTN, em razão da existência de recolhimentos a menor de tributos, não houve o prazo decadencial de 5 anos contados da data do fato gerador.

LUCRO REAL. APURAÇÃO TRIMESTRAL. RESULTADOS OPERACIONAIS NÃO DECLARADOS. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Os resultados operacionais não declarados devem ser objeto de lançamento de ofício, sob pena de exclusão do Simples.

LUCRO REAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APURAÇÃO TRIMESTRAL.

Salvo se a pessoa jurídica tiver optado de forma diversa, em lançamento de ofício é trimestral a apuração do imposto, cujos fatos geradores a lei determina se considerem ocorridos no último dia do trimestre.

PAGAMENTOS NA MODALIDADE SIMPLES. COMPENSAÇÃO EM LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Os pagamentos referentes a tributos e a períodos de apuração que não integraram o lançamento de ofício devem ser alocados pela Receita Federal do Brasil.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2000

Ementa:

Aplica-se à exigência reflexa o mesmo tratamento dispensado ao lançamento do IRPJ, em face da relação de causa e efeito entre ambos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em DAR provimento parcial ao recurso voluntário, para determinar a alocação dos valores recolhidos a título de Simples (IRPJ e CSLL) aos valores lançados na sistemática do Lucro Real.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Correia Fuso - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rafael Vidal de Araújo (Presidente), Marcelo Cuba Netto, Rafael Correia Fuso, Roberto Caparroz de Almeida, Luis Fabiano Alves Penteadó e André Almeida Blanco.

Relatório

Tratam-se de Autos de Infração lavrados em face do contribuinte, que cobram IRPJ e CSLL do período-base de 2000, em razão do contribuinte não estar enquadrado no Simples no ano-calendário de 2000, passando apenas a ser tributado pelo referido regime em 01/01/2001, sendo que no referido período, este incorreu em vedações expressamente estabelecidas (art. 9º da Lei nº 9.317/96 ou art. 192 do RIR/99), exigindo-se, portanto IRPJ e CSLL da diferença recolhida (valor correspondente ao lucro operacional escriturado, mas não declarado), pela sistemática do Lucro Real, com multa de 75% e juros Selic.

A contribuinte foi intimada no início da fiscalização a apresentar os seguintes documentos:

1 - Livros Diário e Razão (Lucro Real);

2 - Livro Registro de Apuração do Lucro Real (LALUR);

3 - Livro Registro de Apuração do ISS;

4 - Livro Registro de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências;

5 - NF de prestação de serviços a terceiros.

Todos os documento foram apresentados, constatando ainda que o contribuinte apresentou Declaração Simplificada para o ano calendário de 2000.

A fiscalização descreveu em seu relatório sobre os fatos e a imputação que:

A fiscalizada não efetuou a sua declaração de imposto de renda - DIPJ de acordo com a legislação de regência para o ano calendário de 2000, ou seja, optou irregularmente pelo regime no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — Simples, cuja causa de vedação foi a natureza da atividade econômica exercida pelo interessado, desta forma, incorreu em vedações expressamente estabelecidas (art. 9º da Lei nº 9.317/96 ou art. 192 do RIR199).

Entre as hipóteses impeditivas de enquadramento no Simples, o legislador ordinário elencou a prestação de determinados serviços profissionais — dos quais, vale observar, posteriormente, a Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000, com a redação que lhe deu a Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, viria a excepcionar os serviços profissionais prestados por: a) creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental (a partir de 01/01/2001); b) centros de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e cargas; c) agências lotéricas, agências terceirizadas de correios e agências de viagem e turismo.

Na forma do inciso XIII do art. 9º da citada Lei nº 9.317, de 1996, não pode optar ou permanecer no Simples a pessoa jurídica que preste os seguintes serviços profissionais, verbis:

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

XIII - Que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;

Quando o legislador quer evidenciar que, no texto da lei, a enumeração é meramente exemplificativa, isto é, que não foi vazada em numerus clausus, ele faz uso de expressões que alargam o limite de abrangência da norma. No caso do inciso XIII do artigo de lei antes reproduzido, as expressões "assemelhados" e "qualquer outra profissão" não só asseguram que a lei não esgotou o rol das profissões proibidas ao Simples, como conferem a certeza de que foi vontade inequívoca do legislador ampliar ao máximo o elenco das atividades profissionais incompatíveis com o Simples.

A propósito do alcance da expressão "assemelhados", de que fez uso o legislador no já reproduzido inciso de lei, a Coordenação-

Geral de Tributação-Cosit, desta Secretaria da Receita -Federal (SRF), assim se manifestou (Boletim Interno da Secretaria da Receita Federal, nº 55, de 24 de março de 1997), verbis:

"19) Qual o alcance da expressão "assemelhados", constante do art. 9º, XIII, da Lei nº 9317/96?

O referido inciso impede a opção pelo Simples por parte das seguintes pessoas jurídicas:

a) que prestem ou vendam serviços relativos às profissões listadas no citado inciso;

b) que prestem ou vendam serviços que sejam assemelhados aos referidos no Item a, tendo em vista que, naquele contexto, o termo assemelhado deve ser entendido como atividade de prestação de serviço que tem similaridade ou semelhança com as atividades enumeradas no referido dispositivo legal, vale dizer, a lista das atividades ali elencadas não é exaustiva;"

c) as que prestem serviços profissionais relativos a qualquer profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida, ainda que não expressamente listados no referido inciso."

Pela Instrução Normativa SRF nº 115, de 27 de dezembro de 2000, e da Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000, art.1º, que alterou as vedações a opção pelo regime do SIMPLES, as pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental poderão optar pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, a partir do primeiro dia do ano-calendário de 2001.

A opção efetuada no ano-calendário de 2000 ou até o último dia útil do mês de janeiro de 2001, pelas pessoas jurídicas inscritas no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), submeterá a pessoa jurídica à sistemática do SIMPLES a partir do primeiro dia do ano-calendário de 2001.

Como o contribuinte, no ano calendário de 2000, incorreu em vedações expressamente estabelecidas (art. 9º da Lei nº 9.317/96 ou art. 192 do RIR/99), e possuía registros contábeis na forma da legislação comercial, ficou sujeito ao lançamento de ofício, com base na apuração do Lucro Real, conforme Demonstração de Resultados Trimestrais anexo ao processo administrativo.

O Objeto Social da contribuinte traz as seguintes descrições:

A sociedade tem como o objetivo social ministrar a Educação Infantil e o Ensino Fundamental nos segmentos de Creche, Pré Escolar, Classe de Alfabetização e 1ª a 4ª séries, Cursos Livres, na forma da Lei nº 9.394 (Lei de Diretrizes e Bases) de 20/12/1996.

Os Autos de Infração (IRPJ e CSLL) foram lavrados e o contribuinte intimado em 20/09/2005, sendo que a fiscalização, ao constatar que a contribuinte possuía

escrituração fiscal de seus livros, aplicou a sistemática de recolhimento do Lucro Real, cobrando tributo apenas do 3º trimestre, visto que o 4º trimestre a contribuinte apurou prejuízo, sendo que os dois primeiros trimestres encontravam-se decaídos.

Inconformado, interpôs impugnação em face do AI de IRPJ, em 17/10/2005, alegando que:

DOS FATOS AMENIZANTES DA DEFESA

- O digno auditor afirma em seu termo, " A opção efetuada no ano calendário de 2000 ou até o último dia útil do mês de janeiro de 2001, pelas pessoas jurídicas inscritas no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), submeterá a pessoa jurídica à sistemática do SIMPLES a partir do primeiro dia do ano Calendário de 2001." Grifo do auditor;

Note-se Sr. Delegado, que por mais que pese o equívoco da impugnante, que num momento de desespero econômico, se enquadrou no Simples, sem aparo legal, é de fundamental importância, para o instituto do direito adquirido, ressaltar que o enquadramento ocorreu em 24/10/1997, período em que as vedações ao Simples não estavam ainda bem normalizadas;

Ou seja, a impugnante dirige-se à repartição de sua jurisdição fiscal da SRF, naquele tempo A.R.F — Tijuca, protocola seu enquadramento no Simples, em 24/10/1997, e, sem qualquer ato declaratório que o excluísse do sistema, entrega sua DIPJ e recolhe seus impostos, do ano calendário de 2000, na forma do Simples, e, somente em 10/09/2005, assim mesmo pela constatação física do auditor, é que o impugnante vem a ser instado a pagar o seu imposto na forma do Lucro Real;

Se a impugnante de 24/10/1997, até o ano de 2000, tivesse recebido da SRF, ato declaratório o excluindo da sistemática do Simples, certamente não teria efetuado seus recolhimentos de impostos na modalidade do Simples, e muito menos entregaria sua declaração nessa sistemática, uma vez que, as DIPJ dos anos calendários de 1997, 1998 e 1999 foram entregues no Lucro Real. Só entregou a declaração de 2000 no Simples porque entendeu que, dado o tempo do seu enquadramento, estava realmente no Simples. Cumpre ainda ressaltar que em 2001 a impugnante reiterou seu enquadramento no Simples e que a fora sua declaração errônea, não lesou o fisco, em todo esse tempo, jamais.

DA PRESCRIÇÃO

O digno auditor, tributou o 3º trimestre do ano em questão (2000), em sua totalidade;

Todavia, como ele mesmo afirma, o início da fiscalização se deu em 01/09/2000;

Cabe lembrar, antes da conclusão, que o imposto apurado e recolhido por trimestre, não é uma imposição, podendo o contribuinte, apurar e recolher mensalmente;

Desta forma, à luz da Inteligência dos arts. 150, parágrafo 4, 173 e 174, CNT, os meses de julho e agosto que compuseram o 3º trimestre do ano calendário de 2000, estavam prescritos.

Portanto, somente o mês de setembro daquele trimestre, poderia ser tributado, visto que a prescrição quinquenal já havia alcançado os meses de julho e agosto em questão;

Desta forma, é mister, e justiça seja feita, o referido trimestre tem que ser refeito, para apuração somente do mês de setembro de 2000;

Ademais, não obstante ao fato de o 4º trimestre de 2000 ter sido fechado com prejuízo, a impugnante recolheu nos meses de outubro, novembro e dezembro o imposto na modalidade do Simples, onde uma parte do valor arrecadado se destina ao IMPOSTO DE RENDA e que, portanto, deve ser abatido da IRPJ apurada no 3º trimestre do ano em questão (cópias dos Darfs em anexo);

Também, os demais impostos componentes do Simples, no caso, a COFINS e o PIS, podem ser compensados na CSSL apurada, visto serem impostos e/ou contribuição de mesma natureza, o que, desde já, fica requerido (cópia dos Darfs em anexo);

Afinal, se o contribuinte foi tributado pelo Lucro Real, todo imposto recolhido (embutido) no Simples, tem que ser compensado. O que não pode é a impugnante ser tributada no Lucro Real, naquilo que interessa à SRF, e no Simples naquilo que não interessa. Há que se fazer justiça;

Pelo exposto, considerando que a impugnante se enquadrou no Simples em 24/10/1997, e não foi excluída até prazo da entrega da DIPJ/2001, considerando que não agiu com dolo e que nunca lesou ou sonegou o Fisco durante toda a sua existência; requer seja cancelado o Auto de Infração de nº 071.9000/01808/05, de 15/09/2005, tendo em vista que pelo silêncio da SRF, o seu enquadramento no Simples legitimou-se, ou caso contrário, seja reapurado o 3º trimestre de 2000, excluindo-se os meses de julho e agosto, alcançados pela prescrição quinquenal, e que todas parcela de impostos e contribuições dos meses de outubro, novembro e dezembro de 2000 sejam compensados, por ser medida do mais lido Direito, de Justiça e sobretudo do bem comum.

Quanto ao AI de CSLL, os argumentos são os mesmos trazidos na defesa do IRPJ.

A entregou a opção pelo Simples em 24/10/1997, conforme documento juntado nos autos.

Contudo, conforme documento juntado à fl. 139, consta no sistema da Receita Federal exclusão da empresa do regime simplificado em 01/05/1999, haja vista pendências da empresa junto à PGFN e CNAE-fiscal não permitido para empresas do Simples.

Nos anos calendários de 1997 a 1999, a despeito de encontra-se no Simples, o contribuinte entregou declarações utilizando a sistemática de recolhimento do IRPJ e CSLL sob o Lucro Real.

A DRJ do Rio de Janeiro manteve os lançamentos fiscais, nos seguintes termos:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2000

DECADÊNCIA.

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2000

LUCRO REAL. APURAÇÃO TRIMESTRAL. RESULTADOS OPERACIONAIS NÃO DECLARADOS. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Os resultados operacionais não declarados devem ser objeto de lançamento de ofício, ainda mais quando a pessoa jurídica, excluída da sistemática dos simples; estava obrigada a apurar o lucro do período, sob. outra modalidade de tributação.

LUCRO REAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APURAÇÃO TRIMESTRAL.

Salvo se a pessoa jurídica tiver optado de forma diversa, em lançamento de ofício é trimestral a apuração do imposto, cujos fatos geradores a lei determina se considerem ocorridos no último dia do trimestre.

PAGAMENTOS NA MODALIDADE SIMPLES. COMPENSAÇÃO EM LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Os pagamentos referentes a tributos e a períodos de apuração que não integraram o lançamento de ofício podem ser objeto de restituição ou compensação apenas por iniciativa do contribuinte, em procedimento próprio, a ser formalizado nos termos da legislação específica.

CSLL. EXIGÊNCIA REFLEXA

Aplica-se à exigência reflexa o mesmo tratamento dispensado ao lançamento do IRPJ, em face da relação de causa e efeito entre ambos.

Lançamento Procedente

O contribuinte foi intimado da decisão em 21/10/2008, apresentou Recurso Voluntário em 17/11/2008, alegando que:

DA REITERAÇÃO DOS TERMOS DA IMPUGNAÇÃO AO REFERIDO AI.

- *Note-se, Colenda Turma desse Egrégio Conselho de Contribuintes, que por mais que pese o equívoco da impugnante, que num momento de dificuldades econômicas, se enquadrando no Simples, sem aparo legal, é de fundamental importância atentar para o instituto do Direito Adquirido e ressaltar que o enquadramento ocorreu em 24/10/1997, período em que as vedações ao Simples não estavam ainda bem definidas, e pior, nunca chegou ao conhecimento do requerente a existência da qualquer Ato Declaratório que o excluísse do SIMPLES. Logo se não foi excluída estava no SIMPLES.*

- *Ou seja, a recorrente dirige-se à repartição de sua jurisdição fiscal da SRF, naquele tempo A.R.F — Tijuca, protocola seu enquadramento no Simples, em 24/10/1997, e, sem qualquer ato declaratório que o excluísse do sistema, entrega sua DIPJ e recolhe seus impostos, do ano calendário de 2000, na forma do Simples, e, somente em 10/09/2005, assim mesmo pela constatação física do auditor, é que o impugnante vem a ser instado a pagar o seu imposto na forma do Lucro Real.*

- *Se a impugnante de 24/10/1997, até o ano de 2000, volta a reiterar, tivesse recebido da SRF, ato declaratório o excluindo da sistemática do Simples, certamente não teria efetuado seus recolhimentos de impostos na modalidade do Simples, e muito menos entregaria sua declaração nessa sistemática, uma vez que, as DIPJ dos anos calendários de 1997, 1998 e 1999 foram entregues no Lucro Real. Só entregou a declaração de 2000 no Simples porque entendeu que, dado o tempo do seu enquadramento, estava realmente no Simples.*

- *Cumpra ainda ressaltar que em 2001 a impugnante reiterou seu enquadramento no Simples e que a fora sua declaração correta, uma vez que estava enquadrada no SIMPLES, não lesou o fisco, em todo esse tempo, jamais.*

DA INEQUÍVOCA DECADÊNCIA

- *O digno auditor, tributou o 3º trimestre do ano em questão (2000), em sua totalidade;*

- *Todavia, como ele mesmo afirma, o início da fiscalização se deu em 01/09/2005. Logo, mais que correto a argüição de decadência até o mês de agosto de 2000;*

- *Cabe lembrar, antes da conclusão, que o imposto apurado e recolhido por trimestre, não é uma imposição, podendo o contribuinte, apurar e recolher mensalmente, o que corrobora a argüição de decadência;*

- *Desta forma, à luz da Inteligência dos arts. 150, parágrafo 4, 173 e 174, CNT, nos meses de julho e agosto que compuseram o 3º trimestre do ano calendário de 2000, já havia ocorrido a decadência;*

efetuada antes de 01/09/2005, data do início da Ação Fiscal, conforme extrato CNPJ acima, motivo pelo qual não possuímos o Aviso de Recebimento.

Este é o relatório!

Voto

Conselheiro RAFAEL CORREIA FUSO

O Recurso é tempestivo e atende aos requisitos legais, por isso o conheço.

Quanto à questão da decadência alegada pelo Recorrente, entendo que não assiste razão, visto que na apuração trimestral do IRPJ e CSLL, o fato gerador do terceiro trimestre somente ocorreu em 30 de setembro de 2000, sendo que os lançamentos somente ocorreram em 20/09/2005, ou seja, dez dias antes da decadência quanto ao 3º trimestre de 2000.

É o que dispõe o artigo 220 do Regulamento do IR (Decreto nº 3.000/99), com a redação do disposto no artigo 1º da Lei nº 9.430/96:

Art. 220. O imposto será determinado com base no lucro real, presumido ou arbitrado, por períodos de apuração trimestrais, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário (Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º).

No caso em análise, se houvesse ocorrido a decadência (caso que não aconteceu), seria o caso da aplicação do disposto no artigo 150, § 4º do CTN, conforme entendimento sufragado do STJ, haja vista que nos meses de julho e agosto ocorreram recolhimentos do IRPJ e da CSLL, conforme consignado na própria decisão da DRJ:

O interessado pede que a parte do recolhimento que efetuou em darfs, na modalidade Simples, relativa ao IRPJ e à CSLL, seja abatida da exigência total.

Tal abatimento já foi providenciado pelo autuante, conforme se vê no Demonstrativo de Apuração do IRPJ, às fls.49 (em que, do total de R\$ 1.904,95, foi deduzido o valor de R\$23,86, conforme cálculos às fls.38), e no Demonstrativo de Apuração da CSLL, às fls.53, em que, do total de R\$ 1.142,96 (R\$1.015,97 + R\$ 126,99), foi deduzido o valor de R\$ 568,15.

Observe-se que, como se vê às fls.38/39, ambos os valores de dedução acima correspondem a parcelas dos pagamentos de Simples (darfs às fls.120/121) efetuados nos meses de julho (R\$ 1.090,20), agosto (R\$ 960,65) e setembro (R\$ 1.017,17).

Assim, não há como acolher a tese da decadência do Recorrente quanto aos meses de julho e agosto de 2000.

Esse inclusive é o entendimento desse E. Tribunal:

DECADÊNCIA – O fato gerador do imposto de renda e das contribuições das empresas que declaram o tributo pelo lucro real trimestral (art. 1º da Lei nº 9.430/96) ocorre no último dia do trimestre de correspondência, contando-se daí o prazo decadencial para o fisco exercer o direito de constituir o crédito tributário, salvo quando ocorrer dolo, fraude ou simulação (art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional), em que a contagem se faz a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

(...)

Recurso provido em parte

(Recurso nº 148378, Sétima Câmara, Sessão de 06/12/2007, Relator Carlos Alberto Gonçalves Nunes, Acórdão 107-09263)

Quanto ao instituto do Direito Adquirido, não se pode convalidar como direito aquilo que está irregular desde o início, ou seja, fundado em ato ilícito.

A despeito da empresa ter se enquadrado em 1997 no regime do Simples, tal conduta jamais foi devidamente consolidada, visto que nos anos de 1997 a 1999, o contribuinte recolheu e declarou o IRPJ e a CSLL com base no Lucro Real.

Ainda que se considere o fato do contribuinte não ter sido intimado da decisão que o excluiu do Simples em 01/05/1999, o fato é que nesse mesmo ano, o contribuinte permaneceu recolhendo e declarando ao fisco a sistemática do Lucro Real para fins de recolhimento do IRPJ e CSLL, o que exclui por completo, sua opção pelo regime do Simples, visto o disposto na legislação tributária abaixo transcrita:

Art. 3º A adoção da forma de pagamento do imposto prevista no art. 1º, pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime do lucro real, ou a opção pela forma do art. 2º será irretratável para todo o ano-calendário.

Parágrafo único. A opção pela forma estabelecida no art. 2º será manifestada com o pagamento do imposto correspondente ao mês de janeiro ou de início de atividade.

Quanto ao ano calendário de 2000, objeto dos Autos de Infração, o recolhimento dos tributos e sua declaração se baseou na sistemática do Simples.

Portanto, pelo que se pode constatar é que aparentemente a empresa deduziu que estava sob o regime do Simples, por conta da sua Declaração de 1997, mudando drasticamente sua forma de recolhimento do Lucro Real para o regime simplificado, porém foi negligente ao ponto de considerar uma forma de recolhimento sob um regime que jamais havia se enquadrado de fato e de direito.

Sua negligência se expirou quando em 2001 realizou novamente a opção, passando a se enquadrar no regime novamente, como bem relatado pelo próprio contribuinte:

Cumprе ainda ressaltar que em 2001 a impugnante reiterou seu enquadramento no Simples e que a fora sua declaração correta....

Por fim, quanto à cobrança do IRPJ e da CSLL (diferença entre o que fora recolhido e o apurado no Lucro Real, entendo que o Sr. Auditor Fiscal agiu de forma correta, visto que se a contribuinte não estava enquadrada de fato e de direito na sistemática do simples.

Na forma do inciso XIII do inciso XIII do art. 9º da citada Lei nº 9.317, de 1996, as atividades que dependam de regulamentação, como as atividades educacionais, estão vedadas de optar ou permanecer no Simples.

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

XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;

Contudo, com a edição da Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000, art.1º, houve a alteração das vedações da opção pelo regime do SIMPLES, permitindo que as atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental possam optar pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, portanto, em momento posterior aos fatos geradores apurados nos lançamentos:

Art. 1º Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental.

Assim, a contribuinte, após sua opção pelo regime em 2001, e considerando o disposto Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000, art.1º, passou a ter direito de recolhimento de seus tributos pelo regime do Simples.

Por fim, quanto ao pedido de compensação quanto aos valores recolhidos em outubro, novembro e dezembro de 2000 a título de Simples, com o valor cobrado nos Autos de Infração, a despeito da contribuinte ter auferido prejuízo quando se aplica a sistemática do Lucro Real, verifico que o contribuinte deveria ter feito pedido de restituição previamente, não sendo autorizada a compensação de ofício quando não há tal pleito anterior:

IN nº 600/2005

Art. 34. Antes de proceder à restituição ou ao ressarcimento de crédito do sujeito passivo para com a Fazenda Nacional relativo aos tributos e contribuições de competência da União, a autoridade competente para promover a restituição ou o ressarcimento deverá verificar, mediante consulta aos sistemas de informação da SRF, a existência de débito em nome do sujeito passivo no âmbito da SRF e da PGFN.

§ 1º Verificada a existência de débito, ainda que parcelado, inclusive de débito já encaminhado à PGFN para inscrição em Dívida Ativa da União, de natureza tributária ou não, ou de débito consolidado no âmbito do Refis, do parcelamento alternativo ao Refis ou do parcelamento especial de que trata a

Lei nº 10.684, de 2003, o valor da restituição ou do ressarcimento deverá ser utilizado para quitá-lo, mediante compensação em procedimento de ofício.

§ 2º Previamente à compensação de ofício, deverá ser solicitado ao sujeito passivo que se manifeste quanto ao procedimento no prazo de quinze dias, contado do recebimento de comunicação formal enviada pela SRF, sendo o seu silêncio considerado como aquiescência.

§ 3º Na hipótese de o sujeito passivo discordar da compensação de ofício, a autoridade da SRF competente para efetuar a compensação reterá o valor da restituição ou do ressarcimento até que o débito seja liquidado.

§ 4º Havendo concordância do sujeito passivo, expressa ou tácita, quanto à compensação, esta será efetuada e o saldo credor porventura remanescente será restituído ou ressarcido ao sujeito passivo.

§ 5º Quando se tratar de pessoa jurídica, a verificação da existência de débito deverá ser efetuada em relação a cada um de seus estabelecimentos.

IN nº 900/2008

Art. 49. A autoridade competente da RFB, antes de proceder à restituição e ao ressarcimento de tributo, deverá verificar a existência de débito em nome do sujeito passivo no âmbito da RFB e da PGFN.

§ 1º Verificada a existência de débito, ainda que consolidado em qualquer modalidade de parcelamento, inclusive de débito já encaminhado para inscrição em Dívida Ativa, de natureza tributária ou não, o valor da restituição ou do ressarcimento deverá ser utilizado para quitá-lo, mediante compensação em procedimento de ofício.

§ 2º Previamente à compensação de ofício, deverá ser solicitado ao sujeito passivo que se manifeste quanto ao procedimento no prazo de 15 (quinze) dias, contados do recebimento de comunicação formal enviada pela RFB, sendo o seu silêncio considerado como aquiescência.

§ 3º Na hipótese de o sujeito passivo discordar da compensação de ofício, a autoridade da RFB competente para efetuar a compensação reterá o valor da restituição ou do ressarcimento até que o débito seja liquidado.

§ 4º Havendo concordância do sujeito passivo, expressa ou tácita, quanto à compensação, esta será efetuada.

§ 5º O crédito em favor do sujeito passivo que remanescer do procedimento de ofício de que trata o § 4º ser-lhe-á restituído ou ressarcido.

§ 6º Quando se tratar de pessoa jurídica, a verificação da existência de débito deverá ser efetuada em relação a todos os seus estabelecimentos, inclusive obras de construção civil.

§ 7º O disposto no caput não se aplica ao reembolso.

Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso, para no mérito DAR provimento parcial ao recurso voluntário, para determinar a alocação dos valores recolhidos a título de Simples (IRPJ e CSLL) aos valores lançados na sistemática do Lucro Real.

É como voto!

(documento assinado digitalmente)

RAFAEL CORREIA FUSO - Relator