



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº 19647.002936/2006-00
Recurso nº 157.051 Voluntário
Matéria IRPJ
Acórdão nº 103-23.638
Sessão de 17 de dezembro de 2008
Recorrente COMERCIAL ALDEIA - LTDA
Recorrida 4ª TURMA/DRJ-RECIFE/PE

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

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

ARBITRAMENTO. Excluída do Simples, a falta de escrituração contábil e fiscal suficiente à apuração do Lucro Real implica no arbitramento do lucro.

LEI nº 11.196/2005 – NOVOS LIMITES DE RECEITA – IRRETROATIVIDADE. As alterações do limite de receita bruta para enquadramento como empresa de pequeno porte tributada pela Lei nº 9.317/1996, pelos artigos 33 e 132 da Lei nº 11.196 de 21/11/2005, somente passaram a vigorar a partir de 01/01/2006, não se aplicando a retroatividade prevista no art. 106 do Código Tributário Nacional.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI-O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (Súmula 1º CC nº 2)

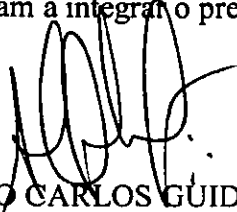
MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

A prática reiterada de omissão de receitas conduz necessariamente ao preenchimento automático das condições previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, sendo cabível a duplicação do percentual da multa de que trata o inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96, com nova redação dada pela Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. SIMPLES - PIS - COFINS – CSSL. Estende-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

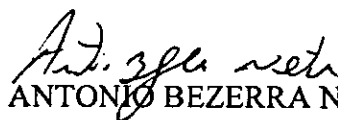
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto
COMERCIAL ALDEIA - LTDA.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do PRIMEIRO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso
voluntário, vencidos os Conselheiros Alexandre Barbosa Jaguaribe e Carlos Pelá que davam
parcial provimento para reduzir a multa de ofício aplicada para o percentual regular de 75%
(setenta e cinco por cento). Impedido Conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho, nos termos do
relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO

Vice-Presidente em exercício



ANTONIO BEZERRA NETO

Relator

FORMALIZADO EM 06 FEV 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Leonardo de
Andrade Couto, Nelso Kichel (Suplente Convocado), Régis Magalhães Soares Queiroz e
Guilherme Adolfo dos Santos Mendes.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão nº 11-17.696, da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife-PE

Por economia processual, adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância:

“EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Foi instaurado contra a contribuinte acima qualificada um procedimento fiscal no qual apurou a fiscalização que a empresa no ano calendário de 2000, auferiu receita bruta de R\$ 1.321.836,09, ou seja, obteve receita bruta proporcional superior ao limite para permanência no SIMPLES como EPP.

Diante da constatação acima foi efetuada a Representação Fiscal – Exclusão do Simples, às fls. 01 a 03, propondo ao DRF/Recife-PE a exclusão da empresa do sistema simplificado a partir de 01/01/2001.

A Delegacia da Receita Federal em Recife-PE expediu Ato Declaratório Executivo nº 43 de 18/04/2006, à fl. 78, no DOU DE 19/04/2006, declarando a empresa excluída do SIMPLES com os efeitos a partir de 01/01/2001. Foi lavrado Termo de Ciência de Exclusão do Simples, à fl. 82, comunicando a exclusão da empresa do sistema simplificado e concedendo o prazo de 30 (trinta dias) para contestações da empresa. A ciência pessoal foi no dia 25/04/2006.

A contribuinte apresentou sua manifestação de inconformidade anexada às fls. 84 a 111 alegando em síntese o seguinte:

- Afirma que foi excluída do Simples em 2006 com efeito a partir de 01/01/2001, com obrigações variadas. Cita os arts. 13, 14, 15 e 16 da Lei nº 9.317/1996, e que o Ato Declaratório Executivo enquadrado no inciso IV do art. 15 afronta o princípio da irretroatividade da Lei, pois o ato produz efeito sobre fatos ocorridos em períodos anteriores à sua edição. Da mesma forma o Código Tributário Nacional também proíbe a aplicação de lei a fato pretérito. Cita, nas fls 87 a 93 ementas de acórdãos dos tribunais judiciais. Lembra ainda os princípios constitucionais do direito adquirido, coisa julgada e do ato jurídico perfeito.

- Em seguida a contribuinte passa a requerer a aplicação retroativa (retroatividade benigna) da Lei nº 11.196/2005 que alterou os limites de receita bruta para enquadramento como microempresa e empresa de pequeno porte. Alega que o faturamento da empresa no ano de 2005 ficou dentro do novo limite de R\$ 2.400.000,00, “o que permite a empresa continuar como optante do regime simplificado”. Prossegue afirmando que não existe proibição específica à eficácia retroativa, desde que se respeite o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido. Cita opiniões de juristas acerca da matéria.



AUTOS DE INFRAÇÃO DECORRENTES DA EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Excluída do SIMPLES a empresa ficou sujeita a tributação das demais pessoas jurídicas. Foram apurados os autos de infração do IRPJ e CSLL considerando a empresa na sistemática do Lucro arbitrado, tendo em vista a falta de apresentação da escrita contábil da empresa. Ressalta a autuante que a contribuinte após intimações respondeu que não possuía o livro Caixa (fl. 194) e demais livros e documento da escrita contábil (fl. 224)

Também foram apurados os autos de infração da COFINS e do PIS fora do sistema simplificado.

Foram consideradas como bases de cálculo dos tributos os valores extraídos do das Guias de Informação e Apuração do ICMS e no Livro de Apuração do ICMS. Os dados foram consolidados nos quadros demonstrativos das fls. 225/233.

Foram lavrados os Autos de Infração às fls. 127 a 174 para exigência de crédito tributário, adiante especificado:

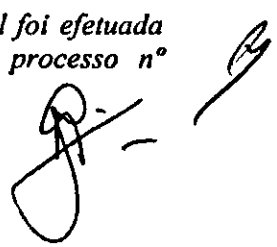
CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM REAIS

TRIBUTOS	FLS	Imposto/ Contrib.	Juros de Mora	Multa
Proporcional	TOTAL			
Imposto de Renda Pessoa Jurídica	127	94.174,20		
56.411,48	126.241,07	276.826,75		
Contribuição para o PIS	139	40.844,04	25.288,96	
54.486,03	120.619,03			
Contribuição para a Seguridade Social	151	188.511,48		
116.719,14	251.475,06	556.705,68		
Contribuição Social sobre o Lucro	163	67.864,08		
40.941,95	90.530,98	199.337,01		
TOTAL -	-	-	1.153.488,47	

Foi aplicada sobre o crédito tributário apurado multa de ofício no percentual de 75% para os fatos geradores de janeiro de 2001 a fevereiro de 2002 e no percentual de 150% (agravada) para os fatos geradores de março de 2002 a dezembro de 2003 tendo em vista que nestes fatos geradores a contribuinte declarou à Secretaria da Receita Federal, através da declaração anual simplificada, valores inferiores aos apurados pela fiscalização.

Foram lavrados Termos de Sujeição Passiva, às fls. 432 e 433, considerando responsáveis solidários pelo crédito tributário apurado os Srs. José Barbosa de Albuquerque Filho, CPF: 125.785.764-91 e Jailton Barbosa de Albuquerque, CPF: 180.662.754-04.

Tendo em vista os fatos apurados no procedimento fiscal foi efetuada Representação Fiscal para Fins Penais anexada ao processo nº 19647.002936/2006-00.



Contestando os autos de infração do presente processo a contribuinte apresentou sua impugnação de fls. 439 a 462, alegando em síntese o seguinte:

- Requer a nulidade dos autos de infração do presente processo tendo em vista que a empresa apresentou manifestação de inconformidade contra sua exclusão do Simples, assim, quando da lavratura dos autos a empresa não se encontrava excluída definitivamente. Os efeitos da exclusão estavam suspensos de acordo com o Decreto nº 70.235/1972 - Processo Administrativo Fiscal – PAF. A fiscalização partiu de uma premissa falsa, que a empresa estava excluída do sistema simplificado, quando a situação ainda estava pendente de julgamento.

- Passa a argumentar a respeito da inobservância do princípio da irretroatividade da lei. Estes argumentos apresentados são os mesmos já expostos e sintetizados acima quando do resumo da manifestação de inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo de exclusão da empresa do Simples.

- Em seguida a contribuinte afirma que comunicou a fiscalização que não havia encontrado os documentos solicitados, pois a documentação fiscal foi destruída em virtude da enchente no ano de 2005. Assim, não foram considerados os eventuais registros de vendas canceladas que poderia justificar as diferenças de receitas brutas encontradas pela fiscalização. Explica que não comunicou a destruição dos livros na época, pois só percebeu quando do início do procedimento fiscal.

- Requer ainda a compensação dos valores pagos através do Simples.

- A contribuinte contesta a aplicação da multa agravada de ofício no percentual de 150% afirmando na verdade apenas cometeu um erro na prestação das informações, e nunca o intuito de fraudar (dolo).

- Ainda contesta a aplicação da taxa SELIC como juros de mora em matéria tributária.

(...)”

A DRJ-Recife-PE, por unanimidade de votos, indeferiu a manifestação de inconformidade mantendo a exclusão da contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, e julgou procedentes EM PARTE os lançamentos, nos termos da ementa que se transcreve:

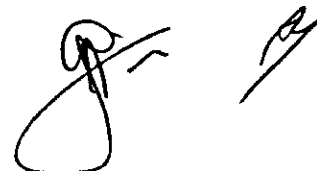
“ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2001

EFEITOS DA EXCLUSÃO

O efeito da exclusão para as pessoas jurídicas que tenham optado pelo Simples e excedeu ao limite de receita bruta dar-se-á a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao do excesso.

PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.



O princípio de irretroatividade de lei dirige-se ao poder legislativo, como poder competente que é para legislar, sujeitando-se a Administração Pública à observância estrita do princípio constitucional da legalidade previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal, cabendo-lhe simplesmente "aplicar as leis, de ofício".

O ato declaratório de exclusão do SIMPLES deve ser emitido em estrita obediência aos ditames da legislação específica do sistema simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

EXCLUSÃO DO SIMPLES DE OFÍCIO - IRPJ - CSLL- COFINS E CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS COMO DEMAIS PESSOAS JURÍDICAS.

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.

FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS - Comprovada a falta de apresentação dos livros que amparariam a tributação com base no lucro real, cabível é o arbitramento do lucro. Atendidos os pressupostos objetivos e subjetivos na prática do ato administrativo de lançamento, sua modificação ou extinção somente se dará nos casos previstos em lei (CTN, art. 141). Como inexistente arbitramento condicional, o ato administrativo de lançamento não é modificável pelo posterior oferecimento do documentário cuja falta de apresentação foi a causa do arbitramento.

MULTA QUALIFICADA

Declarar a menor seus rendimentos, convalidando a prática sistemática adotada durante todo o Ano-calendário de recolher mensalmente a menor os valores dos impostos e contribuições devidos, constitui conduta dolosa que tenta impedir ou retardar, ainda que parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal."

No caso a decisão de piso reconheceu apenas o direito ao contribuinte, em face da exclusão do Simples, de serem considerados, no presente caso, os valores do IRPJ, da CSLL, da COFINS e da Contribuição para o PIS que se encontram inseridos nos recolhimentos efetuados espontaneamente sob o código 6106, que são legalmente definidos.

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs recurso voluntário a este Primeiro Conselho de Contribuinte, repisando os tópicos trazidos anteriormente na impugnação.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator.

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, trata-se o presente processo de recurso contra ato de exclusão da empresa do SIMPLES, bem assim contra o Auto de Infração que exige da interessada o IRPJ e seus reflexos, acrescidos de multa de ofício de 75% /150%.

Excluída do SIMPLES a empresa ficou sujeita a tributação das demais pessoas jurídicas. Foram apurados os autos de infração do IRPJ e reflexos considerando a empresa na sistemática do Lucro arbitrado, tendo em vista a falta de apresentação da escrita contábil da empresa. Ressalta a autuante que a contribuinte após intimações respondeu que não possuía o livro Caixa (fl. 194) e demais livros e documento da escrita contábil (fl. 224)

Inicialmente cabe enfrentar as questões levantadas contra a exclusão da interessada do SIMPLES, trazidas em seu recurso.

Da Exclusão do SIMPLES

Em 25/04/2006 a contribuinte foi cientificada de sua exclusão do Simples por meio do Ato Declaratório Executivo n.º 43 de 18/04/2006, à fl. 78, no DOU DE 19/04/2006, declarando a empresa excluída do SIMPLES com os efeitos a partir de 01/01/2001.

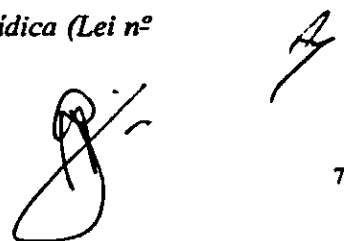
É que foi detectado que a empresa no ano calendário de 2000, auferiu receita bruta de R\$ 1.321.836,09, ou seja, obteve receita bruta proporcional superior ao limite para permanência no SIMPLES como EPP, sendo assim determinada a sua exclusão a partir do ano seguinte a esse descumprimento (a partir de 2001).

Contra essa extrapolação do limite de receitas para o ano-calendário de 2000 a recorrente não se insurge, ou seja, admite o auferimento de receita bruta equivalente a R\$ 1.321.836,09, superior ao limite de 1.2000.000,00 estabelecido para as EPP naquele ano-calendário.

A sua insurgência é contra 2(dois) pontos: 1) a impossibilidade de sua exclusão ter se dado de forma retroativamente a partir de 01/01/2001; b) a aplicação da retroatividade benigna em relação à Lei nº 11.196/2005 que alterou os limites de receita bruta para enquadramento como microempresa e empresa de pequeno porte. É que o seu faturamento, segundo a mesma, para o ano-calendário de 2005 ficou dentro do novo limite de R\$ 2.400.000,00.

Em relação aos efeitos da exclusão do SIMPLES, assim dispõe o RIR/99, aprovado pelo Decreto 3.000/1999:

"Art. 192. Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica (Lei nº 9.317, de 1996, art. 9º, e Lei nº 9.779, de 1999, art. 6º):



7

I - omissis;

II - na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a um milhão e duzentos mil reais;"

Efeitos da Exclusão

Art.196. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts.194 e 195 surtirá efeito (Lei nº 9.317, de 1996, art.15):

[...]

IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 192;

[...]"

Conforme está cristalinamente estampado nos preceptivos legais acima, os efeitos da exclusão retroagem, no caso, *"a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido"*.

E foi exatamente o que aconteceu. O Ato Declaratório Executivo nº 43 de 18/04/2006, à fl. 78, retroagiu a 01 de janeiro de 2001, obedecendo ao supracitado preceptivo legal.

Ademais, como é sabido o *"Direito cria sua própria realidade"*, podendo o legislador em determinadas situações pretender, sim, fazer com que essa retroação aconteça. Embora não se desconheça a existência do princípio de irretroatividade de lei, é bom que se diga que ele se destina a servir de diretiva estabelecendo uma regra geral ao poder legislativo e não propriamente ao intérprete. No caso, o intérprete quando estiver diante de uma tal construção na figura de um dispositivo válido e vigente, não cabe a ele desprezá-lo.

Saliente-se ainda que estando previstos em disposição legal em vigor, não cabe a este órgão do Poder Executivo deixar de aplicá-los, encontrando óbice, inclusive na Súmula nº 2 deste E. Primeiro Conselho de Contribuintes, *in verbis*:

Súmula 1ª CC nº 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (DOU, Seção 1, dos dias 26, 27 e 28/06/2006, vigorando a partir de 28/07/2006).

Retroatividade da Lei nº 11.196 de 21/11/2005 – Retroatividade benigna

Em relação à possibilidade de aplicação das alterações do limite de receita bruta para enquadramento como empresa de pequeno porte tributada pela Lei nº 9.317/1996, cabe destacar os artigos 33 e 132 da Lei nº 11.196 de 21/11/2005 os novos limites de receita bruta para enquadramento da pessoa jurídica no Simples passaram a vigorar apenas a partir de 01/01/2006, não se aplicando a retroatividade prevista no art. 106 do Código Tributário Nacional, pois a infração em questão está bem delimitada no tempo, não tendo a nova



legislação dado novo tratamento para aquele mesmo período (2000), mas sim a um novo período no tempo, no caso, a partir de 01/01/2006 o limite foi ampliado.

Ou seja, a referida lei não é “expressamente interpretativa”; não deixou de definir aquela situação como infração para aquele período; e, por fim, não se trata de lei que verse sobre penalidade mais benéfica.

Cabe destacar, conforme muito bem mencionado pela primeira instância *“que poderá a empresa se enquadrar novamente no Simples a partir do Ano Calendário em que sua receita bruta não exceda o novo limite estabelecido na legislação, porém, do Ano Calendário 2001 até a data de um novo enquadramento, a empresa permanece fora do sistema simplificado.”*

Assim, nego provimento em relação à exclusão do Simples.

DA ATUAÇÃO

Requer a nulidade dos autos de infração do presente processo tendo em vista que a empresa apresentou manifestação de inconformidade contra sua exclusão do Simples, assim, quando da lavratura dos autos a empresa não se encontrava excluída definitivamente. Os efeitos da exclusão estavam suspensos de acordo com o Decreto nº 70.235/1972 - Processo Administrativo Fiscal – PAF.

Não procede tal alegação. Apesar de se admitir que a autuação do IRPJ e reflexos são decorrentes da exclusão do SIMPLES, não se concebe a hipótese levantada pela recorrente de que a autuação só poderia ser efetuada com o trânsito em julgado da exclusão do Simples. Primeiro, porque não causa nenhum prejuízo à defesa da recorrente, uma vez que a legislação tratou inclusive de fazer com que os dois procedimentos sejam julgados em conjunto em um mesmo processo, como é o caso; segundo, caso, haja alteração na exclusão do SIMPLES da empresa esta será considerada nos autos decorrentes; terceiro, tal hipótese estaria impedindo de a fazenda nacional de proceder com sua atividade vinculada de constituir o crédito tributário que estaria a mercê do risco de decadência e, por último, mas não menos importante, o Ato Declaratório Executivo é eficaz e surte efeito a partir de sua emissão e publicação, podendo a contribuinte suspender sua exclusão como ocorreu no presente caso.

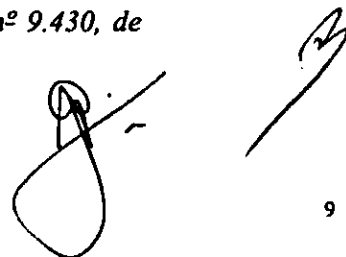
Rejeito, portanto, a preliminar de nulidade suscitada.

Arbitramento

Em relação ao arbitramento do lucro, a recorrente apesar de ter sido intimada a apresentar os livros e documentos de sua escrituração, deixou de apresentá-los a contento. No caso, após intimada respondeu que não possuía livro caixa (fl. 194) e demais livros contábeis e documentos da escrita contábil (fl.224), em função de sua destruição por inundação ocorrida no ano de 2005. A autoridade fiscal, então, arbitrou o lucro, com fundamento no artigo 530, inciso III do RIR/1999, abaixo transcrito:

“Art.530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

(...)



III - o contribuinte deixar de 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; "

Nem o livro caixa, facultativo, onde deveria estar escriturada toda a movimentação financeira, inclusive bancária foi apresentado.

Em função desse contexto, cabe enfatizar novamente, não restou ao fisco outra opção senão proceder a apuração do imposto com base no lucro arbitrado, tomando-se por base a receita conhecida. extraídas das Guias de Informação e Apuração do ICMS e no Livro de Apuração do ICMS. Os dados foram consolidados nos quadros demonstrativos das fls. 225/233.

Contestação da Receita Conhecida adotada pela fiscalização

A recorrente assume que sua receita seria desconhecida e salienta *"que existe um tratamento distinto no que se refere ao conhecimento ou não da receita. No presente caso tal diferença assume vital importância, visto que a legislação fiscal estabelece critérios para apuração da base de cálculo, quando a receita bruta é desconhecida."*

Quanto à esse aspecto, a jurisprudência já sinalizou também que a desclassificação da escrita fiscal para fins de arbitramento de lucro não tem o condão de afastar a eficácia das receitas escrituradas, para fins de enquadramento no art. 532 do RIR/99, conforme ementa abaixo reproduzida:

IRPJ - ARBITRAMENTO DE LUCROS - A desclassificação da escrita para fins de arbitramento de lucros não significa que devam ser desconsideradas as receitas escrituradas e declaradas pelo sujeito passivo. (1ª CC Ac. 107-06845, 7ª C., Rel. Francisco de Assis Vaz Guimarães, data da sessão 17/10/2002).

O comando do art. 535 do RIR/99 destina-se à situação em que não se conhece a receita bruta:

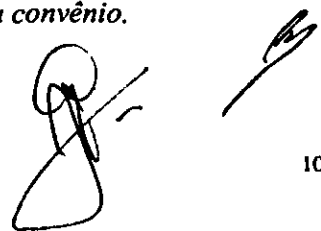
Dessa forma, o arbitramento deve ser mantido.

Receita conhecida - contestação

Em virtude da falta de apresentação dos documentos contábeis, foram utilizadas as receitas conhecidas extraídas das Guias de Informação e Apuração do ICMS e no Livro de Apuração do ICMS

Salienta-se que há inclusive convênio firmado entre a Secretaria da Receita Federal do Brasil e a Fazenda Estadual, para o aproveitamento de tais informações, tudo em consonância com o art. 194 do CTN, que informa, *verbis*:

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.



Outrossim, diferentemente do apregoado pela recorrente as receitas declaradas nos livros fiscais, para fins de apuração do ICMS, presta-se, sim, para ser utilizada para fins de constituição da receita bruta do IRPJ e das contribuições. Apesar de o ônus da prova nesse caso ser todo seu, nada trouxe em suas razões recursais que pudesse infirmar a autuação, muito contrário, limita-se repisar as mesmas razões impugnatórias com possibilidades fictícias, sem trazer um único caso concreto, uma única prova de que a base de cálculo utilizada pelo fisco não corresponderia à receita bruta do IRPJ.

Rejeito, portanto, essa alegação.

Impossibilidade de arbitramento em função de alegado caso fortuito ou força maior / Devoluções de vendas não consideradas

Insurge-se ainda indiretamente contra o arbitramento e diretamente contra a equivocada apuração da base de cálculo, uma vez que não havia encontrado os documentos solicitados, pois a documentação fiscal foi destruída em virtude da enchente no ano de 2005. Assim, não teriam sido considerados os eventuais registros de vendas canceladas que poderia justificar as diferenças de receitas brutas encontradas pela fiscalização. Explica que não comunicou a destruição dos livros na época, pois só percebeu quando do início do procedimento fiscal.

O art. 264 do vigente Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, dispõe:

**Art. 264. A pessoa jurídica é obrigada a conservar em ordem, enquanto não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, os livros, documentos e papéis relativos a sua atividade, ou que se refiram a atos ou operações que modifiquem ou possam vir a modificar sua situação patrimonial (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 4º).*

§ 1º Ocorrendo extravio, deterioração ou destruição de livros, fichas, documentos ou papéis de interesse da escrituração, a pessoa jurídica fará publicar, em jornal de grande circulação do local de seu estabelecimento, aviso concernente ao fato e deste dará minuciosa informação, dentro de quarenta e oito horas, ao órgão competente do Registro do Comércio, remetendo cópia da comunicação ao órgão da Secretaria da Receita Federal de sua jurisdição (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 10)." (grifei)

De observar que o supracitado dispositivo legal elenca as providências que o contribuinte, ante a destruição dos seus livros, deve adotar como elementos de prova de suas alegações.

No caso que se cuida, prova não há de que o estabelecimento do contribuinte foi vitimado, muito menos de que seus livros tenham sido destruídos.

Mesmo que o sinistro tivesse ocorrido durante ou após os fatos geradores, o que se cogita à guisa de esclarecimento, a prova necessária de sua ocorrência configurar-se-ia com a adoção de todas as providências especificadas na norma, que à evidência não foi o caso.



Atendo-se ao caso concreto, observa-se que o contribuinte não demonstrou que tenha cumprido a determinação de prestar minuciosa informação, dentro de 48 horas, ao órgão competente do Registro do Comércio, com cópia da comunicação ao órgão da Secretaria da Receita Federal de sua jurisdição, neste mesmo prazo, além de não dar notícia do fato em jornal de grande circulação.

Dessa forma, cai por terra, primeiro a tentativa de por esse expediente alterar a forma de tributação adotada (lucro arbitrado) e, segundo, a tentativa de modificar suas base de cálculo, quando os Livros de Apuração do ICMS apresentam os valores escriturados sem as alegadas devoluções de vendas.

Multa Qualificada (150%) – Prática reiterada

Entre março de 2002 a dezembro de 2003 a contribuinte declarou à Secretaria da Receita Federal, através da declaração anual simplificada, valores bem inferiores aos apurados pela fiscalização.

Assoma claro nos autos que a empresa, de forma intencional e reiterada, buscou ocultar receitas com o fim de eximir-se do devido recolhimento dos tributos, o que caracteriza ação dolosa visando a impedir ou retardar o conhecimento da obrigação tributária por parte da Fazenda Pública, nos termos do art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, adiante reproduzido:

“Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.”

Nestes termos, como nos autos está devidamente evidenciado que o contribuinte, ao longo de vários anos, omitia receitas de forma contínua e reiterada, não se pode chegar a outra conclusão que não seja a de que o que houve, concretamente, foi conduta tendente a manter ao largo da tributação o montante dos seus ganhos auferidos.

Em relação à “prática reiterada” de omissão de receitas constituir condição suficiente para a caracterização do evidente intuito de fraude, pauto o meu sistema de referência em cima da impossibilidade epistemológica (limites do conhecimento) de se caracterizar o evidente “intuito” de fraude nos termos postos por alguns julgados. Parto do princípio de que não se deve nunca interpretar uma lei quando o resultado dessa exegese leve a absurdos tais como o de imaginar que o dolo ou “o evidente intuito de fraude” devam ser extraídos da mente do sujeito passivo e não das circunstâncias fáticas que permeiam todo o contexto onde a prática aconteceu. É o elemento objetivo que se deve procurar e daí, a partir dele, valendo-se do raciocínio lógico e probabilístico, extrair aquilo que o impregna: o elemento subjetivo (dolo).

Dessa forma, a prática de omitir receitas por vários anos de forma reiterada (elemento objetiva) denota concretamente o “evidente intuito de fraude”. Não se pode aqui imaginar que o agente que pratica “erros” de forma contínua por um longo tempo não possua a



intenção de retardar/impedir ou afetar as características essenciais da ocorrência do fato gerador.

Diante desse contexto, deve ser mantida a multa qualificada de 150%.

Lançamentos Reflexos

Por estarem sustentados na mesma matéria fática, os mesmos fundamentos devem nortear a manutenção das exigências lançadas por via reflexa.

Por todo o exposto, NEGOU provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 17 de dezembro de 2008


ANTONIO BEZERRA NETO

