



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMAR

Mfaa-7

Processo nº : 19647.004132/2003-94
Recurso nº : 142273
Matéria : COFINS – Exs.: 2000 a 2003
Recorrente : CIRÚRGICA ALBUQUERQUE LTDA - ME
Recorrida : 4ª TURMA/DRJ-RECIFE/PE
Sessão de : 10 DE AGOSTO DE 2005
Acórdão nº : 107-08.200

EXCLUSÃO DO SIMPLES - INEXISTÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL - ARBITRAMENTO DOS LUCROS - É inteiramente procedente o arbitramento dos lucros por falta de escrituração contábil para empresa excluída do SIMPLES que não se sujeita às normas legais pertinentes.

TRIBUTAÇÃO DECORRENTE - COFINS Tratando-se de tributação reflexa, o decidido com relação ao principal (IRPJ) constitui prejulgado às exigências fiscais decorrentes, no mesmo grau de jurisdição administrativa, em razão de terem suporte fático em comum.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CIRÚRGICA ALBUQUERQUE LTDA-ME

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

MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA
PRESIDENTE

LUIZ MARTINS VALERO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 21 SET 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NATANIEL MARTINS, ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA, OCTAVIO CAMPOS FISCHER, HUGO CORREIA SOTERO, NILTON PÊSS e CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 19647.004132/2003-94
Acórdão nº : 107-08.200

Recurso nº : 142273
Recorrente : CIRÚRGICA ALBUQUERQUE LTDA - ME

RELATÓRIO

CIRÚRGICA ALBUQUERQUE LTDA-ME, qualificada nos autos, excluída do SIMPLES pelo Ato Declaratório Executivo do Delegado da Receita Federal em Recife - PE nº 111, de 20 de outubro de 2003, publicado no DOU de 21 de outubro de 2003 teve contra si lavrados, em 10 de novembro de 2003, Autos de Infração para exigência do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro - CSLL relativamente aos anos-calendário de 1999 a 2002, constantes do Processo nº 19647.004130/2003-03. Também foram exigidas as contribuições ao PIS/Pasep e a COFINS nos Processos nºs 19647.004131/2003-40 e 19647.004132/2003-94, respectivamente.

Relatou o fisco:

1) A empresa optou pelo SIMPLES a partir de 08/08/1997 e no ano calendário de 1999 pelo lucro presumido, voltando ao SIMPLES nos anos calendários subseqüentes.

2) A empresa no ano calendário de 1999, de acordo com as receitas escrituradas no Livro de Apuração do ICMS, auferiu receita bruta em montante acumulado excedente ao limite estabelecido pela legislação para permanência como microempresa e não procedeu a alteração cadastral para enquadramento como empresa de pequeno porte - EPP.

Por isso, foi efetuada a Representação Fiscal - Exclusão do SIMPLES de fls. 54 e 55, no Processo nº 19647.002835/2003-88.

Em 20/10/2003 foi expedido pelo Delegado da Receita Federal no Recife-PE o Ato Declaratório Executivo nº 111, à fl. 57, excluindo a fiscalizada do SIMPLES com efeitos a partir de 01/01/2000.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 19647.004132/2003-94
Acórdão nº : 107-08.200

3) De acordo com o art. 16 da Lei nº 9.317/1996 a pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão as normas de tributação aplicáveis as demais pessoas jurídicas. No presente caso, como a contribuinte não efetuou os pagamentos, nos anos calendários de 2000 a 2002, pelo lucro estimado ou pelo lucro presumido, não optando por estas formas de tributação, ficou sujeita a tributação pelo lucro real trimestral. A contribuinte foi intimada a apresentar sua escrita contábil e fiscal que possibilitaria a apuração do lucro real trimestral. Em resposta, à fl. 53, informou que não dispõe de escrituração comercial.

Também em relação ao ano calendário de 1999 a contribuinte não possuía o livro caixa e nem a escrituração comercial.

Assim, a fiscalização procedeu para estes anos calendários à tributação do IRPJ e da CSLL utilizando as regras do Lucro Arbitrado (art. 530, inciso I e III, do RIR/1999).

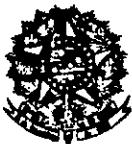
Como base para o arbitramento foram utilizadas as receitas brutas conhecidas (art. 532 do RIR/1999) constantes do Livro de Apuração do ICMS, às fls. 58 a 160, apresentado pela própria contribuinte e consolidadas no Demonstrativo da Receita Bruta, às fls. 37 e 38.

4) Decorrente da exclusão a partir de 01/10/2000 a contribuinte ficou sujeita à tributação como as demais pessoas jurídicas.

5) Foram lançados, além do IRPJ e da CSLL, a COFINS - Processo nº 19647.004132/2003-94 e as contribuições ao PIS/Pasep - Processo nº 19647.004131/2003-40.

Também se preparou Representação Fiscal para Fins Penais no Processo nº 19647.004190/2003-18.

Não consta Manifestação de Inconformidade ou Recurso em relação ao Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES no Processo nº 19647.002835/2003-88.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 19647.004132/2003-94
Acórdão nº : 107-08.200

Impugnação

Na impugnação às exigências tributárias a autuada alegou, em síntese (preparada pelo Relator do julgamento de Primeiro Grau):

1 - PRELIMINAR - NULIDADE - POR AUSÊNCIA DE REQUISITOS ESSENCIAIS PARA CONSTITUIÇÃO E VALIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO.

Alega a contribuinte nulidade dos autos de infração do IRPJ/CSLL/COFINS/PIS, tendo em vista que o desenquadramento da empresa do SIMPLES foi efetuado ao arreio dos princípios constitucionais, tais como legalidade, irretroatividade de lei e devido processo legal.

Reclama a respeito dos efeitos do Ato Declaratório Executivo nº 111, pois retroagiu atingindo períodos anteriores a sua edição, tal ato fere o princípio da irretroatividade da Lei (art. 5º, XXXIV, XL da Constituição federal de 1988). Portanto não há dúvidas quanto à impossibilidade da lei retroagir.

Continua alegando que não foram consideradas as despesas para a apuração do lucro.

Conclui a preliminar afirmando que os vícios apontados acima tornam o ato administrativo incompleto em seus requisitos, tornando nulos os referidos autos.

2 - MÉRITO.

2.1 - DA ILEGALIDADE DA EXCLUSÃO DA EMPRESA DO SIMPLES.

A contribuinte repete os argumentos expostos na preliminar para reclamar da edição do Ato de exclusão, pois este fere a legislação do SIMPLES tanto na inadequação do ato utilizado como dos efeitos retroativos da exclusão.

Continua alegando que a IN nº 104 de 24/08/1998 permitiu a adoção pelas empresas do regime de caixa no reconhecimento das vendas de bens e serviços.





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 19647.004132/2003-94
Acórdão nº : 107-08.200

Também afirma que mesmo que não se considere o regime de caixa da empresa, a exclusão não poderia retroagir para atingir anos anteriores cujo faturamento da empresa não ultrapassou o limite para permanência no SIMPLES.

Cita os artigos 9º e 15 da Lei nº 9.317/1996 e artigos 196 e 192 do RIR/1999, além de jurisprudência administrativa.

Afirma que a contribuinte foi excluída em razão da existência de pendências junto ao fisco e que tais débitos não foram inscritos em dívida ativa da União.

2.2 - DA IMPOSSIBILIDADE DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO RETROAGIR.

A contribuinte cita os artigos 105 e 106 do CTN e afirma que a legislação aplica-se a fatos futuros e pendentes e que apenas certos casos, determinados na legislação, aplicam-se retroativamente. Continua argumentando acerca da impossibilidade de retroação do Ato Declaratório Executivo citando os artigos 144, §1º do CTN e 150, III, "a" da Constituição Federal e jurisprudência administrativa a respeito da retroatividade de lei nos casos de penalidade menos severa.

2.3 - CONCEITO DE RENDA TRIBUTÁVEL.

Alega que a fiscalização utilizou como base de cálculo dos tributos a receita bruta desrespeitando o critério jurídico correto, ou seja, os percentuais do SIMPLES, além de desvirtuar o conceito de renda previsto no art. 43 do CTN. A contribuinte em sua impugnação efetua considerações acerca do conceito de renda no direito.

2.4 - ARBITRAMENTO PARA FINS TRIBUTÁRIOS.

A contribuinte repete o argumento de que a fiscalização deveria utilizar as regras do SIMPLES, sendo inadmissível a utilização do arbitramento do lucro. Cita jurisprudência acerca do arbitramento do Lucro. Ressalta a necessidade da



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 19647.004132/2003-94
Acórdão nº : 107-08.200

consideração de suas despesas para a apuração da renda tributável e que o autuante não considerou tais despesas.

3 - INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA SELIC PARA FINS TRIBUTÁRIOS - DA COBRANÇA DE JUROS EM TAXA SUPERIOR A 12% - PRÁTICA ILEGAL DA COBRANÇA DE JUROS SOBRE JUROS, ANATOCISMO - CTN SÓ AUTORIZA JUROS NO LIMITE DE 1% AO MÊS .

Às fls. 254 a 259, 262 a 263, 263 a 265 e 265 a 267 a contribuinte efetua alegações acerca da ilegalidade da cobrança dos juros de mora baseados na taxa SELIC.

4 - CONFISCO NA APLICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO.

Às fls. 265 a 267 a contribuinte contesta a aplicação da multa de ofício no percentual de 75% por considerá-la constitucional, confisco.

5 - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO.

Neste item a contribuinte afirma que esta contribuição incide sobre o lucro e que não foram deduzidas as despesas para apuração deste lucro. Continua fazendo considerações acerca da legislação que rege a apuração da CSLL.

Decisão DRJ

Apreciando a impugnação, a 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife - PE julgou procedentes os lançamentos, assim fundamentando sua Decisão, em síntese:

Preliminares

1 - A fiscalização apurou que no ano calendário de 1999 a contribuinte obteve receita bruta de R\$ 923.233,36, superior ao limite estabelecido para permanência no SIMPLES como Microempresa (opção). Como a empresa não efetuou alteração cadastral para enquadramento como empresa de pequeno porte, deveria ter procedido à exclusão espontânea do sistema integrado, como não o fez foi efetuada a representação, à fl. 54, para que fosse procedida a exclusão de ofício.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 19647.004132/2003-94
Acórdão nº : 107-08.200

Portanto, o motivo da exclusão de ofício do sistema integrado foi à constatação pela fiscalização de que no ano calendário de 1999 a contribuinte superou o limite para optar pelo SIMPLES como microempresa e não procedeu a alteração cadastral optando pelo SIMPLES como empresa de pequeno porte. De acordo com o art. 22 da IN SRF nº 355 de 29 de agosto de 2003 a contribuinte deveria ser realmente excluída. Assim, não procede a alegação da contribuinte, às fls. 244 e 245, de que a empresa foi excluída por possuir dívidas junto à PGFN ou INSS, prevalecendo as afirmativas da contribuinte nas fls. 237 e 238.

Ainda, é importante destacar que a receita bruta apurada pela fiscalização teve por base o Livro de Apuração do ICMS e foi utilizado o regime de competência. A contribuinte poderia optar pelo regime de caixa, porém de acordo com a legislação (IN SRF nº 104 de 24/08/1998) teria que adotar procedimentos diferenciados na escrituração para a apuração por este regime, e neste ponto a contribuinte não apresentou seu livro caixa ou sua escrituração que pudesse comprovar a adoção pelo regime de caixa. Portanto, não cabe a alegação de que apura suas receitas pelo regime de caixa, pois a contribuinte apenas alega e não prova.

2 - Foi emitido o Ato Declaratório Executivo DRF/REC Nº 111, de 21/10/2003, à fl. 57, procedendo a exclusão da contribuinte do SIMPLES com efeitos a partir de 01/01/2000, de acordo com o inciso IV do art. 15 da Lei nº 9.317/1996.

Neste ponto é importante ressaltar a legislação que rege a matéria referente à exclusão de ofício e destacar o §3º do art. 15, abaixo, que determina o meio para se efetuar esta exclusão, ou seja, através de ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte. Portanto ao contrário do afirmado, à fl. 241 no penúltimo parágrafo, pela impugnante o ato próprio para exclusão de ofício do sistema unificado, determinado na legislação, é o Ato Declaratório Executivo.

Quanto ao efeito da exclusão cabe citar o art. 15, inciso IV da Lei nº 9.317/1996 que determina que o efeito da exclusão será a partir do ano calendário

NC



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 19647.004132/2003-94
Acórdão nº : 107-08.200

subseqüente àquele em que for ultrapassado o limite de microempresa, ou seja, como a contribuinte ultrapassou este limite no ano de 1999, a partir de 01/01/2000 já não poderia optar pelo sistema nesta condição.

Relativamente ao efeito retroativo do Ato Declaratório Executivo, necessário se faz, considerando as arguições da autuada de que se estaria ferindo o disposto nos artigos 106 e 146, do CTN, destacar que o princípio de irretroatividade de lei dirige-se, também, ao poder legislativo, como poder competente que é para legislar. A Administração Pública está sujeita, por outro lado, à observância estrita do princípio constitucional da legalidade previsto no art. 37, caput, de nossa Carta Magna, cabendo a ela, simplesmente, "aplicar as leis, de ofício". Ou seja, deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, ou ainda, pô-las em prática.

Neste aspecto, a Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, foi emitida para viger a partir da data de sua publicação, sem ferir, portanto, o princípio mencionado. A exclusão do sistema Simples está prevista na mencionada lei, podendo ser efetuada mediante comunicação da pessoa jurídica ou de ofício, conforme se constata pela disposição contida nos artigos 13 e 14 daquele diploma legal. Porém, a exclusão de ofício só se dá quando não houver o pedido de exclusão por comunicação própria da pessoa jurídica, nos termos estabelecidos pela regra disposta no inciso I do art.14.

É exatamente a regra estabelecida no §3º do art. 15 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 que confere competência à autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte para efetuar o ato de exclusão de ofício do SIMPLES, quando haja a motivação legal, mediante ato declaratório, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.

Com base nesta regra e nas estabelecidas pela legislação tributária já acima mencionada, à qual está vinculada a autoridade administrativa, é que se emitiu o



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 19647.004132/2003-94
Acórdão nº : 107-08.200

ato de exclusão com os efeitos previamente definidos na legislação específica e já comentados acima.

Portanto, não prevalece a argüição da contribuinte de ilegalidade da exclusão como efeitos retroativos.

3 - O processo próprio referente à EXCLUSÃO DO SIMPLES de Nº 19647.002835/2003-88 está anexado a este processo. A exclusão do SIMPLES da contribuinte não foi objeto de impugnação, portanto de acordo com o art. 4º do Ato Declaratório Executivo a exclusão tornou-se DEFINITIVA.

4 - Assim, a partir de 01/01/2000 a contribuinte estava sujeita a tributação como as demais pessoas jurídicas, pois foi excluída do sistema simplificado, como verificado anteriormente o ato de exclusão foi efetuado dentro dos ditames legais, portanto não há que se falar em nulidade deste ato e muito menos em nulidade dos autos de infração do presente processo lavrados também de acordo com a legislação vigente. Para a lavratura dos autos de infração do presente processo foram cumpridos todos os requisitos determinados no art. 10 do Decreto nº 70.235/1972 e artigo 142 do CTN. Também é importante ressaltar que a contribuinte requer genericamente a nulidade dos autos de infração do presente processo sem citar especificamente os vícios do procedimento fiscal.

Mérito

No mérito, quanto ao arbitramento dos lucros os julgadores ressaltaram que o procedimento decorreu da aplicação do art. 530, I e III, do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99.

Destacaram os julgadores que a contribuinte foi intimada em diversos termos a apresentar todos os livros e documentos que possibilitassem a verificação da apuração do lucro presumido (AC 1999) e do lucro real trimestral(AC 2000 a 2002).

Na sistemática de apuração do lucro pelo arbitramento, tanto do IRPJ como da CSLL, são utilizados percentuais para apuração do lucro para em seguida



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 19647.004132/2003-94
Acórdão nº : 107-08.200

serem aplicadas as correspondentes alíquotas. Desta forma não são tributadas receitas como lucros como alegou a impugnante, asseveraram os julgadores.

Quanto à multa de ofício e aos juros de mora sustentaram os julgadores que foi aplicada a legislação de regência, deixando de analisar a suposta inconstitucionalidade da aplicação dos juros de mora e multa de ofício, intentada pela interessada, tendo em vista que a legislação subsunsora, indigitada no Auto sob análise, era vigente e eficaz, ao tempo de sua aplicação.

O Acórdão nº 7.997/2004 da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife - PE está assim ementado:

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

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2002

Ementa: EXCLUSÃO DO SIMPLES DE OFÍCIO.

Tendo sido excluída de ofício do sistema integrado, através de ato declaratório executivo, o contribuinte que optar de não apresentar impugnação contestando tal exclusão estará definitivamente excluído.

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.

PRELIMINAR DE NULIDADE.

Estando plenamente revestidos de todas as formalidades legais o ato de exclusão da empresa do SIMPLES e o auto de infração do presente processo, não há que se falar em nulidades destes procedimentos administrativos.

FALTA DE RECOLHIMENTO DA COFINS.

Apurados, através de procedimento de ofício, valores devidos da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, que não haviam sido declarados ou confessados pela contribuinte é procedente a autuação, com a aplicação da multa de ofício.

MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA (TAXA SELIC) - INCONSTITUCIONALIDADE.

A cobrança em auto de infração da multa de ofício e dos juros de mora (calculados pela TAXA SELIC) decorre da aplicação de dispositivos legais vigentes e eficazes na época de sua lavratura, que, em decorrência dos princípios da legalidade e da indisponibilidade, são de aplicação compulsória pelos agentes



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 19647.004132/2003-94
Acórdão nº : 107-08.200

públicos, até a sua retirada do mundo jurídico, mediante revogação ou resolução do Senado Federal, que declare sua inconstitucionalidade.

Lançamento Procedente"

Recurso Voluntário

Cientificada da Decisão em 26/05/2004, a autuada apresenta recurso a este Colegiado em 21/06/2004. Às fls. 320 consta despacho dando conta do regular arrolamento de bens, necessário ao seguimento do recurso.

Sua razões de apelação podem ser assim sintetizadas:

Preliminares

Insiste que a exclusão do SIMPLES foi feita ao arrepio dos princípios constitucionais fundamentais, tais como: a irretroatividade da lei, o devido processo legal, dentre outros, viciando, portanto, todo o procedimento do lançamento.

Faz longo arrazoado, fundado em doutrina e jurisprudência para sustentar que os são nulos os lançamentos que não gozam de liquidez e certeza.

Mérito

Sustenta, ao contrário da Decisão recorrida que, nos termos do art. 22 da IN SRF nº 355/2003, a exclusão do SIMPLES se dá a partir do mês subsequente ao da ciência do Ato Declaratório Executivo (ADE).

Assevera que o Ato Declaratório, além de ser inadequado para a exclusão, seus efeitos não poderiam retroagir para alcançar situação pretérita contrariando sua decisão o próprio § 5º do art. 22 da IN SRF nº 355 de 2003.

Acrescenta que, ainda levando em conta que o seu faturamento tenha ultrapassado o limite máximo nos anos de 2001/2002, ainda assim não deveria ter sido excluída do regime do SIMPLES, tendo em vista que a Instrução Normativa nº 104, de 24.08.98, veio permitir a adoção do critério de reconhecer as receitas das vendas de bens e serviços ou da prestação de serviços, com pagamentos a prazo ou em parcelas,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 19647.004132/2003-94
Acórdão nº : 107-08.200

na medida dos recebimentos, ou seja, regime de caixa, para as pessoas jurídicas optantes pela tributação com base no lucro presumido.

Acrescentou que, mesmo que se desconsidere o regime de caixa, ainda assim a sua exclusão não teria o condão de protrair os seus efeitos para atingir os anos anteriores, cujo faturamento da Empresa não ultrapassou o limite máximo para o regime do simples, que é o de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais). Apoiou-se em jurisprudência administrativa que transcreveu.

Voltou a invocar dispositivos do Código Tributário Nacional - CTN para defender a irretroatividade da Exclusão do SIMPLES. Calçou-se em farta doutrina sobre a vigência das leis.

Também retornou a tese de impugnação do ferimento ao conceito de renda de que trata o art. 43 do CTN.

Com relação ao lançamento por arbitramento, contestou a decisão de Primeiro Grau trazendo farta jurisprudência sobre o tema, insistindo na tese de que tomar a receita bruta não é procedimento apropriado.

Questionou a incidência de juros de mora à taxa SELIC com argumentos por demais conhecidos deste Colegiado.

Também trouxe teses que pregam a limitação dos juros a 12% ao ano e sobre o anatocismo.

Taxou de confiscatória as Multas de Ofício. Sobre a Contribuição Social sobre o Lucro, repetiu os argumentos da impugnação.

Resumiu assim sua apelação:

1º) O Ato Declaratório Executivo nº 111, de 20.10.2003, está eivada de constitucionalidade, eis que viola flagrantemente os direitos fundamentais individuais previstos no art. 5º, inciso II e XXXVI, da Constituição Federal;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 19647.004132/2003-94
Acórdão nº : 107-08.200

2º) a garantia ao direito de irretroatividade, previsto no inciso XXXVI do art. 5º, da Carta Magna, não pode ser objeto sequer de emenda constitucional, haja vista ostentarem o **status** de cláusula pétrea, a teor do disposto no art. 6º, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal;

3º) O(s) lançamento(s) deveria(m) ter como alíquota a prevista na legislação do SIMPLES, e não as alíquotas dos tributos envolvidos, por se tratar de regime específico;

4º) O ato de exclusão não obedeceu aos princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, assegurados constitucionalmente;

5º) Além de o Agente Fiscal autuante não ter obedecido ao regime do SIMPLES, tendo efetuado lançamento de ofício com base em normas não aplicáveis à espécie em comento, como se não bastasse, utilizou-se de taxa de juros considerada ilegal pelo STJ.

6º) E por último, ainda que fosse legal a base de cálculo utilizada, mesmo assim seria nulo o referido auto de infração, bem como a decisão ora recorrida, uma vez que se embasa em norma infralegal com efeito retroativo.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 19647.004132/2003-94
Acórdão nº : 107-08.200

V O T O

Conselheiro - LUIZ MARTINS VALERO, Relator

Recurso tempestivo e que atende os demais requisitos legais. Dele conheço.

Estes autos não abrangem o mérito da exclusão do SIMPLES, o que levaria a competência para o Terceiro Conselho de Contribuintes. Como relatado, não houve manifestação de inconformidade contra a exclusão.

O litígio portanto, neste ponto, diz respeito ao início da vigência da exclusão por conta dos tributos e contribuições exigidos de ofício.

A fiscalização afirma que a empresa optou pelo lucro presumido no ano-calendário de 1999. A opção só não foi aceita por conta da falta de livros obrigatórios, por isso o arbitramento neste ano-calendário.

Ainda que não tenha havido formalização desse ato, o fato é que a saída do SIMPLES, a partir de 1º de janeiro de 1999, se deu por opção da pessoa jurídica. Logo o reingresso na sistemática a partir de 1º de janeiro de 2000 era condicionada à obediência do disposto no art. 9º da Lei nº 9.317/96.

Dispunha o art. 9º da Lei nº 9.317/96, após a alteração dada pelo art. 6º da Lei nº 9.779/99:

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

I - na condição de microempresa, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais);

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);

(...)



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 19647.004132/2003-94
Acórdão nº : 107-08.200

A receita bruta da recorrente no ano-calendário de 1999 foi de R\$ 923.233,36. Portanto, em tese, poderia ter feito opção pela sistemática na qualidade de Empresa de Pequeno Porte.

Mas não fez, simplesmente voltou a apresentar declarações pela sistemática, inclusive, como observa a fiscalização, fls. 34, declarando receitas inferiores às auferidas.

Assim, seja pelos motivos invocados pelo fisco (falta de comunicação da mudança para EPP) seja pela falta de opção regular, o fato é que, a partir de 1º de janeiro de 2000 a recorrente não estava autorizada a usufruir da sistemática do SIMPLES.

Não assiste razão à recorrente quando brada contra a retroatividade do Ato Declaratório Executivo de exclusão. Não se trata de ocorrência de situações excludentes, mas sim de impedimento à permanência na sistemática desde 1º de janeiro de 2000.

Não é verdade que o Ato Declaratório de exclusão não obedeceu aos princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, assegurados constitucionalmente, pois:

- foi editado nos estritos termos da Lei;
- foi publicado no Diário Oficial da União;
- foi concedido prazo para manifestação de inconformidade.

Não há quaisquer reparos a serem feitos ao arbitramento dos lucros, uma vez que, intimada, a recorrente informou não possuir escrituração fiscal que permitisse apurar o lucro líquido e o lucro real.

Da mesma forma as exigências do PIS/Pasep e da COFINS estão sustentadas na receita bruta efetivamente apurada na ação fiscal.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 19647.004132/2003-94
Acórdão nº : 107-08.200

Quanto a aplicação dos juros à taxa SELIC, trata-se de matéria pacificada no âmbito deste Colegiado, eis que exigida em Lei legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional, não cabendo ao tribunal administrativo apreciar questões ligadas a alegações de constitucionalidade.

A multa de ofício de 75% aplicada é a prevista em lei. Aliás, neste ponto a multa aplicável poderia ser de 150% uma vez que há notícia nos autos de conduta reiterada consistente em informar em declarações à administração tributária receita muito inferior à efetiva. Tanto que a fiscalização providenciou representação fiscal para fins penais.

Por isso, voto por se negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 10 de agosto de 2005.

LUIZ MARTINS VALERO