



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**  
**OITAVA TURMA ESPECIAL**

**Processo nº** 19647.003840/2003-16  
**Recurso nº** 152.733 Voluntário  
**Matéria** CSLL - Exs: 2002 e 2003  
**Acórdão nº** 198-00.036  
**Sessão de** 20 de outubro de 2008  
**Recorrente** DIMEP - DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS DE PERNAMBUCO LTDA.  
**Recorrida** 4ª TURMA/DRJ-RECIFE/PE

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL**

ANO-CALENDÁRIO: 2001, 2002

**PRELIMINAR DE NULIDADE - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA**

O comparecimento do contribuinte ao processo administrativo supre a falta da intimação. Restando comprovado o restabelecimento do prazo para nova impugnação e tendo o contribuinte trazido aos autos as suas alegações de defesa não há que se falar em cerceamento do direito de defesa.

**EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SIMPLES DE OFÍCIO**

A empresa que na condição de empresa de pequeno porte, tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) será excluída do SIMPLES a partir do ano calendário subsequente.

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.

**ARBITRAMENTO DO LUCRO - FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS**

Comprovada a falta de apresentação de documentação contábil-fiscal que ampararia a tributação pelo Lucro Real, cabível é o arbitramento do lucro.

**RECEITA BRUTA CONHECIDA.**

O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, quando conhecida a receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 do RIR/1999, acrescidos de vinte por cento.

1  
①

#### PAGAMENTOS EFETUADOS NO REGIME DE TRIBUTAÇÃO SIMPLIFICADA - SIMPLES

Havendo pagamentos realizados na sistemática simplificada, devem ser consideradas as parcelas relativas à CSLL, para efeito de dedução no presente auto de infração, uma vez que dizem respeito aos próprios períodos autuados.

#### ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS - TAXA SELIC

Perfeitamente cabível a exigência dos juros de mora calculados à taxa referencial do sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, conforme os ditames dos art. 61, § 3º, e 5º, § 3º, ambos da Lei nº 9.430/96, uma vez que se coadunam com a norma hierarquicamente superior e reguladora da matéria - Código Tributário Nacional, art. 161, § 1º.

#### ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - TAXA SELIC

O controle de constitucionalidade dos atos legais é matéria afeta ao Poder Judiciário. Descabe às autoridades administrativas de qualquer instância examinar a constitucionalidade das normas inseridas no ordenamento jurídico nacional.

Preliminares Rejeitadas.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por DIMEP - DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS DE PERNAMBUCO LTDA.

ACORDAM os Membros da OITAVA TURMA ESPECIAL do PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para deduzir do presente auto de infração os valores espontaneamente recolhidos a título de CSLL, na sistemática do simples, na medida em que forem confirmados os pagamentos, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

  
MÁRIO SÉRGIO FERNANDES BARROSO

Presidente

  
JOSE DE OLIVEIRA FERRAZ CORRÊA

Relator

FORMALIZADO EM: 09 DEZ 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JOÃO FRANCISCO BIANCO e EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JÚNIOR.



## Relatório

### Auto de Infração

Trata-se de auto de infração relativo à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL apurada nos anos-calendário de 2001 e 2002, por meio do qual está sendo exigido da contribuinte acima identificada crédito tributário no montante de R\$ 110.334,87.

Segundo o relato da fiscalização (fls. 05 a 12), a presente autuação decorre do fato de a contribuinte ter sido excluída do SIMPLES, por auferir no ano-calendário de 2000 receita bruta superior ao limite permitido, que era de R\$ 1.200.000,00.

O trabalho fiscal tomou como base o Livro de Apuração do ICMS. Restou constatado que a empresa auferiu no ano calendário de 2000 uma receita bruta anual de R\$ 1.597.399,68, consoante demonstrativo de fls. 06, tendo informado na Declaração Anual Simplificada deste mesmo ano, às fls. 243/246, valores de receita bruta inferiores aos constantes do mencionado livro.

Em razão disso, a contribuinte foi autuada em relação ao ano de 2000 (processo nº 19647.003839/2003-83), ainda na modalidade de apuração simplificada – SIMPLES, e excluída deste regime a partir de 01/01/2001, conforme Ato Declaratório Executivo nº 94, de 17/10/2003 (DOU edição n.º 202/2003), às fls. 192 a 194, procedimento esse que foi controlado pelo processo n.º 19647.002712/2003-47.

Quanto aos anos-calendário de 2001 e 2002, períodos ora examinados, a fiscalização registrou que a contribuinte não efetuou pagamentos pelo lucro estimado ou presumido, não optando, assim, por estas formas de tributação. Portanto, uma vez excluída do SIMPLES, estaria sujeita à tributação pelo lucro real trimestral.

Ainda segunda a fiscalização, a contribuinte deixou de apresentar, em razão do termo de início de ação fiscal, os livros comerciais. Ela teria apresentado somente o livro fiscal Registro de Apuração do ICMS, de números 01, 06 e 07, referente aos períodos fiscalizados, e após reintimação, teria apresentado apenas o livro Caixa referente ao ano-calendário de 1999, quando apurou o IRPJ e a CSLL pelo lucro presumido.

Deste modo, diante da não apresentação dos livros Diário, Razão e LALUR referentes aos anos-calendário 2001 e 2002, realizou-se o arbitramento dos lucros, procedimento que resultou no lançamento de IRPJ, conforme processo nº 19647.003838/2003-39, e de CSLL, aqui sob exame.

A título de informação, cabe registrar que a fiscalização também realizou lançamentos das contribuições PIS e COFINS para estes mesmos períodos de 2001 e 2002, conforme processos de nº 19647.003842/2003-05 (COFINS) e nº 19647.003841/2003-52 (PIS).

### Impugnação

Cientificada do lançamento em 06/11/2003 (fls. 12 e 216), a contribuinte apresentou impugnação em 05/12/2003, às fls. 258 a 267, onde questiona integralmente o auto de infração, alegando preliminarmente que:

- a exclusão do SIMPLES só deveria surtir efeito a partir do mês seguinte à publicação do ato declaratório, de acordo com o disposto no art. 3º da Lei n.º 9.732/98, que alterou o inciso II do art. 15 da Lei n.º 9.317/96;

- apesar de o dispositivo acima citado ter sido novamente alterado pela MP n.º 2.158-35, de 28/08/2001, a nova regra não se aplica ao presente caso porque o motivo gerador da exclusão do simples ocorreu em 2000, na vigência do art. 3º da Lei n.º 9.732/98;

- a norma jurídica só alcança ato ou fato passado quando a retroatividade for em benefício do contribuinte;

- é nula a denúncia fiscal com base na MP n.º 2.158-35, porque à época do fato gerador estava em vigor o art. 3º da Lei 9732/98;

- a Suplicante foi excluída do SIMPLES sem o devido comunicado pessoal, tendo sido informada por meio de publicação no Diário Oficial da União, forma inadequada de intimação, o que acarretaria a sua nulidade;

- o Decreto n.º 70.235/72 e a Lei n.º 9.784/1999 prevêm, como forma de intimação dos atos processuais no âmbito da Administração Pública Federal, o comunicado pessoal do sujeito passivo;

- é indevida a exclusão do SIMPLES sem o comunicado pessoal da contribuinte, pois constitui uma afronta à ampla defesa, ao contraditório e ao princípio da legalidade;

Quanto ao mérito, suas razões baseiam-se nos seguintes argumentos:

- a fiscalização utilizou a forma mais gravosa de apuração, quando o correto seria apurar pela opção do contribuinte ou pelo regime menos gravoso, que é o lucro presumido;

- a contribuinte cumpriu com todas as obrigações acessórias, tais como DIRPJ, DARF, DCTF e GIAM, e quatro anos depois a fiscalização a excluiu do SIMPLES;

- o fato gerador do IRPJ é instantâneo e sua opção de tributação foi exercida de forma definitiva pela entrega da declaração. Desta maneira, qualquer exigência fiscal que descaracterize a opção regularmente exercida afronta os princípios constitucionais da igualdade, legalidade, capacidade contributiva, pessoalidade e progressividade;

- a fiscalização teve acesso a toda documentação da contribuinte, tais como, movimentação bancária, estoque etc., e mesmo assim “partiu para considerar a receita omitida como se estivesse tributando com base na forma escolhida de tributação, ferindo o inciso I, do artigo 530 do RIR/99”;

- o arbitramento procedido pela fiscalização não encontra abrigo legal no artigo 47 da Lei n.º 8.981/95, pois a contribuinte mantém as demonstrações contábeis exigidas pela lei fiscal e as informações necessárias à apuração pelo lucro presumido;

- a fiscalização, ao efetuar o lançamento, não considerou os pagamentos efetuados nos anos-calendário 2001 e 2002, pela sistemática do SIMPLES;

- é incabível a aplicação da taxa SELIC;

- o Código Tributário Nacional, no § 1º de seu art. 161, prevê para o caso de inadimplemento a cobrança de juros de mora no percentual de 1%, que deve ser interpretado como um limite máximo para o legislador ordinário, e não como limite mínimo;

- o argumento utilizado pelo egrégio STF na ADIN nº 04-DF, no sentido de que o limite de 12% ao ano para a taxa de juros, fixado pelo § 3º do art. 192 da Lei Magna, depende de regulamentação de Lei Complementar, pode até alcançar as operações bancárias e financeiras, mas é inválido para o direito tributário, pois já existe regramento específico no CTN, que é uma Lei Complementar;

- a taxa SELIC também não pode ser aplicada a título de correção monetária, uma vez que esta foi revogada pela Lei 9.249/95;

-a taxa SELIC estabelece um verdadeiro anatocismo, pois é aplicada em juros compostos capitalizáveis mensalmente, situação também vedada pelo direito vigente, conforme Súmula 121 do STF.

Ao final da impugnação, requer a contribuinte seja declarada nula a denúncia fiscal, ou, do contrário, que a mesma seja julgada improcedente, pelas razões de mérito.

Requer ainda que, em caso de dúvida, seja adotada a interpretação que lhe for mais favorável, por força do artigo 112 do CTN, protestando por todos os meios de prova admitidos em direito.

### **Decisão de Primeira Instância**

A DRJ Recife/PE, em 09/07/2004, por meio do acórdão 8.695 (fls. 301 a 318), considerou procedente o lançamento, expressando suas conclusões por meio da seguinte ementa:

*“Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL*

*Ano-calendário: 2001, 2002*

*Ementa: PRELIMINAR DE NULIDADE – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA*

*O comparecimento do contribuinte ao processo administrativo supre a falta da intimação. Restando comprovado o restabelecimento do prazo para nova impugnação e tendo o contribuinte trazido aos autos as suas alegações de defesa não há que falar em cerceamento do direito de defesa.*

*Estando o lançamento revestido das formalidades previstas no art. 10 do Decreto n.º 70.235/72, sem preterição do direito de defesa, não há que se falar em nulidade do procedimento fiscal.*

**EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SIMPLES DE OFÍCIO.**

*A empresa que na condição de empresa de pequeno porte, tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) será excluída do SIMPLES a partir do ano calendário subsequente.*

*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.*

#### **ARBITRAMENTO DO LUCRO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS.**

*Comprovada a falta de apresentação de documentação contábil-fiscal que ampararia a tributação pelo Lucro Real cabível é o arbitramento do lucro.*

*Aplicam-se à CSLL as mesmas normas de pagamento estabelecidas para o Imposto de Renda, consoante disposto na Lei n.º 8.541/92.*

#### **RECEITA BRUTA CONHECIDA.**

*O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, quando conhecida à receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 e seus parágrafos do RIR/1999, acrescidos de vinte por cento.*

#### **COMPENSAÇÃO – PAGAMENTOS INDEVIDOS.**

*Os pagamentos efetuados pela sistemática do SIMPLES, quando a empresa foi excluída de ofício retroativamente, são indevidos e para sua restituição/compensação devem seguir os tramites da IN SRF n.º 210 de 2002, c/c a IN SRF n.º 322 de 24/04/2003.*

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

*Não está compreendida no espectro de competência das Autoridades Administrativas de Julgamento a apreciação de alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal.*

*Lançamento Procedente”*

#### **Recurso Voluntário**

Inconformada com essa decisão, da qual tomou ciência em 19/10/2004, a contribuinte apresentou em 11/11/2004 o recurso voluntário de fls. 322 a 334, onde reitera os mesmos argumentos da peça impugnatória, conforme já relatado, acrescentando ainda, em relação ao arbitramento, as seguintes alegações:

- a fiscalização não poderia partir para o arbitramento sob a alegação de que a empresa não possui escrita contábil, sem ao menos dar a oportunidade para que fosse realizada a regularização de todos os procedimentos contábeis;

- as empresas só são obrigadas a manter a Escrita Contábil se forem tributadas com base no lucro real, sendo opção da empresa manter ou não contabilidade regular quando for tributada pelo SIMPLES. No caso, o Livro Caixa é suficiente;

- portanto, mantendo o Livro Caixa, o Fisco, antes de arbitrar o lucro, é obrigado a dar um prazo para que a contribuinte regularize a sua escrita contábil, conforme decisão da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, Rec. 119839, Sessão de 25/01/2000;

- o ato do fiscal de não oportunizar à Recorrente regularizar a escrita contábil acarreta o cerceamento ao direito de defesa;

- mesmo que no momento da fiscalização tenha sido declarado por escrito que a empresa não tem contabilidade, nada impede que a qualquer momento o contribuinte constitua sua escrita contábil, mormente, para servir de prova processual. Assim, caberia à fiscalização comprovar vício que a tornasse apócrifa, para, deste modo, tentar desclassificá-la.

Ao final do recurso, requer novamente seja declarada nula a denúncia fiscal, ou, do contrário, que a mesma seja julgada improcedente, pelas razões de mérito.

Requer também que, em caso de dúvida, seja adotada a interpretação que lhe for mais favorável, por força do artigo 112 do CTN, protestando por todos os meios de prova admitidos em direito.

Este é o Relatório.



## Voto

Conselheiro JOSÉ DE OLIVEIRA FERRAZ CORRÊA, Relator

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para a sua admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

### Preliminares

Quanto às preliminares, o primeiro ponto a destacar é que o contraditório administrativo acerca da exclusão do SIMPLES se deu pelo processo administrativo fiscal nº 19647.002712/2003-47, que já se encontra arquivado.

Tal controvérsia foi solucionada de forma definitiva pelo Acórdão nº 8.589, de 28/06/2004, prolatado pela DRJ Recife/PE, que manteve o ato administrativo de exclusão do SIMPLES, Ato Declaratório Executivo DRF/Recife n.º 94, de 16/10/2003, manifestando suas conclusões por meio da seguinte ementa:

*“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples*

*Ano-calendário: 2000*

*Ementa: PRELIMINAR DE NULIDADE.*

*O comparecimento do contribuinte ao processo administrativo supre a falta da intimação. Restando comprovado o restabelecimento do prazo para nova impugnação e tendo o contribuinte trazido aos autos as suas alegações de defesa não há que falar em cerceamento do direito de defesa.*

*EXCLUSÃO DO SIMPLES.*

*A empresa que na condição de empresa de pequeno porte, tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) fica impedida de optar pelo SIMPLES.*

*EFEITOS DA EXCLUSÃO.*

*A contribuinte que na condição de empresa de pequeno porte, tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) será excluída do SIMPLES a partir do ano calendário subsequente.*

*INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.*

*Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, uma vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do*

*caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhe execução.*

*RECEITA BRUTA APURADA. MATÉRIA NÃO CONTESTADA.*

*Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.*

*Solicitação Indeferida”*

Portanto, tratando-se o ato de exclusão de matéria já definitivamente julgada no âmbito administrativo, não cabe reapreciá-lo novamente.

Registro apenas que, em relação ao alegado vício na forma de intimação, o parágrafo 5º do art. 26 da Lei n.º 9.748/99 traz a seguinte disposição:

*“Art. 26 (...)*

*§5º As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade.”*

Observo também que no processo n.º 19647.002712/2003-47, relativo à exclusão do SIMPLES, a contribuinte recebeu a “Intimação n.º 56/2004”, pela qual foi concedido o prazo de trinta dias, contados a partir da ciência da mesma, para que apresentasse manifestação de inconformidade, o que ocorreu, e esta defesa foi plenamente apreciada, conforme o acórdão acima referido.

Além disso, destaco que a ciência pessoal sobre o ato de exclusão foi dada não apenas pela intimação acima referida, mas também no contexto do presente auto de infração. Com efeito, o Relatório de Fiscalização fez menção expressa ao Ato Declaratório Executivo DRF/Recife n.º 94, de 16/10/2003 (fls. 07), e o mesmo, juntamente com os documentos que o fundamentaram, instruíram a presente autuação, conforme fls. 192 a 194, o que afasta de vez qualquer dúvida sobre a ocorrência válida de intimação pessoal.

De fato, não procede o argumento de que teria havido falta de comunicação pessoal, e menos ainda de que houve qualquer prejuízo para a ampla defesa do contribuinte, relativamente ao ato de exclusão do SIMPLES, matéria essa que foi fartamente abordada no processo que tratou especificamente deste ato administrativo, e nos vários outros que surgiram por decorrência da exclusão, tanto na primeira, quanto na segunda instância administrativa.

No caso sob exame, dentre as preliminares, a que realmente interessa a este processo é aquela que trata dos efeitos da exclusão, no seu aspecto temporal. Ou seja, à vista das normas vigentes à época dos fatos, cabe decidir se a exclusão motivada por acontecimentos de 2000, mas declarada em 2003, deveria ou não produzir efeitos em relação aos anos-calendário 2001 e 2002, que são objeto do presente lançamento.

Para isso, é necessário transcrever todos os incisos do art. 15 da Lei 9.317/96, que, inclusive, já foi invocado pela recorrente.

*“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 de constatação de situação excludente prevista nos incisos III a XVIII do art. 9º; (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998)*

*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;*

*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 - a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência do ato declaratório de exclusão, nos casos dos incisos XV e XVI do caput do art. 9º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)"*

Também é importante transcrever o artigo 9º desta mesma Lei (conforme a redação vigente à época dos fatos), uma vez que as situações excludentes são por ele descritas.

*"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);*

*III - constituída sob a forma de sociedade por ações;*

*IV - cuja atividade seja banco comercial, banco de investimentos, banco de desenvolvimento, caixa econômica, sociedade de crédito, financiamento e investimento, sociedade de crédito imobiliário, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, distribuidora de títulos e valores mobiliários, empresa de arrendamento mercantil, cooperativa de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização e entidade de previdência privada aberta;*

*V - que se dedique à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis;*

*VI - que tenha sócio estrangeiro, residente no exterior;*

*VII - constituída sob qualquer forma, de cujo capital participe entidade da administração pública, direta ou indireta, federal, estadual ou municipal;*

*VIII - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no país, de pessoa jurídica com sede no exterior;*

*IX - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art. 2º;*

*X - de cujo capital participe, como sócio, outra pessoa jurídica.*

~~*XI - cuja receita decorrente da venda de bens importados seja superior a 50% (cinquenta por cento) de sua receita bruta total; (Revogado pela MPV nº 2.158-35, de 24.8.2001)*~~

*XII - que realize operações relativas a:*

~~*a) importação de produtos estrangeiros; (Revogado pela MPV nº 2.158-35, de 24.8.2001)*~~

*b) locação ou administração de imóveis;*

*c) armazenamento e depósito de produtos de terceiros;*

*d) propaganda e publicidade, excluídos os veículos de comunicação;*

*e) factoring;*

*f) prestação de serviço vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra;*

*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; (Vide Lei 10.034, de 24.10.2000)*

*XIV - que participe do capital de outra pessoa jurídica, ressalvados os investimentos provenientes de incentivos fiscais efetuados antes da vigência da Lei nº 7.256, de 27 de novembro de 1984, quando se tratar de microempresa, ou antes da vigência desta Lei, quando se tratar de empresa de pequeno porte;*

*XV - que tenha débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa;*

*XVI - cujo titular, ou sócio que participe de seu capital com mais de 10% (dez por cento), esteja inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa;*

*XVII - que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, salvo em relação aos eventos ocorridos antes da vigência desta Lei;*

*XVIII - cujo titular, ou sócio com participação em seu capital superior a 10% (dez por cento), adquira bens ou realize gastos em valor incompatível com os rendimentos por ele declarados.*

*XIX - que exerça a atividade de industrialização, por conta própria ou por encomenda, dos produtos classificados nos Capítulos 22 e 24 da Tabela de Incidência do IPI - TIPI, sujeitos ao regime de tributação de que trata a Lei no 7.798, de 10 de julho de 1989, mantidas, até 31 de dezembro de 2000, as opções já exercidas. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001)"*

Vê-se claramente que o ato de exclusão está calcado no inciso IV do artigo 15 da Lei 9.317/96, e não no inciso II deste artigo, como alega a recorrente. Registre-se, inclusive, que a Representação Fiscal para o ato de exclusão (fls. 192) faz menção expressa a este inciso IV.

Portanto, todas os argumentos desenvolvidos com base nas seguidas mudanças de redação do referido inciso II, e que poderiam caracterizar uma suposta retroatividade de norma legal, não se sustentam.

A título de esclarecimento, cabe informar que o inciso IV do art. 15 da Lei n.º 9.317/96 não sofreu qualquer alteração desde a publicação da lei 9.317/1996.

Nestes termos, havendo excesso de receitas num determinado ano, no caso em 2000, cujo montante supera o limite de R\$ 1.200.000,00 previsto no inciso II do art. 9º da referida Lei, não há nenhuma dúvida de que a exclusão do SIMPLES deve surtir efeitos a partir do ano-calendário subsequente àquele em que é ultrapassado o limite de receita bruta, ou seja, a partir do ano-calendário 2001, inclusive.

Assim, também não procede a alegação de que o ato de exclusão estaria viciado pela retroatividade de norma legal, o que, de fato, não ocorreu.

### **Mérito**

Examinadas as preliminares, cabe adentrar nas questões de mérito.

Conforme relatado, a recorrente condena a descaracterização de sua opção de tributação, alegando que esta teria sido regularmente exercida, de forma definitiva, com a entrega da respectiva declaração simplificada. E insurge-se, principalmente, contra o arbitramento realizado pela fiscalização.

Quanto à descaracterização de sua opção pelo regime de tributação simplificada, cabe mencionar que, de fato, esta opção não se mantém diante da configuração da hipótese de vedação/exclusão aqui referida, conforme, inclusive, já restou demonstrado na análise das questões preliminares, em razão de disposição legal expressa, determinando que os efeitos da exclusão se dão a partir do ano-calendário subsequente àquele em que é ultrapassado o limite de receita bruta.

Registre-se que o art. 14 da Lei 9.317/1996 prevê que:

*“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;”*  
(grifos acrescidos)

E o artigo 13, por sua vez, assim dispõe:

*“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;”* (grifos acrescidos)

No caso, restou cabalmente caracterizada a situação excludente (receitas acima do limite permitido), e, como visto, a lei é bastante clara ao definir o alcance temporal do ato declaratório de exclusão.

Deste modo, não há como cristalizar-se a opção do contribuinte. Aliás, ela já foi preservada no ano de 2000, quando o limite de receita foi ultrapassado, mas não poderia ser assim nos anos seguintes.

Como ressaltou o órgão julgador de primeira instância, a permanência indevida da contribuinte no SIMPLES é que representaria uma afronta aos princípios constitucionais da igualdade, legalidade, capacidade contributiva, progressividade e impessoalidade.

Acerca do arbitramento, é oportuno transcrever o inciso III do art. 47 da Lei 8.981/1995, que fundamentou a autuação fiscal:

*“Art. 47. O lucro da pessoa jurídica será arbitrado quando:*

*I - .....*

*II - .....*

*III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o livro Caixa, na hipótese de que trata o art. 45, parágrafo único;”*

Vale transcrever também as informações prestadas pela contribuinte, em resposta aos termos de intimação fiscal, conforme fls. 17 e 197.

*“ DECLARAÇÃO*

*Atendendo ao solicitado no Termo de Início de Fiscalização, datado de 04.09.2003, relativo ao Mandado de Procedimento Fiscal nº 04.1.01.00-2003-00568-3, informamos a não existência do Livro Caixa,*

*correspondente ao período de 01 de janeiro de 1999 a 30 de junho de 2003.*

*Recife, 03 de Outubro de 2003”*

“ DECLARAÇÃO

*Declaro para os devidos fins que os livros Diário, Razão e LALUR referente aos exercícios 2001 e 2002 não foram apresentados conforme Termo de Intimação Fiscal número 040100/00568/2003, por motivo de os mesmos não se encontrarem concluídos*

*Recife, 29 de Outubro de 2003”*

Nesse contexto, fica evidente a configuração da hipótese de arbitramento. E, embora a contribuinte alegue, no presente recurso, que poderia constituir sua escrita contábil a qualquer tempo, nem mesmo agora o fez.

Por outro lado, o lançamento não poderia ser realizado pelo lucro presumido, como defende a recorrente. Primeiro porque ela não fez opção por esse regime de tributação, nos termos estabelecidos pelo § 1º do art. 26 da Lei 9.430/1996 (pagamento da primeira ou única quota do imposto devido correspondente ao primeiro período de apuração de cada ano-calendário).

Além disso, não apresentou sequer o Livro Caixa, que, aliás, já era obrigatório para o próprio regime simplificado - SIMPLES.

Por tudo isso, não merece qualquer reparo o procedimento de arbitramento realizado pela fiscalização.

Já em relação ao aproveitamento dos pagamentos feitos pela recorrente, sob o regime do SIMPLES, merecem ser acolhidos os argumentos de defesa.

Isto porque o SIMPLES não se caracteriza como um tributo, mas apenas como uma forma simplificada de recolhimento dos vários tributos que engloba, dentre eles a CSLL, contribuição que mantém sua perfeita identidade mesmo nesse regime de tributação, inclusive sob o aspecto quantitativo, uma vez que a lei especifica as parcelas relativas a cada imposto ou contribuição, em termos percentuais.

Desse modo, não há como negar a existência de recolhimento do tributo aqui em questão (CSLL) relativamente aos próprios períodos autuados. E nestes termos, também não há que se falar na necessidade de compensação via DCOMP (Declaração de compensação), posto que os pagamentos referem-se ao mesmo tributo e período autuado.

Portanto, devem ser deduzidos do presente auto de infração os valores espontaneamente recolhidos a título de CSLL, na sistemática do simples, na medida em que forem confirmados pela unidade preparadora.

No que toca às alegações da Recorrente acerca da taxa SELIC, cujo acolhimento implicaria no afastamento de norma legal vigente (art. 61 da Lei 9.430/96), por suposto vício

de inconstitucionalidade, cabe ressaltar que falece a esse órgão de julgamento administrativo competência para provimento dessa natureza, como já dito pelo órgão julgador de primeira instância. A competência para apreciação dessa matéria é exclusiva do poder judiciário.

Oportuno lembrar que apenas de modo excepcional, havendo prévia decisão por parte do Supremo Tribunal Federal e cumpridos os requisitos do Decreto nº 2.346/97, o que não ocorre no presente caso, é que a Administração Pública deixaria de aplicar norma legal por vício de inconstitucionalidade.

O art. 161, “caput”, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, estabelece que *o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora...*, e no seu parágrafo primeiro determina que *se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.*

Portanto, a taxa de juros de mora a ser exigida sobre os débitos fiscais de qualquer natureza para com a Fazenda Pública pode ser definida em percentual diferente de 1%. Basta que uma lei ordinária assim determine.

Neste contexto, o artigo 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, assim dispôs:

*“Artigo 61 – Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria de Receita Federal cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.*

...

*§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.”*

E o § 3º do art. 5º da Lei nº 9.430/1996, por sua vez, estabeleceu que:

*“§ 3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.”*

Assim, incumbe a esse órgão julgador cumprir a norma legal que se encontra em pleno vigor, aplicando-a às situações concretamente verificadas, não lhe cabendo a apreciação da alegada inconstitucionalidade ou ilegalidade da taxa SELIC.

Apenas vale frisar que essa mesma taxa de juros é garantida aos contribuintes nos casos de restituição de indébitos. O tratamento, portanto, é isonômico, ou seja, tanto vale para a cobrança, quanto para a devolução de valores, o que reforça a justiça de sua aplicação.



Além disso, ela não é cobrada como juros compostos (juros sobre juros), mas como juros simples. Basta observar o auto de infração, para verificar que o valor dos juros corresponde ao somatório simples da SELIC de cada mês. Portanto, também não ocorre o anatocismo, como alega a recorrente.

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário, para que sejam deduzidos do presente auto de infração os valores espontaneamente recolhidos a título de CSLL, na sistemática do SIMPLES, na medida em que forem confirmados pela unidade encarregada do cumprimento desta decisão.

Sala das Sessões-DF, em 20 de outubro de 2008.

  
JOSE DE OLIVEIRA FERRAZ CORRÊA