



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

Processo nº 11516.003546/2007-11
Recurso nº 504.740 Voluntário
Acórdão nº 1401-00.485 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de fevereiro de 2011
Matéria AI - SIMPLES EXCLUSÃO
Recorrente TAILLE INDUSTRIAL DE PLÁSTICOS LTDA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2003

SIMPLES. EFEITOS DA EXCLUSÃO.

Tendo a sociedade auferido em determinado ano receitas que superaram o limite estabelecido na lei, a exclusão do SIMPLES surte efeitos a partir do ano-calendário subsequente.

COMPARAÇÃO ENTRE VALORES DECLARADOS AO FISCO FEDERAL E OS CONSTANTES DO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS.

É cabível a lavratura de auto de infração decorrente da constatação de divergências entre as informações prestadas ao fisco federal e aquelas constantes do livro de Registro de Apuração do ICMS.

AÇÃO FISCAL. INÍCIO. ESPONTANEIDADE. EXCLUSÃO.

Com o início da ação fiscal exclui-se a espontaneidade do sujeito passivo quanto às infrações apuradas, situação que não se altera pela apresentação posterior de declaração de rendimentos.

MULTA DE OFÍCIO. PERCENTUAL DE 150%. CABIMENTO.

Estando devidamente caracterizado o evidente intuito de fraude, justifica-se a aplicação da multa de ofício no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) (art.44, II, da Lei nº 9.430/96, redação à época dos fatos geradores).

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995 é legítima a utilização da taxa SELIC no cálculo dos juros moratórios (Súmula CARF nº 4).

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003

NORMAS VEICULADAS EM LEI. IMPOSSIBILIDADE DE SEREM AFASTADAS SOB FUNDAMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

No âmbito do processo administrativo fiscal, é vedado ao órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade (art.26-A do Decreto nº 70.235/72; Súmula CARF nº 2).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)
Viviane Vidal Wagner – Presidente

(assinado digitalmente)
Eduardo Martins Neiva Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Viviane Vidal Wagner, Karem Jureidini Dias, Antonio Bezerra Neto, Viviani Aparecida Bacchmi, Maurício Pereira Faro e Eduardo Martins Neiva Monteiro.

Relatório

Trata-se de autos de infração referentes a exigências apuradas no âmbito do SIMPLES, ano-calendário 2003 (fatos geradores de julho a dezembro), que totalizam R\$ **64.949,41** (sessenta e quatro mil, novecentos e quarenta e nove reais e quarenta e um centavos), sobre o qual incidem juros de mora e multa de ofício, aplicada no percentual de 150%, com ciência em **28/08/07** (fls.91, 96, 101, 106, 111 e 116).

No “**Termo de Verificação Fiscal e de Encerramento de Fiscalização**” (fls.119/133) descreveu-se, em síntese:

- a) nos anos-calendário 2004 e 2005 não poderia o contribuinte ter permanecido no regime simplificado, pois em 2003, “...a receita auferida ultrapassa o limite estabelecido para enquadramento como microempresa, circunstância em que está vedada a permanência em tal condição no ano seguinte”;
- b) “...considerando que o contribuinte não providenciou a sua exclusão do regime, ou então a alteração para a condição de empresa de pequeno porte, factível em razão da receita auferida, restou à administração tributária promover a exclusão de ofício desse regime simplificado”, implementada por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 31, de 06 de julho de 2007, com efeitos a partir de 01/01/04;

- c) as receitas consideradas no cálculo dos tributos foram aquelas consignadas na escrituração, consolidadas no Livro Registro de Apuração do ICMS;
- d) apesar de ter auferido receitas, o contribuinte declarou-se inativo, não tendo realizado pagamento de tributo;
- e) apenas em 26/02/07, após o início da ação fiscal, houve entrega de nova declaração à Receita Federal do Brasil com a indicação das receitas da atividade e débitos.

Quanto à qualificação da multa de ofício, apontou a autoridade fiscal:

“(...) Não restam dúvidas quanto à intenção do contribuinte em deixar de tributar a totalidade das operações realizadas, causando prejuízo aos cofres públicos.

A multa de ofício qualificada aplicável ao caso em tela está prevista no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96 c/c o artigo 19 da Lei nº 9.317/96, e que tem como pressuposto para sua aplicação a existência de "evidente intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964".

Os fatos levantados no procedimento fiscal conduzem para a conclusão indubitável de que o dolo esteve presente na conduta adotada pelo contribuinte, onde mediante prática reiterada e sistematizada deixou de oferecer à tributação receitas da sua atividade econômica, ao longo de diversos períodos de apuração, circunstâncias que não deixam dúvida quanto à voluntariedade da conduta. Não apenas deixou de oferecer à tributação fatos imponíveis inerentes à atividade, como utilizou artifício destinado a evitar o conhecimento pela Administração Tributária, declarando-se inativo, a despeito de todas as operações realizadas.”

Levando-se em conta a entrega de declarações quando já iniciado o procedimento fiscal, a própria fiscalização providenciou “...para que os débitos consignados nessas declarações não venham a alimentar o sistema de cobrança, uma vez que estão sendo objeto de lançamento de ofício”.

Os lançamentos foram considerados procedentes em **primeira instância** (fls.241/245), tendo o acórdão recebido as seguintes ementas:

SIMPLES. EXCLUSÃO. LIMITE DE RECEITA. EXTRAPOLAÇÃO. Comprovado que a empresa auferiu receita bruta superior ao limite previsto na legislação, deve a mesma ser excluída da sistemática do SIMPLES. O ato declaratório de exclusão surtirá efeito a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido.

INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL. PERDA DA ESPONTANEIDADE. O procedimento fiscal tem início com o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto. O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos

anteriores e, independentemente de intimação, a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

LIVROS FISCAIS. PROVA HÁBIL. As receitas escrituradas no livro Registro de Apuração do ICMS constituem prova hábil a instrumentar exigência dos tributos incidentes sobre essa receita, ressalvado ao contribuinte a demonstração de eventual equívoco nos valores que ele próprio escriturou.

ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIACÃO. As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

No **Recurso Voluntário** (fls.252/274) interposto tempestivamente o sujeito passivo sustenta:

- a) a entrega da declaração simplificada de 2003, entregue em 26/02/07, demonstraria não ter havido omissão de receitas;
- b) não poderia ter alterado o enquadramento para EPP, haja vista a entrega de declaração como inativa e posteriormente com movimento;
- c) as declarações de SIMPLES foram aceitas pelos sistemas da Receita Federal do Brasil;
- d) não houve apresentação do LALUR, pois a tributação não era realizada pelo lucro real;
- e) no caso do IPI, poderia ter havido a compensação com crédito do mesmo tributo;
- f) pelo fato de não estar enquadrada no SIMPLES, “...não poderia haver a contribuição do INSS que foi calculada em R\$ 82.383,94 (...), pelo simples fato de não haver contemplação na legislação federal”;
- g) a omissão de receitas não passaria de mera hipótese, sem qualquer comprovação legal, não podendo o fisco ter autuado com base em presunção simples, sendo ilegal tal lançamento, até mesmo porque não há se falar em juízo de probabilidade;
- h) a Súmula 182 do extinto TFR, bem como decisões do extinto Conselho de Contribuintes, vedaria a tributação com base em renda presumida;
- i) “...a pretensão da Autoridade Fiscal em considerar Omissão de receitas, por não ter apresentado sua declaração, de conformidade com o livro de registro de saída, não pode prosperar, visto que, conforme pode ser observado em tudo o que comentou e em tudo o que consta nos autos, dito lançamento tributário não goza de liquidez e certeza, por não medir com segurança ingresso de receitas. Foi com essa inteligência que o artigo 6º da Lei 8.021/90 exigiu o Sinal Exterior de riqueza para concretização do raciocínio de probabilidade”;
- j) o Decreto nº 3.000/99 não poderia alcançar fatos geradores ocorridos no ano base de 1999, devendo ter sido aplicado o Decreto nº 1.041/94. “...a doura fiscalização autuante não pode optar por aplicar a tributação tomando com base de cálculo a totalidade dos depósitos bancários”;
- k) a multa de ofício violaria o direito constitucional de propriedade e o princípio do não-confisco, razão pela qual de acordo com o Supremo Tribunal Federal não poderia exceder a 30% (trinta por cento);

l) seria inconstitucional a utilização da taxa SELIC.

É o que importa relatar.

Voto

Conselheiro Eduardo Martins Neiva Monteiro, Relator.

Primeiro, cabe esclarecer que as alegações de defesa relacionadas aos anos-calendário 2004 e 2005, cuja tributação foi consequência da exclusão do SIMPLES, já foram apreciadas quando do julgamento do processo nº 11516.002462/2007-52, nesta sessão de julgamento.

Em segundo lugar, os lançamentos referentes ao ano-calendário 2003 não decorreram de arbitramento, como pensa o recorrente, mas da aplicação de percentuais próprios do SIMPLES, sendo a base de cálculo composta por receitas comprovadamente auferidas.

A declaração entregue em 26/02/07, ou seja, após iniciado o procedimento fiscal em 06/02/07 (fls.07/08), em nada interfere na apuração e constituição dos créditos tributários mediante lançamento de ofício, vez que não restou caracterizada a espontaneidade. Apenas confirmam a omissão de receitas. Como bem acentuou a decisão de primeira instância, “...se a impugnante sustenta a regularidade da declaração apresentada [retificadora], torna-se completamente despropositada a alegação de que as receitas informadas no auto de infração não correspondem à realidade dos fatos ocorridos”.

Durante o procedimento fiscal a própria autuada entregou à fiscalização documentos fiscais e contábeis, em especial o Livro Registro de Apuração do ICMS, que comprovam a obtenção de receitas, em 2003, no montante de R\$ 972.555,91 (novecentos e setenta e dois mil, quinhentos e cinquenta e cinco reais e noventa e um centavos), valor, inclusive, inferior ao declarado após o início da ação fiscal (fl.30).

De acordo com a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, uma vez ultrapassado o limite estabelecido, os efeitos da exclusão atingem os anos-calendários subsequentes, razão pela qual ainda em 2003, os lançamentos foram realizados respeitando-se a sistemática do regime simplificado. Dispõe tal diploma legal, no que importa:

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);

.....

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;

.....

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;

.....

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

.....

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;

Agiu bem, portanto, a fiscalização, ao constituir, com base no SIMPLES, os tributos que deixaram de ser declarados e recolhidos espontaneamente, relativos ao ano-calendário 2003.

O fato de a declaração de inatividade ter sido recepcionada em nada auxilia o sujeito passivo. A mera transmissão de uma declaração de rendimentos à Receita Federal do Brasil não importa em imediata aceitação dos dados ali constantes. Normalmente, as críticas realizadas pelos sistemas informatizados, a impedirem a transmissão, são de natureza formal, não de conteúdo. Em obediência ao que dispõe o Código Tributário Nacional (art.150, §4º; 173, I), sem ultrapassar o prazo legal de cinco anos, o fisco, não tendo homologado o procedimento adotado pelo contribuinte, constituiu as diferenças por meio de lançamento de ofício.

Apesar de o assunto não importar à presente controvérsia, cabe dizer que a não alteração do enquadramento da sociedade para Empresa de Pequeno Porte – EPP decorreu de livre e espontânea vontade do contribuinte, não tendo a entrega de declarações com a informação inverídica de inatividade, ao contrário do que defende, o condão de justificar a inércia quanto à alteração cadastral.

Com relação à justificativa pela não apresentação do LALUR, bem como quanto ao pleito de compensação de créditos de IPI, cabe dizer que neste processo são exigidos tributos com base no SIMPLES, regime em que importa apenas a receita auferida, sobre a qual incidem percentuais legalmente definidos. Por exemplo, o aproveitamento de créditos de IPI é possível na sistemática normal de apuração, face o regime da não-cumulatividade. A seu turno, a existência ou não de LALUR seria importante para a definição do regime de apuração do lucro, o que não é o caso deste processo.

To tocante à impossibilidade de exigência da parcela do SIMPLES referente à contribuição previdenciária, o recorrente sustenta seu argumento na premissa de que estaria automaticamente excluído do regime simplificado. Conforme visto, a exclusão produziu efeitos apenas a partir do ano-calendário 2004, de forma que é cabível sim a constituição daquele crédito tributário na sistemática simplificada.

A respeito de todas as alegações de vedação de tributação com base em presunção, não se relacionam ao caso sob análise. Neste, valeu-se a fiscalização de provas diretas, conforme visto anteriormente, em especial do Livro de Registro de Apuração do ICMS, não de extratos bancários. Diante da clareza do relatório fiscal, estranha-se que tenham sido veiculadas, inclusive lastreadas em decisões do Primeiro Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, bem como em súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos, que por óbvio não são aplicáveis ao caso sob julgamento.

Tampouco pode-se condicionar a validade dos lançamentos à suposta renda presumida com base em sinais exteriores de riqueza. O próprio artigo 6º, *caput*, da Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990, excetua hipótese legais outras. Além disso, o parágrafo quinto do mesmo artigo, mencionado pelo recorrente, foi revogado pela Lei nº 9.430/96 (art.88, XVIII):

Lei nº 8.021/90

Art. 6º O lançamento de ofício, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando-se os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza.

.....

§ 5º O arbitramento poderá ainda ser efetuado com base em depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Lei nº 9.430/96

Art. 88. Revogam-se:

.....

XVIII - o § 5º do art. 6º da Lei nº 8.021, de 1990;

Quanto à qualificação da **multa de ofício**, agiu bem a fiscalização, não havendo reparos a fazer.

Inicialmente, cabe esclarecer que as alegações de defesa relacionadas à inconstitucionalidade não podem ser apreciadas no âmbito administrativo, nos termos do Decreto nº 70.235/72 e de entendimento já consolidado neste Conselho:

Decreto nº 70.235/72

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

Súmula CARF nº 2: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Tal penalidade foi fundamentada no inciso II do art.44 da Lei nº 9.430/96, cuja redação à época dos fatos geradores era:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

.....

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Por sua vez, dispõe a Lei nº 4.502/64:

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.

Art.72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art.73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72.

Aquela fraude reclamada pela redação anterior do art.44, II, da Lei nº 9.430/96 consubstancia-se no ardil, no embuste, também empregados como meios para impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, do fato gerador ou das condições pessoais do contribuinte. O fato gerador ocorre e o contribuinte, mediante artifícios, tenta impedir de alguma forma, ou mesmo retardar, para com isso se valer de eventual extinção dos créditos tributários pela decadência, que a autoridade o detecte.

O ordenamento jurídico por vezes exemplifica ações consideradas fraudulentas. A Lei nº 8.137, de 27/12/90, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, é um bom e pertinente exemplo:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

.....

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo (..);(destaquei)

A fraude, então, pode mesmo ser caracterizada com a omissão de operação de qualquer natureza em documento ou livro exigido pela lei fiscal, ou mesmo omissão de declaração sobre rendas, bens ou fatos.

É possível inferir das provas que alicerçaram a ação fiscal que o contribuinte livre e conscientemente direcionou seu agir para impedir ou retardar o conhecimento, por parte das autoridades fazendárias, da ocorrência do fato gerador. Como entender diferentemente se inicialmente informou à Receita Federal do Brasil que estava inativo (fls. **79/82**), quando auferiu no período receitas na ordem de R\$ 1 milhão, vindo somente a retificar a declaração após decorridos quase três anos, quando já iniciado o procedimento fiscal?

Sobre a decisão do STF mencionada pelo recorrente, no sentido de limitar a penalidade ao percentual de 30% (trinta por cento) do tributo, diz respeito à multa de mora. Ainda que se referisse à multa de ofício, os efeitos restringir-se-iam às partes envolvidas.

Por fim, o cálculo dos juros moratórios com base na SELIC encontra abrigo legal, conforme firme jurisprudência do CARF, objeto do seguinte enunciado, que aqui se prestigia para afastar as alegações de inconstitucionalidade:

Súmula CARF nº 4: *A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

Pelo exposto, VOTO no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)
Eduardo Martins Neiva Monteiro