



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

Processo nº 11543.002825/2004-80
Recurso nº 339.032 Voluntário
Acórdão nº 1102-00262 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de julho de 2010
Matéria SIMPLES. EXCLUSÃO - Ex(s): 1998
Recorrente COMERCIAL FERNANDES LTDA
Recorrida DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I

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

Ano-calendário: 1998

Ementa:

NULIDADE DO ATO DE EXCLUSÃO. INOCORRÊNCIA. PENDÊNCIA DE DECISÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL DE EXIGÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

A partir do momento em que constatada ocorrência de hipótese de exclusão do Simples, por excesso de receita bruta, e não tendo a empresa voluntariamente solicitado a sua exclusão do Sistema, cabe à Administração Pública efetuar-la de ofício, mediante Ato Declaratório, ainda que o excesso em questão tenha sido apurado em processo administrativo fiscal de exigência de crédito tributário que esteja com exigibilidade suspensa em razão de recurso administrativo.

LIMITE DE RECEITA BRUTA. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Ultrapassado o limite legal da receita bruta estabelecido pela legislação do SIMPLES, impõe-se a exclusão da empresa deste sistema de tributação incentivada, com efeitos a partir do ano-calendário subsequente àquele em que ocorreu o excesso de receita.

PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

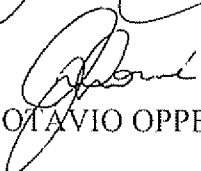
Configura prática reiterada de infração à legislação tributária a prática habitual e repetida de u'a mesma infração, de tal forma que fique caracterizado o seu uso freqüente. Configurada a prática reiterada de infração à legislação tributária, impõe-se a exclusão da empresa deste sistema de tributação incentivada, com efeitos a partir, inclusive, do mês de sua ocorrência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares e NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.



IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO - Presidente



JOÃO OTÁVIO OPPERMANN THOMÉ - Relator

EDITADO EM: 01 SET 2010



Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ivete Malaquias Pessoa Monteiro (Presidente), João Carlos de Lima Júnior (Vice-Presidente), João Otávio Opperman Thomé (Relator), Silvana Rescigno Guerra Barreto, José Sérgio Gomes (Suplente Convocado), e Manoel Mota Fonseca (Suplente Convocado).

Relatório

Trata o presente processo de exclusão da empresa do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples, decorrente de representação fiscal feita em virtude dos fatos constatados no curso da ação fiscal determinada pelo Mandado de Procedimento Fiscal nº 0720100-2003-00928-9.

Nesta ação fiscal foi feito o lançamento de ofício de crédito tributário por omissão de receitas caracterizada por créditos bancários de origem não comprovada, em conta mantida junto a instituição financeira, de titularidade não comprovada, e por insuficiência de recolhimento correspondente à diferença do valor devido a título de SIMPLES sobre a receita originalmente declarada, em função dos novos percentuais aplicáveis em consequência da mudança de faixa da receita mensal ao nela se computar a parcela omitida.

Desta forma, ao somar à receita declarada a receita omitida no ano-calendário de 1998, verificou a fiscalização que a empresa excedeu o limite legal para permanência no Simples, o que motivou a representação fiscal para sua exclusão desta sistemática a partir de 1999.

Contudo, o Serviço de Orientação e Análise Tributária – Seort da DRF / Vitória, por meio do Parecer Seort/DRF/Vitória-ES nº 259/2005, propôs que a exclusão surtisse efeitos a partir de 01-01-1998, ao entendimento que a interessada *“praticou reiteradamente infração à legislação tributária ao omitir, de forma contumaz, receitas, valores depositados, utilizando-se, para tanto, de conta corrente bancária em nome de interposta pessoa”*, fls. 78, e foi nestes termos que foi expedido o Ato Declaratório Executivo DRF/VTÁ nº 48/2005, fls. 81.

A interessada apresentou Manifestação de Inconformidade quanto à exclusão de ofício do Simples, fls. 85/91, na qual alega, em síntese, o seguinte:

- Que o Ato Declaratório é nulo de pleno direito, tendo em vista que foi proferido sem observar o direito do contraditório, pois a exclusão se deu antes que ela pudesse se manifestar sobre os fundamentos contidos no Parecer Seort/DRF/Vitória-ES nº 259/2005;
- Que os fundamentos da exclusão foram extraídos do processo administrativo nº 11543.002838/2004-59, o qual foi objeto de recurso voluntário junto ao Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, e que, uma vez que o citado recurso possui efeito suspensivo, é vedado ao Fisco praticar qualquer ato, direto ou indireto, de exigência do crédito tributário, bem como não é possível excluir a empresa do Simples antes de finalizado o processo administrativo no qual se discute a infração à legislação tributária, sendo nulo também o ato praticado por este motivo;
- Que a Lei nº 9.317/96 não define o que vem a ser uma *“prática reiterada de infração à legislação tributária”*. Assim, diante da vagueza do enunciado legal e considerando a necessária vinculação da Administração Tributária

com o princípio da legalidade, é lícito se valer da analogia para equiparar a "prática reiterada de infração à legislação tributária" com a "reincidência", termo este muito mais utilizado nos textos de lei que versam sobre tributos. Nesse sentido, uma vez que tanto a legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI (art. 452 do Decreto nº 2.638/98) quanto a legislação das contribuições sociais administradas pelo INSS (art. 290 do Decreto nº 3.048/99) definem a reincidência como sendo a prática de nova infração a um mesmo dispositivo, para que pudesse haver uma prática reiterada de infrações seria necessário que houvesse mais de um ato supostamente ilícito imputado ao contribuinte, o que não ocorre no presente caso. Logo, não pode prosperar o fundamento do ato declaratório, pois, mesmo que tenha ocorrido a infração, o que ainda está sendo discutido no processo administrativo nº 11543.002838/2004-59, esta não pode ser considerada "*reiterada*", já que inexistente a pluralidade de violações a um mesmo dispositivo de lei;

- Que a alegada ultrapassagem do limite de receita bruta para permanência no Simples apurada no processo nº 11543.002838/2004-59 teria se dado somente no ano de 1998, e não nos anos subsequentes. Desta forma, a exclusão não pode gerar efeitos a partir de 1º de janeiro de 1998 e prejudicar o contribuinte até o ano de 2005, já que seria plenamente lícito a ela optar novamente pelo Simples no ano de 2000 caso a exclusão fosse efetivada na época supostamente devida, não podendo haver, portanto, qualquer censura à sua opção a partir do ano precitado. Assim, a exclusão deve se limitar somente ao ano de 1999, vez que nos anos subsequentes a própria SRF constatou que não houve ultrapassagem do limite de receita a que se refere a lei nº 9.317/96.

A DRJ rejeitou a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa suscitada, confirmou a possibilidade de a administração tributária efetuar a exclusão de ofício mesmo antes de finalizado o processo administrativo no qual se discute a infração à legislação tributária, e, no mérito, confirmou tanto a ocorrência de prática reiterada de infração à legislação tributária quanto o auferimento de receitas, no ano-calendário de 1998, em valor superior ao limite legal para permanência no Simples, de modo que julgou correta a exclusão do Simples efetuada pelo ADE com efeitos a partir de 1º de janeiro de 1998.

Inconformada com esta decisão, a interessada interpôs recurso a este Conselho, no qual repisa os mesmos argumentos já expostos, à exceção da preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa.

E o relatório.



Voto

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé

A recorrente tomou ciência da decisão de primeira instância em 09/05/2007 (fls. 100) e apresentou recurso a este Conselho em 06/06/2007, conforme carimbo de fls. 101.

Deste modo, conheço do recurso por ser tempestivo e atender aos requisitos de admissibilidade.

Protesta a recorrente que o Fisco não poderia ter excluído a empresa do Simples antes de finalizado o processo administrativo no qual se discute a infração que deu causa à exclusão.

Neste ponto, não assiste razão à recorrente. Não há qualquer norma legal que impeça a atuação do Fisco nestas circunstâncias, antes pelo contrário. A partir do momento em que o Fisco se defronta com alguma das vedações impostas pela Lei para opção ao Simples, e verifica que a empresa voluntariamente não solicitou a sua exclusão do Sistema, cabe à Administração Pública efetuar-la de ofício, mediante Ato Declaratório, conforme dispõe o § 3º do art. 15, da Lei nº 9.317/96, assim redigido:

“§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.”



Ao administrado, conforme visto, é assegurado o contraditório e a ampla defesa, os quais são exercidos a partir da instauração da fase litigiosa do procedimento, que se inicia com a impugnação da exigência, nos termos do art. 14 do Decreto nº 70.235/72, que rege o processo administrativo fiscal. Tudo isto corresponde precisamente ao que ocorreu no presente caso, motivo pelo qual afasto a preliminar de nulidade argüida.

Passo ao mérito.

Conforme ADE de fls. 81, os motivos que ensejaram a exclusão da recorrente do Simples foram dois, a saber:

- ter ultrapassado o limite de receita bruta permitido para empresas de pequeno porte para a permanência no Simples (R\$720.000,00) (letra “a” do inciso II do art.13 c/c o inciso II do art. 9º, ambos da Lei nº 9.317/96); e
- ter incidido em prática reiterada de infração à legislação tributária, ao omitir, de forma contumaz, receitas, caracterizadas por valores depositados em conta bancária de interposta pessoa (inciso V do art.14 da Lei nº 9.317/96).

Conforme relatado, estes mesmos fatos ensejaram a lavratura de autos de infração contra a recorrente para a exigência de crédito tributário quanto aos fatos geradores relativos ao ano calendário de 1998, os quais encontram-se no processo administrativo fiscal nº 11543.002838/2004-59.

Consultando-se os autos do referido processo, verifica-se que, por ocasião do julgamento em primeira instância, a 5ª Turma de Julgamento da DRJ/Rio de Janeiro manteve o lançamento fiscal por seus fundamentos, mas declarou a decadência, quanto aos meses de janeiro a novembro de 1998, apenas no tocante ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica. A decisão restou assim ementada, na parte relevante à análise:

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO LEGAL. A Lei 9.430/96 autoriza a presunção de omissão de receitas a partir da existência de depósitos bancários de origem não comprovada.

MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. Configura evidente intuito de fraude o fato de o contribuinte efetuar reiterada movimentação de recursos mantidos a margem da contabilidade através de conta-corrente de interposta pessoa, visando a ocultação da ocorrência do fato gerador. Cabível a multa de 150% sobre a diferença ou totalidade dos tributos apurados de ofício.

Por ocasião do julgamento em sede de recurso, a antiga 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes estendeu o alcance da decadência, também com relação aos meses de janeiro a novembro de 1998, para todas as demais exações contidas no Simples, de modo que, ao final, restou mantido o lançamento fiscal exclusivamente quanto ao mês de dezembro de 1998, com multa qualificada, conforme Acórdão 101-96.341, de 14/09/2007, cuja ementa reproduzo abaixo:

DECADÊNCIA – CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – Segundo jurisprudência do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, a decadência das contribuições sociais se submete às regras do CTN.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA. O ato de ofício que excluir a espontaneidade do sujeito passivo exclui também a dos demais envolvidos nas infrações verificadas, independentemente de notificação.

Pela sua maior clareza, reproduzo abaixo também o texto do respectivo acórdão:



"ACORDAM, os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, ACOLHER a preliminar de decadência de todas as exações em relação aos fatos geradores ocorridos até 30 de novembro de 1998, vencido o conselheiro Caio Marcos Cândido, que não a acolhia em relação a COFINS e CSLL e, no mérito, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado "

Portanto, concluído o julgamento daquele processo, verifica-se que foi confirmado o auferimento de receitas omitidas no valor de R\$ 1.111.162,01, caracterizadas pelos depósitos bancários de origem não comprovada, ainda que no julgamento administrativo tenha sido reconhecido que significativa parcela desta omissão estava albergada pelo instituto da decadência. A decadência afasta a possibilidade de o Fisco exigir os tributos devidos com base naqueles períodos, mas não tem o condão de negar a ocorrência do fato, qual seja, o auferimento de receita não declarada. Neste sentido, somando-se a receita bruta declarada pela

empresa no ano-calendário de 1998, fls. 17, que corresponde a R\$ 217.791,50, e a receita omitida, acima referida, verifica-se que foi ultrapassado o limite legal para a permanência da recorrente no Simples em 1998, fato que enseja a sua exclusão do regime, pelo menos, a partir de janeiro de 1999. Quanto a estes fatos, nada trouxe de novo a recorrente ao presente processo que pudesse dar ensejo a entendimento diverso.

Quanto ao segundo motivo constante do Ato Declaratório de Exclusão – prática reiterada de infração à legislação tributária, é fato que a Lei nº 9.317/96 não define expressamente o seu conceito.

Contudo, não procede a analogia proposta pela recorrente com o instituto da reincidência, conforme definido na legislação de regência do IPI (art. 70 da Lei nº 4.502/64). Para a configuração da reincidência, nos termos daquele artigo, é necessário que exista decisão condenatória definitiva referente à infração anterior. Confira-se o teor do citado artigo:

“Art. 70. Considera-se reincidência a nova infração da legislação do Imposto do Consumo, cometida pela mesma pessoa natural ou jurídica ou pelos sucessores referidos nos incisos III e IV do artigo 36, dentro de cinco anos da data em que passar em julgado, administrativamente, a decisão condenatória referente à infração anterior.”

A exigência de decisão condenatória definitiva, no âmbito do Simples, para fins de determinar a exclusão da pessoa jurídica deste sistema, está expressamente prevista apenas no caso de prática de crimes contra a ordem tributária, conforme inciso VII do art. 14 da Lei nº 9.317/96. Contudo, no caso do inciso V do mesmo artigo (prática reiterada de infração), não foi prevista a mesma exigência. Confira-se os dispositivos em questão:

“Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

V - prática reiterada de infração à legislação tributária,

VII - incidência em crimes contra a ordem tributária, com decisão definitiva.”

Assim, afasta-se a pretensa analogia da reincidência com a “prática reiterada”. Tratam-se de institutos distintos, estando um expressamente definido em lei, e o outro não.

Os dicionários definem o termo *reiterar* como “repetir”, “renovar”, “refazer”. Contudo, seria uma leviandade entender que, para a configuração da prática reiterada de infração, bastariam duas ocorrências de u’a mesma infração.

Parece-me que um bom caminho para interpretar o que se deva entender por “prática reiterada” encontra-se no CTN, que utiliza esta expressão no seu art. 100, *verbis*:

“Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos.

(...)

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas."

Ora, as práticas reiteradas das autoridades administrativas nada mais são do que os usos e costumes da Administração. E veja-se que aqui também não há uma definição de quantas vezes ela precisa ser repetidamente observada para que se constitua em uma "prática reiterada".

Assim, entendo que, para fins de exclusão de uma empresa do Simples, deve-se verificar se a prática da infração em questão é habitual e repetida, de tal forma que fique caracterizado o seu uso freqüente, consubstanciando-se em um costume. E esta análise somente poderá ser feita caso a caso.

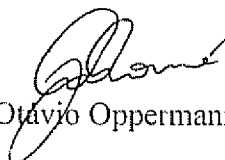
Por fim, convém observar que os períodos a serem considerados para analisar a ocorrência ou não de reiteração, no caso do Simples, devem ser mensais, seja porque o período de apuração do Simples é mensal, seja porque é a própria Lei que, neste caso, menciona que a retroação da exclusão deve ser feita ao mês de ocorrência do fato em questão.

No caso concreto, verificou-se que a recorrente movimentou, de forma contumaz e contínua, durante todos os meses do ano calendário, vultosos recursos, os quais foram mantidos à margem da contabilidade por meio do uso de conta corrente de interposta pessoa. Desta forma, configurada a prática reiterada de infração à legislação tributária, conforme imputada pela autoridade administrativa que expediu o ADE de fls. 81.

Assim, nos termos do que dispõe o art. 15 da Lei nº 9.317/96, este fato enseja a exclusão da recorrente do Simples a partir do próprio mês de sua ocorrência, ou seja, a partir do mês de janeiro de 1998, exatamente como consta no Ato Declaratório ora contestado.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.


João Otávio Oppermann Thomé - Relator