



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

Processo n° 13855.002919/2007-11
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 1102-000.864 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de abril de 2013
Matéria IRPJ E REFLEXOS.
Embargante DOGUINHO CALÇADOS ESPORTIVOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004, 2005

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Acolhem-se os embargos para sanar omissão ocorrida com relação a ponto sobre o qual deveria ter-se pronunciado a turma.

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

Ano-calendário: 2004, 2005

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

A fase litigiosa do procedimento fiscal de exclusão do Simples inicia-se somente com a impugnação (manifestação de inconformidade) ao Ato Declaratório de Exclusão, momento a partir do qual tem a pessoa jurídica assegurados o contraditório e a ampla defesa, nos termos do § 3º do art. 15 da Lei nº 9.317/96, e do Decreto nº 70.235/72, que rege o processo administrativo fiscal.

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

A omissão de receita comprovada, praticada em meses sucessivos, por pessoa jurídica optante pelo SIMPLES, caracteriza a prática reiterada de infração à legislação tributária, bastante para a exclusão da optante do SIMPLES. Para a configuração da prática reiterada de infração à legislação tributária, não há exigência de prévia decisão condenatória definitiva, no âmbito do Simples, relativa às mesmas infrações.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, acolher os embargos de declaração, para o fim de suprir as omissões contidas no Acórdão nº 1102-00.212, de 20 de maio de 2010, e rerratificar, sem efeitos infringentes, a decisão nele proferida, nos termos do voto do relator.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé – Presidente e relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, José Evande Carvalho Araújo, Meigan Sack Rodrigues, Ricardo Marozzi Gregório, Francisco Alexandre dos Santos Linhares, e Antonio Carlos Guidoni Filho.

Relatório

Trata-se de embargos interpostos pelo contribuinte contra a decisão proferida no Acórdão nº 1102-00.212, de 20 de maio de 2010, que restou assim ementado e decidido:

“OMISSÃO DE RECEITA. Valores creditados em conta bancária que não possuem suas origens comprovadas. Presunção legal omissão nos termos do artigo 287, RIR/99.

INCONSTITUCIONALIDADE. Nos termos da Súmula CARF nº 2, este Conselho não tem competência para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

LUCRO ARBITRADO. Na falta de escrituração regular, é cabível o arbitramento do lucro com base na receita bruta conhecida.

MULTA QUALIFICADA. Caracterizado o intuito doloso que autoriza o lançamento de multa agravada, conforme previsto no artigo 44, inciso, I, parágrafo 1º, da lei nº 9.430/96, mantém-se a aplicação da multa qualificada.

JUROS DE MORA - TAXA SELIC. Incidência. Aplicação da Súmula CARF nº 4.

(..)

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.”

Sustenta a embargante, em síntese, ter ocorrido omissão, por parte da Turma, com relação aos seguintes argumentos, constantes do recurso voluntário interposto, na parte relativa à sua exclusão de ofício do SIMPLES:

1. nulidade do Ato Declaratório Executivo nº 19/2007, por cerceamento do direito de defesa e, conseqüentemente, por ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa; e

2. irretroatividade dos efeitos do Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES, por ausência de comprovação da prática reiterada de infração à legislação tributária.

Em vista do exposto, requer sejam os embargos conhecidos e providos, para que sejam sanadas as apontadas omissões, com a devida apreciação, por esta Turma, das questões suscitadas com relação à sua exclusão do SIMPLES

Tendo em vista que o relator não mais integra o colegiado, foram os presentes embargos a mim redistribuídos para relato, nos termos do art. 49, § 7º, do Anexo II, da Portaria MF nº 256, de 22.06.2009, que aprovou o Regimento Interno do CARF (RICARF), e, por despacho, foram eles admitidos, a fim de serem apreciados pela Turma.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé

Os embargos são tempestivos e preenchem os pressupostos de admissibilidade, portanto, deles conheço.

Analisando o aresto embargado, constato que os argumentos supra referidos, relativos à sua exclusão de ofício do SIMPLES, efetivamente não foram enfrentados no voto condutor, que apreciou tão somente a argumentação relativa ao lançamento de ofício do IRPJ e reflexos, decorrente da referida exclusão.

Por este motivo, necessária se faz a manifestação do colegiado sobre os pontos arguidos.

Sustenta a recorrente a nulidade do Ato Declaratório Executivo – ADE nº 19/2007, que a excluiu do regime simplificado, por cerceamento do direito de defesa.

Em síntese, registra a recorrente que não foi intimada para contrapor as razões da representação feita pela fiscalização ao Delegado da DRF/FRANCA, cujo objetivo era a sua exclusão do SIMPLES, e que somente após a edição do referido Ato é que foi aberto prazo para defesa, o que ofende os princípios do contraditório e ampla defesa, conforme decisão do STJ que apresenta.

Não lhe assiste razão.

Nos termos da Lei nº 9.317/96, a partir do momento em que constatada a ocorrência de alguma das vedações impostas pela Lei para opção ao Simples, cabe à Administração Pública efetuar a exclusão de ofício, mediante Ato Declaratório, conforme dispõe o § 3º do art. 15, assim redigido (grifo nosso):

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

(...)

§ 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, mas estes são exercidos, nos termos do Decreto nº 70.235/72 – PAF, que rege o processo administrativo tributário, somente a partir da instauração da fase litigiosa do procedimento, que se inicia com a impugnação da exigência. O desenvolvimento dos procedimentos internos de fiscalização, na fase que antecede a ciência ao ato declaratório de exclusão, a exemplo dos procedimentos que antecedem a lavratura de auto de infração, não requerem a instauração de contraditório.

Neste sentido, a seguinte jurisprudência do CARF:

PROCESSUAL. SIMPLES. ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

A inexistência de contraditório antes da edição do ato declaratório excludente não constitui cerceamento do direito de defesa, porque a exclusão somente se dá quando há decisão definitiva do processo administrativo, assegurados o contraditório e a ampla defesa. **(Acórdão 301-30.619, relator Luiz Sérgio Fonseca Soares, sessão de 15 de abril de 2003)**

SIMPLES – EXCLUSÃO – AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO – no processo de exclusão do SIMPLES há que ser obedecido o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa. Não macula tal princípio a ausência de discussão prévia ao Ato Declaratório de Exclusão, mormente quando os fatos e os atos de fiscalização são de ciência da contribuinte. **(Acórdão 101-96.630, relator Caio Marcos Cândido, sessão de 7 de março de 2008)**

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

A fase litigiosa do procedimento fiscal de exclusão do Simples inicia-se somente com a impugnação (manifestação de inconformidade) ao Ato Declaratório de Exclusão, momento a partir do qual tem a pessoa jurídica assegurados o contraditório e a ampla defesa, nos termos do § 3º do art. 15 da Lei nº 9.317/96, e do Decreto nº 70.235/72, que rege o processo administrativo fiscal. **(Acórdão 1102-00.180, relator João Otávio Oppermann Thomé, sessão de 8 de abril de 2010)**

Noutro giro, sustenta a recorrente que o Ato Declaratório que a excluiu do SIMPLES não poderia ter retroagido os seus efeitos para o ano de 2004, visto que a alegada prática reiterada de infração à legislação tributária não restou comprovada.

Em síntese, afirma que a inferência fiscal encontra-se em frágil base visto que partiu de uma amostra pouco significativa, posto que apenas alguns dos beneficiários ou responsáveis pelos valores que transitaram na conta bancária do contribuinte foram intimados a esclarecer os fatos. E que a exclusão do SIMPLES pela prática reiterada de infração à legislação tributária só pode se dar após a primeira infração ter sido comprovada por meio de processo administrativo do qual não caiba mais discussão.

Assim, se de fato houve alguma causa excludente do SIMPLES, esta só teria sido demonstrada no tocante ao excesso da receita bruta, pelo que o Ato Declaratório somente poderia produzir seus efeitos a partir de janeiro de 2005, de acordo com o previsto no art. 15, inciso IV, da Lei nº 9.317/1996.

Não assiste razão à recorrente.

O relato da autoridade fiscal, no “Demonstrativo de Apuração da Receita Bruta Total” (fls. 04-15) traz uma minuciosa exposição das verificações efetuadas e das fartas provas coletadas que evidenciam que o contribuinte subfaturava vendas, emitia notas fiscais com o mesmo número, e utilizava as contas da pessoa física para ocultar parte da movimentação financeira da empresa. Apesar de declarar receitas auferidas em 2004 e 2005 em valores muito próximos ao limite para a permanência neste regime (R\$ 1.200.000,00), a fiscalização apurou a omissão de receitas nos valores de R\$ 2.601.553,30 em 2004, e de R\$ 4.057.934,38 em 2005. Em razão dessas circunstâncias, foi aplicada a multa de ofício qualificada (150%) aos lançamentos efetuados.

A respeito destes fatos, aliás, cumpre ressaltar que o acórdão embargado, embora os tenha analisado apenas sob a ótica do lançamento fiscal efetuado, sobre eles já se manifestou, *verbis*:

“(…) restou cabalmente comprovado nos autos por meio de intimações de beneficiários de depósitos e depositantes que as contas-correntes do Sr. Gustavo Moreti Ribeiro tinham a finalidade de movimentar as operações financeiras da pessoa jurídica Doguinho Calçados Esportivos Ltda – EPP.

(…)

As autoridades, no curso da ação fiscal, colheram elementos factíveis para demonstrar que os depósitos de origem não comprovada são provenientes de receitas omitidas da pessoa jurídica.

(…) não assiste razão ao contribuinte no que concerne a alegação de que apenas alguns beneficiários de depósito e depositantes foram intimados a prestarem esclarecimentos e houve apenas um único caso detectado de notas fiscais com a mesma numeração. O conjunto probatório é forte suficiente para demonstrar que houve dolo do contribuinte.

(…)

Assim, diante dos fatos narrados, ficou claro no presente caso que houve dolo em sua conduta, de forma que se enquadra nos artigos supracitados. Portanto, mantenho a qualificação da multa.”

Os dicionários definem o termo reiterar como “repetir”, “renovar”, “refazer”. Sem a leviandade de considerar que, para a configuração da prática reiterada de infração, bastariam duas ocorrências de uma certa infração, o que deve ser verificado é 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, evidentemente, só poderá ser feita caso a caso.

Convém observar também que os períodos a serem considerados para analisar a ocorrência ou não de reiteração, no caso de empresa optante pelo 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.

Ora, o fato de a recorrente ter se valido das condutas dolosas antes referidas para sistematicamente omitir receitas em valores significativos durante dois anos seguidos (as receitas omitidas corresponderam a 68% da receita total de 2004, e a 77% da receita total de 2005) caracteriza a reiteração a que alude a norma (artigo 14, inciso V, da Lei nº 9.317/96).

Por fim, de se observar ainda que 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 a redação dos 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.”

Portanto, ao contrário do que alega a recorrente, para a efetivação da exclusão do Simples por prática reiterada de infração à legislação tributária, não há necessidade de prévia decisão administrativa irrecurável que comprove o cometimento dessas infrações.

Neste sentido, a seguinte jurisprudência do CARF:

SIMPLES – EXCLUSÃO - PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA - a omissão de receita comprovada por pessoa jurídica optante pelo SIMPLES, praticada em meses sucessivos, caracteriza a prática reiterada de infração à legislação tributária, bastante para a exclusão da optante do SIMPLES. **(Acórdão 101-96.630, relator Caio Marcos Cândido, sessão de 7 de março de 2008)**

Comissões. OMISSÃO DE RECEITAS. PRÁTICA REITERADA. EXCLUSÃO DO SISTEMA.

A omissão sistemática de receitas com comissões, por três anos calendário consecutivos, caracteriza-se como prática reiterada de infração à legislação tributária, situação suficiente para exclusão da empresa do SIMPLES. **(Acórdão 103-23.530, relator Antonio Bezerra Neto, sessão de 13 de agosto de 2008)**

SIMPLES - EXCLUSÃO - PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA - a omissão de receita comprovada por pessoa jurídica optante pelo SIMPLES, praticada em meses sucessivos, caracteriza a prática reiterada de infração à legislação tributária, bastante para a exclusão da optante do SIMPLES. **(Acórdão 108-09.746, relatora Karem Jureidini Dias, sessão de 16 de outubro de 2008)**

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

A prática reiterada de infração à legislação tributária, consistente na omissão sistemática de receitas durante vários anos, impõe a exclusão da empresa do regime simplificado. **(Acórdão 1102-00.754, relator João Otávio Oppermann Thomé, sessão de 13 de junho de 2012)**

Improcedentes as alegações da recorrente, portanto, e correta a sua exclusão do regime simplificado com efeitos retroativos a partir de 1º de janeiro de 2004, conforme foi efetivada pelo contestado Ato Declaratório.

Pelas razões discorridas, voto no sentido de acolher os embargos de declaração, para o fim de suprir as omissões contidas no Acórdão nº 1102-00.212, de 20 de maio de 2010, e rerratificar, sem efeitos infringentes, a decisão nele proferida.

É como voto.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé - Relator