



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

Processo n° 15504.022318/2008-11
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1302-002.977 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de julho de 2018
Matéria SIMPLES. OMISSÃO DE RECEITAS. EXCLUSÃO
Recorrentes R H CARDOSO E CIA. LTDA E
 FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2004, 2005

NULIDADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECISÃO PROFERIDA APÓS O PRAZO DE 360 DIAS DA APRESENTAÇÃO DA IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA.

O art. 24 da Lei nº 11.457/2007, não fixou quaisquer sanções ou penalidades pelo descumprimento do prazo para o proferimento de decisão administrativa, pela administração tributária, tampouco, estabeleceu como consequência a "decadência" ou a preclusão de seu poder/dever de se manifestar nos processos administrativos fiscais instaurados.

NULIDADE. LANÇAMENTO DE OFÍCIO APÓS ATO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES. ADE PENDENTE DE JULGAMENTO. INOCORRÊNCIA.

A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão. (Súmula CARF nº 14)

OMISSÃO DE RECEITAS. APURAÇÃO COM BASE NAS NOTAS FISCAIS EMITIDAS E LIVROS FISCAIS DO ICMS/ISS. VALIDADE.

A simples emissão das notas fiscais e o seu registro nos livros fiscais do ICMS e ISS, nos quais se espelha o faturamento da empresa, é por si só um elemento seguro para identificar a receita da pessoa jurídica. Trata-se de prova direta, de valor indiscutível. Sua desconstituição por parte da fiscalizada, dependeria da comprovação do cancelamento da operação ou da devolução total ou parcial das mercadorias ou da não aceitação dos serviços vendidos pelos clientes.

OMISSÃO DE RECEITAS. RECONHECIMENTO. REGIME DE COMPETÊNCIA X REGIME DE CAIXA.

A regra geral para o reconhecimento das receitas pelas pessoas jurídicas é o regime de competência, incumbindo ao sujeito passivo que optou pela

tributação pelo regime de caixa, nos casos permitidos pela legislação. Quando o contribuinte deixa de apresentar os livros onde deveriam estar escrituradas suas receitas, nem demonstra que foram oferecidas à tributação, correta a apuração efetuada pelo Fisco pelo regime de competência.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. PRÁTICA REITERADA. INTUITO DOLOSO CARACTERIZADO. CABIMENTO.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96, quando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se, em tese, na hipótese tipificada no art. 71, inciso I, da Lei nº 4.502/64.

O ato omissivo ou comissivo do agente nem sempre se exterioriza ou se identifica por uma única ação, mas por um conjunto delas que revela a prática e o intuito de suprimir ou de reduzir tributo.

Há que se diferenciar a possibilidade de ocorrência de mero erro fortuito do erro intencional. Este último se exterioriza pelas características, pelas circunstâncias e/ou pela prática reiterada. Em geral, o cuidado em tentar ocultar o erro ou a omissão, é revelador do intuito doloso. Incumbe ao Fisco trazer aos autos os elementos que possam demonstrá-lo.

No caso concreto, os elementos trazidos aos autos pela autoridade fiscal convergem no sentido de caracterizar o intuito sonegador da contribuinte, ante a reiterada prática de oferecer à tributação em suas declarações de rendimentos valores significativamente inferiores às receitas efetivamente auferidas.

DECADÊNCIA. PRAZO APLICÁVEL. INTUITO DOLOSO.

Comprovada a existência do intuito doloso de sonegar tributos, ainda que existente pagamento parcial, o prazo decadencial é deslocado para o primeiro dia do exercício em que este poderia ser lançado, nos termos do art. 173, inc. I do CTN, conforme assentada pelo STJ no julgamento do Resp. nº 973.733/SC.

PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. DECISÃO DO STF. AUSÊNCIA DE DEFINITIVIDADE. INAPLICABILIDADE.

Não tendo ocorrido o trânsito em julgado do RE nº 574.706, que reconhece a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/Cofins, uma vez pendente de apreciação o pedido de modulação de efeitos elaborado pela União Federal, ainda não se tornou definitiva aquela decisão, ao menos quanto a sua extensão temporal, revelando-se inviável a aplicação do precedente, de forma precária, aos fatos pretéritos.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM NÃO COMPROVADO. EXCLUSÃO.

Não tendo a fiscalização aportado aos autos elementos que pudessem comprovar a ocorrência de interposição de pessoas no quadro social da empresa autuada, que justificariam o enquadramento no art. 124, inc. I do CTN, a imputação de responsabilidade deve ser cancelada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade e de decadência e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário e ao recurso de ofício, nos termos do relatório e voto do relator.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Cesar Candal Moreira Filho, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Rogério Aparecido Gil, Maria Lucia Miceli, Gustavo Guimarães da Fonseca, Flávio Machado Vilhena Dias e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário e de ofício interpostos em face do Acórdão nº 02-28.747 da 4ª turma da DRT/BHE, proferido em 23 de setembro de 2010, que julgou procedente em parte as impugnações apresentadas pelo contribuinte e responsável solidário arrolado, em face das exigências de tributos pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples, do ano-calendário 2004, objeto deste processo; da exclusão do Simples a partir do ano-calendário 2005, objeto do Processo Administrativo nº 15504.022315/2008-70, e da exigência de tributos apurados com base em arbitramento de lucros, relativos ao ano-calendário 2005, objeto do PA nº 15504.011137/2010-76, os dois últimos objeto de apensação a estes autos. A decisão proferida está sintetizada na seguinte ementa:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2004, 2005

PEDIDO DE PERÍCIA.

Indefere-se o pedido de diligência considerado prescindível.

NULIDADE.

No âmbito do processo administrativo fiscal federal, existem apenas duas hipóteses de nulidade: I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; e II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. Outras irregularidades, incorreções e omissões não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

INCONSTITUCIONALIDADE.

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.

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

Ano-calendário: 2004

OMISSÃO DE RECEITAS.

É legítima a lavratura de auto de infração para exigência dos tributos e contribuições apurados a partir das receitas de venda e serviços escrituradas nos livros de apuração do ICMS e ISS, mas omitidas na declaração do Simples, mormente quando as notas fiscais emitidas comprovam o efetivo auferimento da receita.

BASE DE CÁLCULO DO SIMPLES. COMPOSIÇÃO. ISS. ICMS.

O ISS e o ICMS incidentes sobre vendas e serviços compõem a base de cálculo do Simples.

MULTA DE OFÍCIO.

Tratando-se de lançamento de ofício, aplica-se multa de setenta e cinco por cento sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata.

EXCLUSÃO. EXCESSO DE RECEITA BRUTA.

Não poderá optar pelo Simples a pessoa jurídica, 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). A exclusão, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica, dar-se-á de ofício e surtirá efeitos a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2005

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

Cancela-se o termo de sujeição passiva solidária quando não comprovada, de forma inequívoca, a interposição fraudulenta que motivou sua lavratura.

DECADÊNCIA.

Comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, ainda que se trate de tributo sujeito a lançamento por homologação, o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

LANÇAMENTO DECORRENTE DE EXCLUSÃO NÃO DEFINITIVA DO SIMPLES.

Declarada a exclusão do Simples, nada impede a imediata lavratura de auto de infração para exigência do crédito tributário devido, ainda que não decidido o recurso administrativo interposto contra o ato de exclusão.

OMISSÃO DE RECEITAS.

É legítima a lavratura de auto de infração para exigência dos tributos e contribuições, não declarados nem pagos, apurados a partir das receitas de venda e serviços escrituradas nos livros de apuração do ICMS e ISS, mormente quando as notas fiscais emitidas comprovam o efetivo auferimento da receita.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, será aplicada multa de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata.

DEDUÇÃO DOS IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES PAGOS NA FORMA DO SIMPLES.

Na hipótese de exclusão de ofício do Simples, da exigência apurada mediante a forma de tributação adotada pela fiscalização serão deduzidos os valores dos impostos e contribuições pagos na forma do Simples, observados os respectivos percentuais indicados no art. 23 da Lei nº 9.317, de 1996.

LANÇAMENTOS DECORRENTES. CSLL. PIS. COFINS.

O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se aos lançamentos que com ele compartilham o mesmo fundamento factual e para os quais não há nenhuma razão de ordem jurídica que lhes recomende tratamento diverso.

Por bem retratar os fatos ocorridos no processo até o julgamento da impugnação, transcrevo os principais pontos do relatório da decisão recorrida, *verbis*:

Trata-se dos seguintes processos, juntados em 07/07/2010 (fls. 334), que serão adiante relatados separadamente:

- 1) nº 15504.022318/2008-11, de exigência de crédito tributário sobre fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2004;
- 2) nº 15504.022315/2008-70, de exclusão do Simples, com efeitos a partir de 01/01/2005;
- 3) nº 15504.011137/2010-76, de exigência de crédito tributário sobre fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2005.

Registre-se que a Portaria RFB nº 666, de 24 de abril de 2008, dispõe, em seu art. 1º, III, que serão objeto de um único processo administrativo as exigências de crédito tributário relativo a infrações apuradas no Simples que tiverem dado origem à exclusão do sujeito passivo dessa forma de pagamento simplificada, a exclusão do Simples e o lançamento de ofício de crédito tributário dela decorrente. E, em seu art. 3º, determina que os processos em andamento, que não tenham sido formalizados de acordo com o disposto no art. 1º, serão juntados por anexação na unidade da RFB em que se encontrem.

Processo nº 15504.022318/2008-11

Os autos de infração objeto deste processo, lavrados em 19/12/2008, formalizam, em relação à interessada, a exigência de crédito tributário no valor total de R\$ 1.898.854,09, conforme demonstrativo que se segue:

[...]

Do termo de verificação lavrado pela autoridade lançadora às fls. 69/71, consta, em resumo, que:

I) Em procedimento de fiscalização iniciado em 12/08/2008, a interessada foi intimada a apresentar uma série de documentos e livros fiscais. A intimação foi atendida apenas parcialmente. Não foram entregues os livros Diário, Razão, Lalur e Caixa, este último obrigatório para optantes pelo Simples.

II) Por meio de instrumento público, o sócio Valdenir Rocha de Paulo, transferiu todo o gerenciamento administrativo e comercial da empresa a Ronaldo Eustáquio Cardoso, CPF 518.310.906-00, que foi de fato a pessoa que administrava e gerenciava a empresa e praticou os fatos relatados no termo de verificação.

III) Relativamente aos anos-calendários de 2004 e 2005, a empresa apurou os impostos e contribuições na forma do Simples, apresentando as respectivas declarações anuais simplificadas.

IV) A autoridade lançadora apurou – a partir do exame dos livros Registro de Apuração do ISS e Registro de Apuração do ICMS (fls. 82/95) e das notas fiscais emitidas (fls. 96/120) – que os valores das receitas mensais auferidas no ano-calendário de 2004 (total de R\$ 8.210.205,99) eram superiores aos informados na respectiva declaração do Simples de fls. 121/138 (total de R\$ 116.433,36), conforme tabelas I, II e III de fls. 72/80.

V) Questionado a respeito das divergências, o preposto e administrador da empresa, Ronaldo Eustáquio Cardoso, alegou apenas que os livros poderiam ter sido escriturados com alguns erros, pois determinadas vendas apontadas nos livros não se realizaram de fato, tendo a mercadoria retornado para ser direcionada a outro estabelecimento da empresa compradora, sem a devida emissão da nota fiscal de devolução de venda. No entanto, ele não apresentou documentação hábil e idônea para comprovar suas alegações.

A ação fiscal foi encerrada parcialmente, tendo sido objeto de lançamento os valores dos impostos e contribuições que deixaram de ser recolhidos na forma do Simples relativamente ao ano-calendário de 2004, acrescidos de multa de ofício no percentual de 75% e juros de mora.

Também foi lançada a multa de que trata o art. 21 da Lei nº 9.317, de 1996, relativa à falta de comunicação obrigatória da exclusão do Simples, por auferimento de receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 no ano-calendário de 2004.

Para fins de exclusão da interessada do Simples a partir do ano-calendário de 2005, a autoridade lançadora formalizou a representação fiscal objeto do processo administrativo de nº 15504.022315/2008-70 (fls. 152).

Notificada do lançamento, por intimação pessoal, em 26/12/2008 (sexta-feira), a interessada, em 27/01/2009, apresentou impugnação às fls. 157/179, instruída com os documentos de fls. 180/331. Às fls. 149 e 154, constam instrumentos de procuração. Suscita, em resumo, as seguintes razões de defesa:

a) Como a autuação se baseia em causa de exclusão da pessoa jurídica do Simples, deveria ter sido precedida (no mínimo acompanhada) do respectivo ato declaratório executivo e, não o tendo sido, incorre em nulidade, nos termos da jurisprudência do Conselho de Contribuintes.

b) A autuação é inválida por ter havido deslocamento ilegal do ônus da prova. Consta do termo de verificação que o administrador da impugnante “não apresentou

nenhuma documentação hábil e idônea para comprovar suas alegações”. O fisco atribuiu à impugnante o dever de comprovar a inexistência de receitas, enquanto cabia a ele comprovar sua efetiva existência. Ainda que se admitisse o deslocamento do ônus da prova, deveria ser este expressamente previsto na legislação relativa ao Simples. Inexistindo tal previsão, impossível ao fisco fazê-lo.

c) A autuação é inválida por não ter sido comprovada a receita efetivamente auferida. As informações contidas nos livros Registro de Apuração do ISS e Registro de Apuração do ICMS não fazem prova de auferimento de receita, mas apenas fazem prova da realização das operações que constituem o fato gerador daqueles impostos, quais sejam, a saída de mercadorias e a prestação de serviços. Pode muito bem acontecer de uma mercadoria ser vendida ou um serviço ser prestado, e o cliente não realizar o respectivo pagamento ao vendedor/prestador. A formalização da ocorrência dos fatos geradores do ICMS e do ISSQN consiste em meros indícios de receita auferida, demandando a colheita de provas cabais por parte da fiscalização, o que não ocorreu no presente caso. As provas poderiam ter sido feitas pela demonstração de sinais exteriores de riqueza, ou seja, como a suposta receita foi utilizada pela impugnante em suas atividades.

d) A autuação é inválida por ter sido utilizada prova emprestada, contrariando o art. 199 do CTN. O primeiro vício consiste na falta de lei ou convênio possibilitando o uso, pelo fisco federal, de informações próprias de impostos estaduais e municipais para efetuar lançamento do Simples. Além disso, não pode o fisco reportar-se à prova emprestada como único meio de convencimento. A fiscalização não se ocupou em reunir outros elementos que comprovassem a receita. Os livros de ICMS e ISS podem conter irregularidades a serem corrigidas pela fiscalização estadual e municipal, o que poderia inclusive beneficiar o contribuinte. Não se tributa a escrituração, e sim o fato gerador efetivamente ocorrido na realidade. É ilegal o lançamento fundado em prova emprestada e despida de certeza.

e) Sucessivamente, caso admitida a exclusão do Simples, a autuação é inválida, dada a impossibilidade de utilização da receita bruta como base de cálculo da contribuição para a seguridade social (INSS). A receita bruta é elemento totalmente estranho à apuração dessa contribuição, que tem como base a folha de pagamentos. A tomada da receita bruta como base de cálculo da contribuição é excessiva, verdadeira pena contra a impugnante. O tributo não pode consistir em sanção de ato ilícito, com ofensa ao conceito de tributo posto no art. 3º do CTN. E a Constituição Federal veda a utilização de tributo com efeito de confisco. No mínimo, e sucessivamente, deve o crédito tributário ser reduzido pela utilização da base de cálculo prevista no art. 22, I, da Lei 8.212, de 1991.

f) Ainda sucessivamente, devem ser excluídos da base de cálculo do Simples, consistente na receita, os valores destacados nas notas fiscais da impugnante relativamente ao ICMS, pois não constituem receita da impugnante, mas sim do Estado de Minas Gerais.

g) Em último caso, deve-se, no mínimo, reduzir a multa de 75%, já que confiscatória, contrariando totalmente o art. 150, IV, da Constituição Federal de 1988, nos termos de farta jurisprudência pátria.

Requer perícia, formulando os seguintes quesitos: 1) Qual o valor das remunerações pagas pela Impugnante em remuneração a trabalhos e serviços a ela prestados no ano de 2004?; 2) Considerando a resposta supra, qual seria o valor devido a título de contribuição para a seguridade social nos termos do art. 22, inciso I, da Lei 8.212/91?; e 3) Quais são os valores do ICMS destacados nas notas fiscais emitidas pela Impugnante no ano de 2004?.

Processo nº 15504.022315/2008-70

Tendo em vista o despacho decisório do Chefe do Serviço de Orientação e Análise Tributária da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Belo Horizonte de fls. 20/23 – que acolheu a representação formalizada, conforme já relatado, pela autoridade lançadora (fls. 01) –, a Delegada da Receita Federal do Brasil em Belo Horizonte, por meio do Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 52/2009, de 31/03/2009 (fls. 24), declarou a exclusão da interessada do Simples, por incorrer em situação de vedação, ao auferir, no ano-calendário de 2004, receita bruta anual superior ao limite permitido, nos termos do art. 9º, II, da Lei nº 9.317, de 1996. Declarou ainda que a exclusão surtiria efeitos a partir de 01/01/2005, nos termos do art. 14, I, e art. 15, IV e §3º, da Lei nº 9.317, de 1996.

A ciência do ADE deu-se, por via postal, em 07/04/2009, conforme aviso de recebimento de fls. 24 – verso. Em 07/05/2009, a interessada apresentou a impugnação de fls. 25/42, instruída com os documentos de fls. 43/60, suscitando, em resumo, as seguintes razões de defesa:

a) O ADE é inválido por não ter sido comprovada a receita efetivamente auferida e por ter sido utilizada prova emprestada despida de certeza, contrariamente ao princípio da legalidade tributária e ao disposto nos arts. 142 e 199 do CTN.

b) O ADE é inválido também por não ter sido apurada de forma correta a receita, incluindo-se nela valores que não foram auferidos pela interessada, notadamente os valores destacados nas notas fiscais relativamente ao ICMS e ISS.

Processo nº 15504.011137/2010-76

Os autos de infração objeto desse processo, lavrados em 24/06/2010, formalizam, em relação à interessada, a exigência de crédito tributário no valor total de R\$ 2.882.831,23, conforme demonstrativo que se segue:

Tais lançamentos resultaram do mesmo procedimento fiscal que havia sido encerrado parcialmente em relação ao ano-calendário de 2004, e que, após a exclusão de ofício da interessada do Simples a partir de 01/01/2005 (fls. 61), teve continuidade em relação ao ano-calendário de 2005.

Consta do termo de verificação de fls. 37/41, em resumo, que:

I) Novamente a interessada foi pessoalmente intimada a apresentar os livros e documentos contábeis e fiscais do ano-calendário de 2005, bem como a Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) desse ano, com a apuração dos impostos e contribuições pelo lucro real (fls. 54). Como aconteceu em relação à apuração dos impostos e contribuições de 2004, não foram entregues os livros Diário, Razão e Lalur, tampouco o livro Caixa. Foram entregues apenas os livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, bem como notas fiscais de vendas de serviços e mercadorias.

II) A autoridade lançadora elaborou as tabelas I e II (fls. 42/49), relacionando todas as notas fiscais de vendas de serviços e de mercadorias e as respectivas receitas de vendas, bem como as devoluções/cancelamentos de vendas. Todas as notas fiscais relacionadas foram escrituradas no livro Registro de Saídas nº 6 e serviram de base para a apuração do ICMS devido no livro Registro de Apuração do ICMS nº 6 (fls. 84/87). A interessada foi novamente intimada, em 27/05/2010, a entregar os livros com a contabilização da receita auferida, bem como a se manifestar sobre as tabelas, mas não houve resposta (fls. 55).

III) Em virtude da não entrega dos livros Diário e Razão ou, opcionalmente, no caso de apuração pelo lucro presumido, do livro Caixa, a autoridade lançadora apurou os impostos e contribuições pelo lucro arbitrado, como previsto no art. 530, III, do Regulamento do Imposto de Renda, de 1999.

IV) Realizou-se circularização, por amostragem, junto aos principais clientes apontados nas notas fiscais, que confirmaram os respectivos pagamentos, juntando a documentação comprobatória que deu origem ao Anexo I. A amostragem representou um total de 117 notas fiscais no valor de R\$ 5.817.342,76, correspondendo a 14,9% do total das notas fiscais e 43,3% do valor das operações, e está sumarizada na tabela III (fls. 50).

V) A tabela IV (fls. 51) demonstra a receita de venda de serviços e mercadorias apurada com base nas notas fiscais apresentadas, de cujo total (R\$ 13.474.829,21), para fins de apuração dos impostos e contribuições, não deve ser descontada a parcela informada na declaração do Simples anteriormente apresentada (R\$ 239.347,95), uma vez que a opção para o ano-calendário de 2005 foi indevida.

VI) A adoção pela interessada, durante os 24 meses do período fiscalizado (anos-calendários de 2004 e 2005), da prática dolosa, usual, frequente e rotineira da não apuração e do não pagamento dos impostos e contribuições devidos em seus valores integrais, mediante a informação na declaração do Simples de receitas em montantes significativamente inferiores àqueles escriturados nos livros Registro de Apuração do ICMS, sem uma justificativa plausível, bem como a constituição da empresa de forma fraudulenta em nome de “laranja” para resguardar a pessoa que era seu sócio-proprietário de fato ensejam a qualificação da multa de ofício.

Em 29/06/2010, Ronaldo Eustáquio Cardoso teve ciência pessoal dos autos de infração, bem como do termo de sujeição passiva solidária de fls. 56/57, que lhe atribui responsabilidade solidária, nos termos do art. 124 do CTN, pelo crédito tributário objeto dos processos de ns. 15504.022318/2008-11 e 15504.011137/2010-76, uma vez que “a empresa fiscalizada, embora registrada no nome de Valdenir Rocha de Paulo, CPF 046.237.556-06, era administrada e gerenciada por Ronaldo Eustáquio Cardoso, seu verdadeiro dono, e que dela se utilizava e se beneficiava de seus resultados”.

Em 26/07/2010, a interessada apresentou as impugnações de fls. 101/129, 222/247, 290/318 e 415/437, instruídas, respectivamente, com os documentos de fls. 130/219, 248/289, 319/412 e 438/479. Nessa mesma data, Ronaldo Eustáquio Cardoso apresentou contra o termo de sujeição passiva solidária a impugnação de fls. 480/491, instruída com os documentos de fls. 492/528. A seguir, são resumidas e consolidadas as razões de defesa suscitadas nas referidas peças impugnatórias, todas subscritas pelo mesmo advogado:

a) Os lançamentos são nulos por ausência de certeza quanto à exclusão do Simples para o ano de 2005. Apenas com o final do processo administrativo nº 15504.022315/2008-70, em caso de rejeição da impugnação e recursos apresentados pela impugnante, é que se terá um ato de exclusão provido de relativa certeza.

b) Não houve prova, pelo fisco, do auferimento das receitas utilizadas para o lançamento dos tributos. As informações contidas nos livros destinados à fiscalização do ISSQN e do ICMS não fazem prova do auferimento de receita, apenas fazem prova da realização das operações que constituem o fato gerador daqueles tributos, quais sejam, a saída de mercadorias e a prestação de serviços.

c) O fisco federal só poderia ter acesso a tais informações com autorização de lei ou convênio, nos termos do art. 199 do CTN. A utilização desses livros constitui uso de prova emprestada. Não pode o fisco reportar-se à prova emprestada como único meio de convencimento, como ocorreu no presente caso, pois a fiscalização não se ocupou em reunir outros elementos que comprovassem a receita, tais como os sinais exteriores de uso dessa receita. Os livros de ICMS e ISS podem conter irregularidades a serem corrigidas pela fiscalização estadual e municipal, carecendo assim da certeza necessária a se comprovar o auferimento das receitas.

d) Não pode o fisco inverter o ônus da prova para o contribuinte, o que faz ao alegar que não houve manifestação da empresa quando intimada a confirmar as operações indicadas nas notas fiscais, bem como a informar se a receita de alguma daquelas operações não tenha sido de fato recebida. Também não se pode exigir do contribuinte prova negativa.

e) Qual o motivo que permite que se presuma que todas as operações foram realizadas, a partir da confirmação de apenas 14,9% delas? A quais critérios estatísticos se refere a fiscalização? Nenhum, pois não foram demonstrados. Está-se diante de uma presunção simples, sem previsão na legislação, que não pode validamente suportar o lançamento, em razão do princípio da legalidade.

f) O § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, que alargou a base de cálculo do PIS e da Cofins para alcançar a receita bruta, foi julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pois o texto constitucional mencionava somente faturamento e não totalidade das receitas. A Emenda Constitucional nº 20, de 1998, alterou o art. 195 para fazer nele constar a possibilidade de tributação da receita. Com base nessa alteração, foram editadas a Lei nº 10.637, de 2002 (PIS), e a Lei nº 10.833, de 2003 (Cofins), trazendo novamente a previsão da receita bruta como base de cálculo das contribuições. Entretanto, o regime dessas leis não se aplica à impugnante, uma vez que elas são expressas na exclusão das pessoas jurídicas tributadas pelo lucro arbitrado. Na hipótese de prevalecer o desenquadramento do Simples, a única base de cálculo válida para a exigência do PIS e da Cofins é o faturamento.

g) Apenas podem ser validamente tributadas as receitas que comprovadamente ingressaram no patrimônio da impugnante de forma definitiva, acrescendo-lhe a expressão de forma positiva. Como apenas 43,3% dos valores foram confirmados e provados, apenas esse percentual pode validamente compor a base de cálculo do PIS e da Cofins. Da mesma forma, deve sofrer redução de 56,7% a receita considerada para fins de arbitramento do lucro tributável (IRPJ e CSLL).

h) Há ilegalidade na aplicação da multa qualificada de 150%. A divergência entre as declarações do contribuinte e os valores escriturados no livro de Registro de Apuração de ICMS sequer configuram omissão de receita. Ainda que se entenda que a situação configura uma omissão de receita, a divergência apurada demonstra tão somente uma falta de recolhimento, um inadimplemento da obrigação tributária, que não justificam a multa qualificada. É o que se vê da Súmula nº 14 aprovada pelo Pleno do Primeiro Conselho de Contribuintes na sessão de 20.06.2006. Além disso, a maior parte das receitas supostamente omitidas não foram objeto de comprovação cabal. A exasperação da multa só tem sentido nos casos de documentos ideologicamente falsos, materialmente falsos ou adulterados.

i) Inexiste constituição da empresa de forma fraudulenta em nome de laranja, o que afasta a multa qualificada de 150%. Não houve nenhuma fraude na conduta do Sr. Valdenir em outorgar a procuração, como autoriza o contrato social da empresa, e nem do Sr. Ronaldo em recebê-la e exercer os poderes ali conferidos. Tanto o meio

quanto a finalidade são lícitos. Segue em anexo declaração do próprio Sr. Valdenir, no qual o mesmo reafirma sua qualidade de sócio e justifica a nomeação do Sr. Ronaldo como procurador e administrador da sociedade (doc. 03), bem como a DIRPF do Sr. Valdenir, no qual resta declarado seu vínculo com a sociedade (doc. 04). A procuração foi outorgada por instrumento público. Não há nenhuma simulação, nenhum ato encoberto, nenhum laranja. A procuração outorgada afasta toda e qualquer alegação de que os atos praticados objetivaram afastar ou transferir a suposta responsabilidade tributária para prejudicar os interesses da Fazenda Pública, uma vez que o Sr. Ronaldo passou a ter poderes de gerência, possibilitando sua responsabilização, no caso de ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 135 do CTN.

j) Não há dever legal de que o sócio esteja presente no estabelecimento da empresa. Os supostos questionamentos a outros funcionários não podem ser utilizados como provas, pois não há indícios seguros de que tenham sido efetivamente realizados. Nenhum desses questionamentos foi reduzido por escrito, a fiscalização não identificou quem seriam esses funcionários e nem qual a posição que ocupam na empresa. Não há termo de intimação apontando em qual dos incisos do art. 197 do CTN estaria enquadrado o dever de tais funcionários prestar informações.

h) O crédito tributário referente aos períodos de janeiro a junho de 2005 já se encontrava extinto pela decadência quando da notificação do lançamento aqui combatido, pois esta se deu apenas em 24/06/2010, uma vez que houve pagamento antecipado a menor (doc. 05 – fls. 146/170), sem dolo, fraude ou simulação, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN. Do processo nº 15504.022318/2008-11, verifica-se que, diante da mesma situação de fato, a fiscalização limitou-se a lançar o valor do Simples com a multa de ofício de 75%. Ora, por que agora, diante dos mesmos elementos, conclui a fiscalização pela existência de fraude, aplicando a multa qualificada? A resposta é evidente: tenta a fiscalização deslocar o prazo decadencial para a regra do art. 173, I, do CTN e furtar-se da incidência do art. 150, § 4º, do CTN.

j) Os valores recolhidos no ano de 2005 pelo regime do Simples devem ser deduzidos do lançamento na proporção do art. 23 da Lei nº 9.317, de 1996, sob pena de duplicidade de exigência, intolerável bis in idem e ofensa direta à letra expressa do art. 150, §§ 2º e 3º, do CTN (doc. 05 – fls. 146/170).

k) O valor de ICMS e de ISSQN destacados nas notas fiscais não podem integrar a base de cálculo do PIS nem a da Cofins, por constituírem receitas de terceiros (do Estado e Município), que não podem ser equiparadas a receita própria que ingressa de forma positiva e efetiva no patrimônio do contribuinte (doc. 06 – fls. 171/219).

l) A responsabilização solidária do Sr. Ronaldo Eustáquio, com fundamento no art. 124 do CTN, é nula por ausência de motivação e equívoco no fundamento legal da responsabilidade. A responsabilidade tributária deve se fundar em uma das situações previstas nos arts. 128 a 135 do CTN, e apenas sua graduação em solidária é regulada pelo art. 124 do CTN. Ainda que se admitisse que a responsabilidade poderia se fundar exclusivamente no art. 124 do CTN, a imputação de solidariedade pretendida é nula por falta de motivação. A fiscalização não descreveu em nenhum momento onde residiria o interesse comum dos envolvidos na situação que configura o fato gerador dos tributos exigidos, nem apontou nenhum dispositivo de lei que designasse expressamente a responsabilidade pretendida. A responsabilidade do administrador depende da existência e prova, pela Fazenda Pública, de uma das

situações previstas no art. 135 do CTN. Nos termos da Súmula 430 do STJ, o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente. Demonstrado que a qualidade de sócio do Sr. Valdenir e de procurador do Sr. Ronaldo não implicam nenhuma fraude ou simulação, nenhuma acusação há no presente processo administrativo que não o inadimplemento da obrigação tributária pela não exclusão do Simples. Logo, não há prova de que o Sr. Ronaldo tenha agido culposamente no cometimento de alguma das condutas do art. 135 do CTN, motivo pelo qual é inválida a sua responsabilização.

m) O termo de sujeição passiva solidária tem natureza de lançamento, sendo cabível impugnação nos termos do art. 145, I, do CTN. O ano de 2004 já foi objeto de lançamento em processo anterior, no qual se identificou como sujeito passivo apenas a empresa contribuinte, de sorte que adicionar àquele lançamento um novo sujeito passivo, qual seja o Sr. Ronaldo, implica alterar o lançamento fora das hipóteses previstas no art. 149 do CTN. Ademais, como a ciência desse termo se deu apenas em junho de 2010, o crédito tributário constituído contra o Sr. Ronaldo referente ao período de 2004 já estava totalmente extinto pela decadência, nos termos do art. 156, V, do CTN.

A interessada requer perícia, formulando os seguintes quesitos: 1) Considerando apenas a receita bruta cujo efetivo recebimento foi comprovado pela fiscalização mediante informações colhidas junto aos clientes da impugnante, qual seria a expressão da base de cálculo da Cofins (e PIS/IRPJ/CSLL) aqui lançada?; 2) Qual o valor do ICMS e do ISSQN destacado nas notas fiscais utilizadas na apuração da base de cálculo da Cofins (e PIS)?; e 3) Já considerando a receita apurada na resposta ao quesito nº 1, poderia o sr. perito informar qual seria a base de cálculo da Cofins (e PIS) com a exclusão dos valores de ICMS e ISSQN apurados na resposta ao quesito nº 2?.

Em síntese o colegiado da DRJ/BHE decidiu, *verbis*:

a) Relativamente ao processo de nº 15504.022318/2008-11, julgar improcedente a impugnação, para indeferir o pedido de realização de perícia, rejeitar as arguições de nulidade e manter integralmente o crédito tributário exigido.

b) Relativamente ao processo de nº 15504.022315/2008-70, julgar improcedente a impugnação, para rejeitar as arguições de nulidade e manter o ato de exclusão do Simples, com efeitos a partir de 01/01/2005.

c) Relativamente ao processo de nº 15504.011137/2010-76, julgar parcialmente procedentes as impugnações para:

c.1) indeferir o pedido de realização de perícia e rejeitar as arguições de nulidade;

c.2) cancelar o termo de sujeição passiva solidária lavrado em nome de Ronaldo Eustáquio Cardoso;

c.3) manter os percentuais da multa de ofício e o cálculo dos juros tal como foram lançados;

c.4) manter parcialmente a exigência de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, reduzindo os seus valores nos termos indicados na conclusão do voto do relator.

Em face da exclusão da responsabilidade do responsável solidário arrolado, a DRJ/BHE interpôs recurso de ofício.

Cientificado em 05/01/2011 (AR, fls. 403), a contribuinte principal apresentou recurso voluntário em 31/01/2011, no qual repete as razões de impugnação e refuta as conclusões da decisão de primeiro grau, alegando em síntese:

a) a decadência do direito de confirmar o auto de infração do SIMPLES (Processo 15504022318/2008-11) e o ADE 052/2009 (Processo 15504.022315I2008-70) e a conseqüente invalidade do Processo 15504.011137I2010-76, tendo em vista que as impugnações referente aos dois primeiros processos foram apresentadas em 27/01/2009 e 07/05/2009, respectivamente e só foram apreciadas em 23/09/2010, quando foi proferido o acórdão recorrido;

b) que, de acordo com o disposto no art. 24 da Lei nº 11.457/07, o Fisco dispunha do prazo de 360 dias para proferir a decisão confirmando o lançamento relativo ao ano de 2004 e a conseqüente exclusão do Simples;

c) que a referida lei estabelece um prazo para que a Fazenda Pública se pronuncie sobre a pretensão do contribuinte de ver anulado o ato administrativo e que o silêncio da Administração Pública consistente na não-apreciação da impugnação no prazo acarreta o atendimento ao pleito do contribuinte, conforme doutrina de Hugo de Brito Machado e Celso Antonio Bandeira de Melo, que cita;

d) que tendo expirado o prazo de 360 dias sem que tenha sido proferida nenhuma decisão no Processo 15504022318/2008-11, está decaído o direito da Fazenda Pública de confirmar o auto de infração do SIMPLES, extinguindo-se o crédito tributário;

e) e que, como também se perdeu o prazo para confirmar a exclusão do SIMPLES, operada pelo ADE 052/2009 (Processo 15504.022315/2008-70), deve ser anulado também os Autos de Infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS lavrados no Processo 15504011137/2010-76.

f) Que é nulo o auto de infração lavrado no Processo 15504.022318/2008-11 por ausência de prévio Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES, pois se os tributos são exigidos na suposta receita auferida e não declarada, e se este fato enseja a exclusão do SIMPLES, a certeza necessária a sua formalização passa pela prévia edição do ato declaratório.

g) Que são nulos dos autos de infração lavrados nos Processos 15504.022318/2008-11 e 15504.011137/2010-76 em razão da ausência de pronunciamento definitivo sobre o ato declaratório.

h) Que são inválidos os autos de infração e o ADE por ausência de prova quanto à receita auferida, sendo insuficiente a mera emissão da nota fiscal ou o registro nos livros de apuração de ICMS e ISSQN, incumbindo ao Fisco demonstrar a sua efetiva entrada dos recursos na pessoa jurídica;

i) que pode ocorrer de uma mercadoria ser vendida, ou um serviço ser prestado, e o cliente não realizar respectivo o pagamento ao vendedor/prestador e, embora a operação seja registrada nos livros, a receita não será auferida por inadimplência do comprador ou tomador;

j) que não se admite a utilização de prova emprestada do Fisco Estadual, sendo esta somente possível mediante lei ou convênio possibilitando seu uso;

k) que admitir que as notas fiscais sirvam como prova do auferimento da receita é inverter o ônus da prova ao contribuinte, exigindo-lhe prova negativa o que é rechaçado pela doutrina e jurisprudência que cita;

l) que, em consequência de não ter havido prova cabal da receita auferida, deve ser declarada a:

a) **Processo 15504.022315/2008-70:** invalidade do ADE 052/2009, pois fundamenta a exclusão no auferimento de receita em montante superior ao limite para manutenção no SIMPLES, o que automaticamente leva à invalidade dos autos de infração lavrados nos outros dois processos, pois decorrem da referida exclusão;

b) **Processo 15504022318/2008-11:** invalidade do auto de infração de SIMPLES, pois não comprovada a receita auferida que serviu de base de cálculo da autuação;

c) **Processo 15504011137/2010-76:** necessidade de redução do crédito tributário, para considerar como receita para fins de composição da base de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS apenas 43,3% do total utilizado no lançamento, pois apenas essa porcentagem foi comprovada como receita efetivamente auferida.

m) que é incabível a aplicação da multa qualificada, pois não restou comprovado o intuito doloso e que a acusação de prática reiterada não o caracteriza e que foi afastada pelo acórdão recorrido a acusação de interposição de pessoa no quadro social da recorrente;

n) que não houve sonegação, pois ausente o intuito de impedir o conhecimento do Fisco, mas mero erro, uma vez que todas as operações foram registradas nos documentos fiscais relativos ao ICMS e ISSQN, incidindo no disposto na Súmula nº 14 do 1ºCC.

o) Que afastando-se a multa qualificada por ausência de dolo, há que ser reconhecida a decadência parcial do lançamento relativo ao ano-calendário 2005, pela aplicação do disposto no art. 150, § 4º do CTN, uma vez que houve o pagamento antecipado dos tributos lançados por meio do sistema Simples.

p) Que o ICMS e o ISS não podem integrar a base de cálculo do Simples, PIS e Cofins, por constituírem receitas de terceiros (do Estado e Município), que não pode ser equiparada a receita própria que ingressa de forma positiva e efetiva no patrimônio do contribuinte, conforme doutrina e jurisprudência que cita.

Ao final, requer que seja dado provimento ao recurso voluntário, para:

a) reformar o acórdão para invalidar os lançamentos e o ADE 052/2009, pelos fundamentos acima expostos;

b) subsidiariamente determinar a redução do crédito tributário no Processo 15504.011137/2010-76 de forma a considerar como receita auferida para fins da base de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS apenas os 43,3% efetivamente comprovados;

Processo nº 15504.022318/2008-11
Acórdão n.º **1302-002.977**

S1-C3T2
Fl. 457

c) ainda subsidiariamente, para excluir o ICMS e o ISSQn da base de cálculo do SIMPLES, PIS e COFINS nos Processos 15504.022315/2008-70 e 15504011137/2010-76.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado - Relator

Trata-se de recurso voluntário e de ofício a serem apreciados.

Recurso Voluntário

O recurso voluntário interposto pelo sujeito passivo principal é tempestivo e atende aos pressupostos legais e regimentais. Assim, deve ser conhecido.

1. Das alegações preliminares

A recorrente suscita diversas preliminares que se acolhidas invalidariam o lançamento.

Inicialmente, alega a decadência do direito de confirmar o auto de infração do SIMPLES (Processo 15504022318/2008-11) e o ADE 052/2009 (Processo 15504.022315I2008-70) e a conseqüente invalidade do Processo 15504.011137I2010-76, tendo em vista que as impugnações referente aos dois primeiros processos foram apresentadas em 27/01/2009 e 07/05/2009, respectivamente e só foram apreciadas em 23/09/2010, quando foi proferido o acórdão recorrido.

Suscita a aplicação do disposto no art. 24 da Lei nº 11.457/2007, sustentando o entendimento de que tal norma fixa um prazo para a administração se pronunciar sobre sua impugnação, findo o qual, sem manifestação, decairia o direito da Fazenda Pública de confirmar o lançamento.

O referido dispositivo da Lei nº 11.457/2007, assim dispõe:

Art. 24.

É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

A referida regra, conquanto estabeleça um prazo para o proferimento de decisões administrativas, não fixou quaisquer sanções ou penalidades pelo seu descumprimento pela administração tributária, muito menos estabeleceu como consequência a "decadência" ou a preclusão de seu poder/dever de se manifestar nos processos administrativos fiscais instaurados.

Verifica-se que o Poder Judiciário tem extraído alguns efeitos concretos da referida norma nos casos em que os pedidos de restituição/ressarcimento apresentados pelo sujeito passivo não tenham sido apreciados no prazo de 360 dias de seu protocolo, determinando a aplicação de correção monetária sobre créditos escriturais do contribuinte a partir desta data.

É o que se constata na jurisprudência do STJ, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457/07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, in verbis: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

2. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade. (Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, Dje 26/06/2009; REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008; Resp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 19/12/2005)

3. O processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 - Lei do Processo Administrativo Fiscal-, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte.

4. Ad argumentandum tantum, dadas as peculiaridades da seara fiscal, quiçá fosse possível a aplicação analógica em matéria tributária, caberia incidir à espécie o próprio Decreto 70.235/72, cujo art. 7º, § 2º, mais se aproxima do thema judicandum, in verbis: "Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001)

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;

III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.

§ 1º 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.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos."

5. *A Lei n.º 11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo dos pedidos, litteris:*

"Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte."

6. *Deveras, ostentando o referido dispositivo legal natureza processual fiscal, há de ser aplicado imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes.*

7. *Destarte, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07).*

8. *O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.*

9. *Recurso especial parcialmente provido, para determinar a obediência ao prazo de 360 dias para conclusão do procedimento sub judice. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (Recurso Especial Nº 1.138.206 - RS - Rel. Ministro Luiz Fux - 09/08/2010)*

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS/COFINS. PEDIDO DE RESSARCIMENTO. APROVEITAMENTO OBSTACULIZADO PELO FISCO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. 1. A Primeira Seção desta Corte Superior, no julgamento do Resp 1.035.847/RS, sob o rito do art. 543-C do CPC/73, firmou entendimento no sentido de que o crédito presumido de IPI enseja correção monetária quando o gozo do creditamento é obstaculizado pelo fisco.

2. *Nos termos do art. 24 da Lei nº 11.457/07, a administração deve obedecer ao prazo de 360 dias para decidir sobre os*

pedidos de ressarcimento, conforme sedimentado no julgamento do Resp 1.138.206/RS, submetido ao rito do art. 543-C do CPC/73; sendo que "a correção monetária de ressarcimento de créditos ocorre após o prazo de 360 dias para análise do pedido administrativo" (AgRg nos EREsp 1490081/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 24/6/2015, DJe 1º/7/2015). Precedentes: AgInt no Resp 1581330/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, Dje 21/8/2017; AgInt no REsp 1585275/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 4/10/2016, DJe 14/10/2016.

3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1194811 / RS - Relator Ministro Sergio Kukina - 20/02/2018)

TRIBUTÁRIO. IPI. PIS/COFINS. PEDIDO DE RESSARCIMENTO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL.

1. Nos termos do art. 24 da Lei nº 11.457/07, a Administração deve observar o prazo de 360 dias para decidir os pedidos de ressarcimento, conforme sedimentado no julgamento do Resp 1.138.206/RS, submetido ao rito do art. 543-C do CPC/73.

2. A correção monetária de ressarcimento dos créditos ocorre após o prazo de 360 dias para análise do pedido administrativo de ressarcimento. Precedentes: ERESP 1.461.607/SC, Primeira Seção, Rel. para o acórdão Min. Sérgio Kukina, julgado em 22/2/2018, pendente de publicação; AgRg nos EREsp 1.490.081/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 24/6/2015, DJe 1º/7/2015; AgInt no ARESP 1.194.811/RS. Primeira Turma. Rel. Min. Sérgio Kukina. DJe 2/4/2018; AgInt no ARESP 1.659.494/RS. Primeira Turma. Rel. Min. Sérgio Kukina. DJe 27/3/2018; AgInt no REsp 1.581.330/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 21/8/2017; AgInt no REsp 1.585.275/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 4/10/2016, DJe 14/10/2016.

3. Agravo interno provido para negar provimento ao recurso especial. (AgInt no REsp 1229108 / SC - Ministro Benedito Gonçalves - 17/04/2018)

Não há, pois, como extrair da norma em debate os efeitos postulados pela recorrente.

Ante ao exposto, voto no sentido de rejeitar esta alegação.

A recorrente alega, na sequência, que é nulo o auto de infração lavrado no Processo 15504.022318/2008-11 por ausência de prévio Ato Declaratório de Exclusão do Simples, pois se os tributos são exigidos na suposta receita auferida e não declarada, e se este fato enseja a exclusão do Simples, a certeza necessária a sua formalização passa pela prévia edição do ato declaratório.

Desta feita, a recorrente quer estabelecer um rito prévio, inexistente em lei, para o lançamento da omissão de receitas apuradas pelo regime do Simples, que consistiria na emissão e apreciação de um Ato Declaratório de Exclusão prévio ao lançamento das ditas receitas omitidas, que por sua vez ensejariam a própria exclusão.

O silogismo da recorrente, além de carente de suporte na lei, não se sustenta na sua própria lógica, tendo o mesmo efeito do cão correndo atrás do próprio rabo, ou seja, por ele não se chega a lugar algum.

No caso, o lançamento de omissão de receitas é o pressuposto para a emissão do ADE para exclusão do Simples, tendo em vista a constatação de excesso em relação ao limite de receitas auferidas para permanência no regime especial de apuração.

Ante ao exposto, voto por rejeitar a alegação.

A recorrente alega ainda que seriam nulos dos autos de infração lavrados nos Processos 15504.022318/2008-11 e 15504.011137/2010-76 em razão da ausência de pronunciamento definitivo sobre o ato declaratório discutido no PA nº. 15504.022315/2008-70.

Como já salientado acima, o lançamento de omissão de receitas, do ano-calendário 2004, constante do PA nº 15504.022318/2008-11 é quem deu suporte à emissão do ADE discutido no PA nº. 15504.022315/2008-70, não dependendo deste, portanto, para a realização do lançamento.

Com relação ao lançamento efetuado com base em arbitramento de lucros do ano-calendário 2005, este sim decorre do Ato Declaratório de Exclusão nº 52/2009.

Não obstante a sua vinculação ao lançamento do ano-calendário 2004, o lançamento dos tributos devidos em face da exclusão do regime do Simples, independem da decisão definitiva quanto ao ADE, nos termos da Súmula CARF nº 77, *verbis*

Súmula CARF nº 77: A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.

Ante ao exposto, voto por rejeitar a alegação de nulidade dos lançamentos ora discutidos.

A recorrente alega, ainda, a ocorrência de decadência parcial do lançamento com relação ao ano-calendário 2010, ao pressuposto de que seria aplicável o disposto no art. 150, § 4º do CTN quanto ao prazo decadencial, uma vez ausente o intuito doloso de sonegar e a existência de pagamento antecipado pelo regime do Simples.

Como tal análise depende da discussão quanto à multa qualificada aplicada pela autoridade fiscal, reservo para o final do voto a sua conclusão.

2. Do mérito

No mérito, a recorrente alega que não são válidos os autos de infração e o ADE por ausência de prova quanto à receita auferida, sendo insuficiente a mera emissão da

nota fiscal ou o registro nos livros de apuração de ICMS e ISSQN, incumbindo ao Fisco demonstrar a efetiva entrada dos recursos na pessoa jurídica.

Sustenta que pode ocorrer de uma mercadoria ser vendida, ou um serviço ser prestado, e o cliente não realizar respectivo o pagamento ao vendedor/prestador e, embora a operação seja registrada nos livros, a receita não será auferida por inadimplência do comprador ou tomador.

Ressalta que não se admite a utilização de prova emprestada do Fisco Estadual, sendo esta somente possível mediante lei ou convênio possibilitando seu uso.

Alega que admitir que as notas fiscais sirvam como prova do auferimento da receita é inverter o ônus da prova ao contribuinte, exigindo-lhe prova negativa o que é rechaçado pela doutrina e jurisprudência .

O acórdão recorrido enfrentou bem estas questões, *verbis*:

1.2 – Omissão de receitas

De acordo com a interessada, a atuação seria inválida por não ter sido comprovada a receita efetivamente auferida, por utilização de prova emprestada despida de certeza, por ausência de lei ou convênio nos termos do art. 199 do CTN e por deslocamento ilegal do ônus da prova.

Não lhe assiste razão.

Com efeito, as tabelas de fls. 72/79 identificam, uma a uma, as notas fiscais cujos valores compuseram o montante da receita apurada pela autoridade lançadora.

Na “Tabela I – Notas fiscais de serviços e receitas de vendas de serviços” estão discriminados, relativamente a cada uma das notas fiscais de serviços, o número da nota, a data de emissão, a série, o cliente, e o valor total da nota. Estão ali identificadas, ainda, as notas canceladas, cujos valores foram desconsiderados na apuração do montante da receita.

Na “Tabela II – Receitas de venda de bens e mercadorias” estão discriminados, relativamente a cada uma das notas fiscais, o número da nota, a data de emissão, o código fiscal de operação e prestações, o cliente, o valor total da nota e a situação (“venda” ou “devolução de venda” ou “venda de sucata” ou “venda para entrega futura”). Os valores das notas de devolução foram deduzidos do montante da receita apurada.

Na “Tabela III – Receitas apuradas, declaradas e não-declaradas” são somados o valor da receita de venda de serviços (R\$ 17.205,40 – tabela I) e o da receita de venda de mercadorias (R\$ 8.193.000,59 – tabela II), obtendo-se o total da receita de vendas (R\$ 8.210.205,99). Desse total é deduzido o valor da receita declarada (R\$ 116.433,36), obtendo-se o da receita não declarada (R\$ 8.093.772,63). Tais valores referem-se todos ao total anual.

E cópias das notas fiscais de valores mais expressivos foram anexadas às fls. 98/120.

Assim, a receita auferida está, sim, efetivamente comprovada por meio das notas fiscais emitidas e apresentadas ao fisco pela própria interessada. Não se trata, pois, de prova emprestada, como se alega. Aliás, nem se tem notícia nestes autos de

que o fisco estadual ou o municipal tenham autuado a interessada por omissão de receitas, ou mesmo que tenham levado a efeito algum outro procedimento com base em tais provas.

Nem há necessidade de lei ou convênio para que o fisco federal se utilize de informações constantes dos livros fiscais que lhe são apresentados pelo próprio contribuinte, ainda que tais livros sejam relativos à apuração do ICMS ou ISS. A lei ou o convênio a que se refere o art. 199 do CTN são instrumentos que regulam a forma em que os entes federativos prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, o que não ocorreu no caso. Confira-se:

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

Quanto ao argumento de que uma mercadoria pode ser vendida ou um serviço ser prestado, e o cliente não realizar o respectivo pagamento, cabe ponderar que o art. 5º da Lei 9.317, de 1997, dispõe que o valor devido mensalmente pelo contribuinte inscrito no Simples será determinado mediante a aplicação dos percentuais ali previstos sobre a receita bruta mensal auferida, ou seja, basta que a receita tenha sido auferida, independentemente de recebimento:

Art. 5º O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES, será determinado mediante a aplicação, sobre a receita bruta mensal auferida, dos seguintes percentuais:

E não houve nenhum deslocamento do ônus da prova, ou mesmo exigência de prova negativa. Como visto, a autoridade lançadora, tendo em vista os dados constantes das notas fiscais e livros que lhe foram apresentados, apurou a receita auferida. Se as informações contidas em tais documentos não correspondem à realidade, incumbe à interessada tal comprovação. Nos termos do art. 226 da Lei nº 10.406, de 2002, tais livros fazem prova contra si, cabendo-lhe, se for o caso, ilidi-la pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos:

Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

Parágrafo único. A prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos.

Penso que os fundamentos lançados no acórdão recorrido já são suficientes para refutar as alegações da recorrente.

A se aduzir apenas que a regra geral para o reconhecimento das receitas pelas pessoas jurídicas é o regime de competência, de modo que a simples emissão das notas fiscais, que espelham o faturamento da empresa, é por si só um elemento seguro para identificar a receita da pessoa jurídica.

Trata-se de prova direta, de valor indiscutível. Sua desconstituição por parte da fiscalizada, dependeria da comprovação do cancelamento da operação ou da devolução total ou parcial das mercadorias ou da não aceitação dos serviços vendidos pelos clientes.

No tocante à validade da nota fiscal para fins de comprovação da receita, a legislação estadual regula sua emissão, mas no âmbito federal a sua emissão também é obrigatória, tanto que a legislação prevê que a falta de sua emissão ou sua emissão em desacordo com a legislação caracteriza omissão de receitas, conforme dispõe o art. 283 do RIR/1999, *verbis*:

Art. 283. Caracteriza omissão de receita ou de rendimentos, inclusive ganhos de capital, a falta de emissão de nota fiscal, recibo ou documento equivalente, no momento da efetivação das operações de venda de mercadorias, prestação de serviços, operações de alienação de bens móveis, locação de bens móveis e imóveis ou quaisquer outras transações realizadas com bens ou serviços, bem como a sua emissão com valor inferior ao da operação (Lei nº 8.846, de 1994, art. 2º).

A questão relacionada ao efetivo recebimento só ganharia relevo se a empresa autuada, ora recorrente, tivesse optado pelo reconhecimento da receita pelo regime de caixa, o que é expressamente facultado pela IN. SRF. Nº 355/2003, *verbis*:

Art. 4º Considera-se receita bruta, para os fins de que trata esta Instrução Normativa, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

§ 1º Ressalvado o disposto no caput, para fins de determinação da receita bruta apurada mensalmente, é vedado proceder-se a qualquer outra exclusão em virtude da alíquota incidente ou de tratamento tributário diferenciado (substituição tributária, diferimento, crédito presumido, redução de base de cálculo, isenção) aplicáveis às pessoas jurídicas não optantes pelo regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, de que trata esta Instrução Normativa.

§ 2º Para fins de determinação da receita bruta auferida, poderá ser considerado o regime de competência ou de caixa, mantido o critério para todo o ano-calendário.

Ocorre que, no presente caso, a contribuinte, ora recorrente, sequer apresentou à fiscalização o livro caixa escriturado que pudesse demonstrar que optou pela tributação das receitas pelo regime de caixa nos anos-calendário 2004 e 2005.

Aliás, também não trouxe aos autos quaisquer elementos no sentido de demonstrar que as receitas decorrentes das notas fiscais por ela emitidas não foram recebidas ou o foram em outro período de apuração e nem sequer demonstrou quais as receitas

efetivamente teria oferecido à tributação, o que o fez por valores muito inferiores à receita espelhadas nas notas fiscais emitidas e registrada em seus livros fiscais.

Ante ao exposto, não há reparos ao procedimento fiscal no que tange à apuração das receitas efetivamente apuradas, tendo trazido aos autos todos os elementos necessários à sua identificação.

Como já ressaltado, diante dos elementos coligidos pela fiscalização nos próprios livros e documentos fiscais da recorrente, caberia a esta trazer aos autos elementos capazes de desconstituí-los. Não o tendo feito, suas alegações revelam mero inconformismo com a autuação.

Assim, deve ser mantida a atuação relativa ao ano-calendário de 2004, objeto formalizado neste processo e, em consequência, configurado que o contribuinte auferiu receitas que ultrapassaram naquele ano o limite permitido para permanência no Simples, nos termos do art. 9º, inc. II da Lei nº 9.317/1996, também deve ser confirmado o ADE DRF/BHE nº 052/2009, de 31 de março de 2009, que determinou a exclusão do contribuinte do Simples a partir de 01/01/2005.

Com relação à exigência relativa ao ano-calendário 2005, a recorrente além de contestar o lançamento pelo lucro arbitrado realizado em face da sua exclusão do Simples, o que já foi devidamente apreciado, apresenta as mesmas razões de irresignação quanto à utilização, pela autoridade fiscal, das notas fiscais e de sua escrita fiscal para apuração da receita auferida a ser tributada.

Tais alegações também já foram devidamente apreciadas e afastadas, de modo que seu pedido subsidiário no sentido de que seja determinada a redução do crédito tributário no Processo 15504.011137/2010-76, considerando como receita auferida para fins da base de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS apenas os 43,3%, cujos recebimentos foram efetivamente comprovados pela fiscalização, também não pode ser acatado.

Como acima analisado, a regra geral para o reconhecimento das receitas pelas pessoas jurídicas é o regime de competência, de modo que a simples emissão das notas fiscais, que espelham o faturamento da empresa, é por si só um elemento seguro para identificar a receita da pessoa jurídica e, também com relação ao ano-calendário 2005, o contribuinte não apresentou livro Caixa escriturado identificando quais receitas teriam sido oferecidas a tributação pelo regime de caixa.

Além disso, como bem destacou a autoridade fiscal em seu TVF, no lucro arbitrado não existe a hipótese de tributação das receitas auferidas pelo regime de caixa. Conforme estabelecia a, então vigente, IN.SRF. nº 93/1997, em seu art. 41, § 2º o lucro arbitrado será determinado pelo período de competência.

Desta feita, deve ser mantido o valor principal do lançamento dos tributos apurados com base no lucro arbitrado no ano-calendário 2005.

Pelo exposto, voto no sentido de manter integralmente o mérito das exigências dos anos-calendário 2004 e 2005, nos termos ajustados pelo acórdão recorrido, e pela manutenção do Ato Declaratório de Exclusão do Simples a partir de 01/01/2005.

4. Da multa qualificada

A recorrente alega que é incabível a aplicação da multa qualificada, pois não restou comprovado o intuito doloso e que a acusação de prática reiterada não o caracteriza e que foi afastada pelo acórdão recorrido a acusação de interposição de pessoa no quadro social da recorrente;

Assevera que não houve sonegação, pois ausente o intuito de impedir o conhecimento do Fisco, mas mero erro, uma vez que todas as operações foram registradas nos documentos fiscais relativos ao ICMS e ISSQN, incidindo no disposto na Súmula nº 14 do 1ºCC.

A multa qualificada somente foi aplicada com relação ao ano-calendário 2005, tendo a autoridade fiscal assim justificado sua aplicação no Termo de Verificação Fiscal:

26. Destacamos que a conduta do contribuinte neste caso, comprovada no curso da ação fiscal, na qual, durante todos os 24 meses do período fiscalizado (AC 2004 e 2005), este adotou a prática dolosa usual fregüente e rotineira, da não apuração e do não pagamento dos impostos e contribuições devidos em seus valores integrais, mediante a declaração, na DIPJ Simplificada, de valores de receitas em montantes significativamente inferiores àqueles escriturados nos livros Registro de Apuração do ICMS, sem uma justificativa plausível, bem como a constituição da empresa de forma fraudulenta em nome de “laranja” para resguardar a pessoa que era seu sócio-proprietário de fato ensejam a qualificação da multa de ofício como prevista no art. 44 I combinado com o parágrafo 1º da lei 9.430/96, com a redação dada pela lei 11.488/2007.

O acórdão recorrido assim se pronunciou para manter a multa qualificada aplicada sobre as exigências do ano-calendário 2005:

A aplicação da multa de ofício no percentual de 150%, relativamente aos fatos geradores ocorridos entre 01/01/1997 e 21/01/2007, estava prevista no art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996, em sua redação original:

[...]

Por sua vez, os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, dispõem que:

[...]

Conforme já exposto no item 3.1, não se comprovou a existência de interposição, um dos fundamentos para a qualificação (sic) da multa aplicada.

Entretanto, estando caracterizada a omissão de receita (ver item 3.4), cumpre verificar se ficou efetivamente demonstrada a ocorrência de algum dos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, como asseverou a autoridade lançadora.

Não há dúvida de que, no caso dos autos, não se trata de simples omissão de receita ou de declaração inexata, por erro de fato no preenchimento da declaração, ou com caráter isolado ou eventual.

De fato, tem-se, na espécie, a prática reiterada de omitir receita, mês a mês, durante todo o período fiscalizado, tendo sido declarado, de forma sistemática, valores muito abaixo dos reais – em média, menos de 2% das receitas eram declaradas mensalmente, consoante a seguir demonstrado:

Ano-calendário 2004	Receitas Apuradas (R\$)	Receitas Declaradas (R\$)	Percentual Declarado
Janeiro	677.272,20	9.618,28	1,42%
Fevereiro	339.903,04	8.972,80	2,64%
Março	471.253,38	9.153,45	1,94%
Abril	357.906,04	9.943,00	2,78%
Maio	94.136,70	9.377,50	9,96%
Junho	143.264,00	9.218,00	6,43%
Julho	658.615,75	10.107,78	1,53%
Agosto	934.529,90	10.086,30	1,08%
Setembro	231.383,86	9.875,90	4,27%
Outubro	466.669,69	9.472,35	2,03%
Novembro	520.686,07	9.788,00	1,88%
Dezembro	3.314.585,36	10.820,00	0,33%
Total	8.210.205,99	116.433,36	1,42%

Ano-calendário 2005	Receitas Apuradas (R\$)	Receitas Declaradas (R\$)	Percentual Declarado
Janeiro	1.850.160,17	9.745,80	0,53%
Fevereiro	2.481.486,42	9.514,50	0,38%
Março	933.550,28	10.150,00	1,09%
Abril	386.489,38	10.350,00	2,68%
Maio	848.009,30	9.937,40	1,17%
Junho	1.038.529,08	18.754,25	1,81%
Julho	631.328,39	19.325,00	3,06%
Agosto	390.426,32	19.215,00	4,92%
Setembro	1.391.045,48	19.440,00	1,40%
Outubro	622.464,24	20.876,00	3,35%
Novembro	741.450,86	21.540,00	2,91%
Dezembro	2.159.889,29	70.500,00	3,26%
Total	13.474.829,21	239.347,95	1,78%

Evidencia-se aqui, de forma inequívoca, a consciência e a vontade de impedir que o fisco tomasse conhecimento da ocorrência do fato gerador, a fim de evitar o pagamento do tributo devido, o que se manifesta de forma objetiva na realização distorcida dos deveres instrumentais, configurando-se, assim, a hipótese prevista no art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, a impor que seja mantida a multa no percentual de 150%, de que trata o inciso II do caput do art. 44 da Lei 9.430, de 1996, em sua redação original.

Aliás, a multa de 150% também poderia ter sido aplicada no caso do lançamento relativo ao ano-calendário de 2004, dado que a hipótese prevista no art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, da mesma forma ali se configurou. Ora, o fato de a autoridade lançadora não o tê-lo feito, por óbvio, não autoriza a conclusão, a que se chega na impugnação, de que seria incabível a qualificação da multa no caso do lançamento relativo ao ano-calendário de 2005.

Os fundamentos da manutenção da multa qualificada no acórdão recorrido estão em linha com a acusação fiscal, não havendo qualquer reparo às suas conclusões.

A recorrente, no entanto, suscita que todas as operações foram registradas nos livros fiscais do ICMS e ISSQN, de sorte que caberia ser observada a Súmula CARF nº 14, que dispõe, *verbis*:

Súmula CARF nº 14: *A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.*

No entanto, a jurisprudência consolidada deste conselho traz entendimento no sentido de que configurada a prática reiterada de ocultar receitas na declaração de rendimentos apresentada ao Fisco Federal, em detrimento das reais receitas declaradas ao Fisco Estadual ou Municipal, revela o intuito doloso de sonegar tributos, como se observa dos seguintes arestos:

Acórdão 9101-000.986 - 24/05/2011

MULTA QUALIFICADA. DECLARAÇÃO INEXATA. A apresentação, reiterada durante vários exercícios, de declarações de rendimentos (IRPJ) e de tributos devidos (DCTF) com valores zerados e a ausência dos recolhimentos das contribuições devidas não podem ser consideradas como meras declarações inexatas, pois denotam a conduta dolosa do contribuinte de retardar o conhecimento da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador, restando configurada a prática de sonegação prevista no art. 71 da Lei nº 4.502/1964, pelo que se impõe a aplicação da multa qualificada prevista no inc. II do art. 44 da Lei nº 9.430/1996.

Acórdão 9101-001.029 - 25/05/2011

MULTA QUALIFICADA. OMISSÃO REITERADA E SIGNIFICATIVA DE RECEITAS. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. SONEGAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO.

A omissão reiterada de receitas ao Fisco federal em valores significativos declarados ao Fisco estadual demonstra a intenção de impedir ou retardar, total ou parcialmente o conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal por parte da autoridade fazendária. Tal conduta se amolda à figura delituosa da sonegação prevista no art. 71, inciso I, da Lei nº 4.502/64, e enseja a aplicação da sanção fixada no seu patamar majorado, conforme o disposto no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/1996.

Acórdão 9101-001.856 - 28/01/2014

MULTA QUALIFICADA. A prática reiterada de omissão de receitas caracteriza a conduta dolosa, justificando a penalidade agravada.

MULTA QUALIFICADA. IRPJ. Comprovado que o contribuinte omitiu suas receitas e o imposto de renda devido em suas declarações de rendimentos (DIPJ) e de tributos devidos (DCTF), durante períodos de apuração sucessivos, visando a retardar o conhecimento da ocorrência do fato gerador da

obrigação tributária principal pela autoridade fazendária, caracteriza-se a figura da sonegação descrita no art. 71 da Lei nº 4.502/196, impondo-se a aplicação da multa de ofício qualificada, prevista no § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996. Recurso a que se dá provimento.

Acórdão 9303-005.058 - 15/05/2017

MULTA QUALIFICADA. PRÁTICA REITERADA.

A prática reiterada de declarar a menor valores apurados na escrituração contábil/fiscal, visando retardar o conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal pela autoridade fazendária, caracteriza a figura da sonegação descrita no art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, impondo-se a aplicação da multa de ofício qualificada, prevista no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Acórdão nº 1302-002.722 - 11/04/2018

MULTA QUALIFICADA. PRÁTICA REITERADA.

A prática reiterada de declarar a menor valores apurados na escrituração contábil/fiscal, visando retardar o conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal pela autoridade fazendária, caracteriza a figura da sonegação descrita no art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, impondo-se a aplicação da multa de ofício qualificada, prevista no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Ante ao exposto, voto no sentido de manter a multa qualificada aplicada no ano-calendário 2005.

5. Da alegação de decadência parcial do ano-calendário 2005

A recorrente alega que afastando-se a multa qualificada por ausência de dolo, há que ser reconhecida a decadência parcial do lançamento relativo ao ano-calendário 2005, pela aplicação do disposto no art. 150, § 4º do CTN, uma vez que houve o pagamento antecipado dos tributos lançados por meio do sistema Simples.

O argumento da recorrente cai por terra quando se comprova a existência do intuito doloso de sonegar tributos, o que desloca o prazo decadencial para o primeiro dia do exercício em que este poderia ser lançado, nos termos do art. 173, inc. I do CTN, conforme assentada pelo STJ no julgamento do Resp. nº 973.733/SC, julgado no rito dos recursos repetitivos estabelecido no art. 543-C do antigo CPC, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS

PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREs p 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial

quinqüenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Desta feita, considerando-se que o lançamento se refere ao ano-calendário 2005 e tendo sido devidamente cientificado à contribuinte, ora recorrente, em 29/06/2010, há que se rejeitar a alegação de decadência.

Assim, voto no sentido de afastar a alegação de decadência.

6. Da exclusão do ICMS da Base de Cálculo do Simples, do PIS e da Cofins

Por fim, a recorrente alega que o ICMS e o ISS não podem integrar a base de cálculo do Simples, PIS e Cofins, por constituírem receitas de terceiros (do Estado e Município), que não pode ser equiparada a receita própria que ingressa de forma positiva e efetiva no patrimônio do contribuinte.

Com efeito, durante o julgamento do RE nº 574.706 com Repercussão Geral reconhecida sob o tema 691, o Supremo Tribunal Federal - STF analisou o conceito constitucional de faturamento e receita para fins de determinação da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS, decidindo pela inconstitucionalidade da inclusão dos valores destacados a título de ICMS na base de cálculo daquelas contribuições. Veja ementa do Acórdão, publicado em 02/10/2017:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706,

Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

O Regimento Interno do CARF, em seu artigo 62, parágrafo 2º do Anexo II¹, determina que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na sistemática dos arts. 1036 a 1041 do CPC, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros nos julgamentos dos recursos no âmbito do CARF.

Não obstante, no caso sob exame, até a data em que foi proferido o presente acórdão, não houve o trânsito em julgado do RE nº 574.706, tendo em vista o pedido de modulação de efeitos elaborado pela União Federal.

Desta feita, não sendo ainda definitiva a decisão, ao menos quanto a sua extensão temporal, revela-se inviável a aplicação do precedente, de forma precária, aos fatos pretéritos.

De outra parte, impõe-se observar que a recorrente não alega, nem tampouco comprova ser autora de ação judicial, em caráter individual ou coletivo, com trânsito em julgado favorável, nos termos suscitados em seu recurso.

Ante ao exposto, voto no sentido de rejeitar a alegação.

7. Conclusão

Por todo o exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares de nulidade e de decadência suscitadas e, no mérito, por negar provimento aos recursos voluntários interpostos:

- a) no processo administrativo nº 15504.022318/2008-11 (principal), para manter a exigência relativa ao ano-calendário 2004;
- b) no processo administrativo nº 15504.022315/2008-70 (apenso), para manter o ato de exclusão do Simples, com efeitos a partir de 01/01/2005; e,
- c) no processo administrativo nº 15504.011137/2010-76 (apenso), para manter a exigência relativa ao ano-calendário 2005.

Recurso de Ofício

Tendo em vista que a decisão recorrida exonerou o sujeito passivo solidário Ronaldo Eustáquio Cardoso do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), nos termos do artigo 1º da Portaria MF nº 3, de 3 de janeiro de 2008, a DRJ/BHE interpôs o competente recurso de ofício.

¹ Art. 61. [...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

O recurso de ofício deve ser conhecido, pois o valor exonerado extrapola o limite fixado pelo Ministro da Fazenda, por meio da Portaria MF. nº 63, de 09/02/2017 (créditos de tributos e encargos de multa superior a R\$ 2.500.000,00).

A exoneração do sujeito passivo solidário quanto aos créditos constituídos nestes autos, foi decidida pelo colegiado *a quo* nos seguintes termos:

3.1 – Termo de sujeição passiva solidária

Convém, inicialmente, transcrever os seguintes excertos extraídos tanto do termo de verificação de fls. 37/41, como do termo de sujeição passiva solidária de fls. 56/57:

TERMO DE VERIFICAÇÃO

(...)

3. Também verificamos que, por meio do instrumento público (...) firmado pelo sócio Valdenir Rocha de Paulo (doc de fl 96), este transferiu todo o gerenciamento administrativo e comercial da empresa a Ronaldo Eustáquio Cardoso, CPF 518.310.906-00, que foi de fato, a pessoa que administrava e gerenciava a empresa e praticou os fatos que serão relatados abaixo.

(...)

6. Questionamos pessoalmente o preposto e administrador da empresa, sr. Ronaldo E. Cardoso, a respeito das divergências entre as receitas brutas de vendas acima (DIPJ e ISS/ICMS), tendo o mesmo nada esclarecido a respeito e, com isso, confirmando a ocorrência da existência de receitas escrituradas mas não declaradas.

7. Alegou apenas a seu favor que os livros Registro de Saídas, Registro de Entradas e, por conseguinte, o livro Registro de apuração do ICMS poderiam ter sido escriturados com alguns erros (...)

8. No entanto, o mesmo não apresentou nenhuma documentação hábil e idônea para comprovar estas suas alegações.

27. Em todas as ocasiões que comparecemos à empresa fomos recebidos pelo sr. Ronaldo; nunca esteve presente o sr. Valdenir. Questionamos certa ocasião outros funcionários, que disseram desconhecer esta pessoa, afirmando que o dono da empresa era o sr. Ronaldo.

(...)

TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

(...)

A partir da análise do contrato social e suas alterações, verificamos que a empresa, por ocasião do período fiscalizado, tinha como sócios Valdenir Rocha de Paulo, CPF 046.237.556-06 (299 cotas) e Marli Miranda de Oliveira, CPF 036.149.796-28 (001 cota), sendo a administração da sociedade exercida pelo sócio Valdenir.

Verificamos também que em 21/07/2000, no Serviço Notarial do 10º Ofício da Comarca de Belo Horizonte, o sr. Valdenir na qualidade de sócio gerente da empresa fiscalizada, lavrou instrumento de procuração em que concedia poderes a Ronaldo Eustáquio Cardoso, CPF 518.310.906-00 para a administração da empresa, incluindo-se todos os atos para representação e gestão, judicial e extrajudicial; nomeação de procurador; representação em juízo; representação em face da Administração Pública Municipal, Estadual e Federal; representação perante as Fazendas Públicas Municipal, Estadual e Federal; atuação junto a entidades financeiras, podendo contrair empréstimos, aplicar dividendos, comprar e vender ações; poderá dispor do patrimônio da empresa, comprar e/ou vender bens móveis e/ou imóveis, enfim, praticar todos os atos como se proprietário fosse.

De tudo o que foi verificado por esta fiscalização, consubstanciado no Termo de Verificação Fiscal de 24/06/2010, em particular dos contatos e entrevistas mantidos na empresa, bem como da documentação apresentada, depreende-se que a empresa fiscalizada, embora registrada no nome de Valdenir Rocha de Paulo, CPF 046.237.556-06, era administrada e gerenciada por Ronaldo Eustáquio Cardoso, seu verdadeiro dono, e que dela se utilizava e se beneficiava de seus resultados.

Portanto, a partir de todos os indícios apontados, ficou evidenciada a situação em que se tentava manter a identidade do real sujeito passivo ou do seu responsável encoberta pela figura de um terceiro, de forma a prejudicar os interesses da Fazenda Pública, quando da realização financeira do crédito tributário devido, caracterizando-se, portanto, numa interposição fraudulenta, isto é, cuidava-se, no fundo, simular situação de transferência de responsabilidade para terceiro que, ou não tem relação pessoal e direta com a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária ou não é o verdadeiro beneficiário econômico da respectiva atividade empresarial ou profissional.

Ante o exposto, restou caracterizada a sujeição passiva solidária nos termos do art. 124 da Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional) (...) (grifo no original)

De acordo com as impugnações, não haveria nenhuma fraude na conduta do sócio Valdenir Rocha de Paulo em outorgar a procuração, como lhe autorizaria o contrato social da empresa, e nem na conduta de Ronaldo Eustáquio Cardoso em recebê-la e exercer os poderes ali conferidos. Anexou-se documento – datado de 16/07/2010 e assinado por Valdenir Rocha de Paulo, com firma reconhecida – em que este declara que, de livre e espontânea vontade, celebrou contrato de sociedade com Marli Miranda de Oliveira, nomeando Ronaldo Eustáquio Cardoso como administrador e procurador da RH Cardoso & Cia Ltda, “tendo em vista sua experiência e notoriedade no mercado de atuação da empresa” (fls. 138).

Vê-se que a autoridade lançadora declarou a sujeição passiva solidária de Ronaldo Eustáquio Cardoso em virtude de ter sido constatada, com base nos seguintes elementos, a ocorrência de interposição fraudulenta:

a) Em todas as ocasiões em que compareceu à empresa, a autoridade lançadora foi recebida por Ronaldo Eustáquio Cardoso; nunca esteve presente o sócio Valdenir Rocha de Paulo;

b) Outros funcionários disseram desconhecer o sócio Valdenir Rocha de Paulo, afirmando que o dono da empresa era Ronaldo Eustáquio Cardoso;

c) Valdenir Rocha de Paulo, na qualidade de sócio-gerente, por instrumento público de procuração, concedeu a Ronaldo Eustáquio Cardoso os mais amplos poderes para a administração da empresa, podendo inclusive “dispor do patrimônio da empresa, comprar e/ou vender bens móveis e/ou imóveis, enfim, praticar todos os atos como se proprietário fosse” (fls. 96);

d) Ronaldo Eustáquio Cardoso se utilizava da empresa e se beneficiava dos seus resultados.

Todavia, as declarações prestadas pelos funcionários não foram reduzidas a termo ou registradas por outro meio qualquer, impossibilitando, portanto, sua utilização como prova. Também não há nos autos comprovação de que Ronaldo Eustáquio Cardoso se beneficiava dos resultados da sociedade. Efetivamente demonstrada está apenas a outorga do mandato, conferindo-lhe ilimitados poderes de administração. Tem-se aqui apenas indícios, que não autorizam concluir, com segurança ou certeza, pela ocorrência de interposição fraudulenta.

Pelo exposto, e não tendo sido indicados outros fatos e fundamentos jurídicos, além dos relativos à interposição fraudulenta, a motivar a atribuição de responsabilidade pelo crédito tributário a Ronaldo Eustáquio Cardoso, cumpre cancelar o termo de sujeição passiva solidária de fls. 56/57, lavrado em seu nome, por insuficiência de provas.

Não tenho reparos às conclusões do acórdão recorrido.

Com efeito, a fiscalização não trouxe ao autos elementos que pudessem comprovar a ocorrência de interposição de pessoas no quadro social da empresa autuada, que justificariam o enquadramento no art. 124, inc. I do CTN. Mesmo os indícios por ela apontados, carecem de comprovação.

Verifico que, constatado o evidente intuito de sonegação, conforme analisado no recurso voluntário, o mandatário, Sr. Ronaldo Eustáquio Cardoso, que detinha plenos poderes para a administração da sociedade, poderia ter sido arrolado como responsável solidário com base no art. 135, inc. III do CTN, pelos atos praticados com infração à lei tributária.

Não obstante, não sendo esta a acusação fiscal, da qual se defendeu o responsável solidário arrolado, falece competência ao julgador para indicar novo fundamento à imputação, sob pena de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O acórdão recorrido exonerou, ainda, parcialmente a exigência ao admitir a dedução dos valores recolhidos a título de Simples do montante autuado, *verbis*:

3.7 - Dedução dos valores recolhidos a título de Simples

Procede, sim, a pretensão de que da exigência, apurada mediante regime de tributação diverso (lucro arbitrado), sejam deduzidos os valores dos impostos e contribuições pagos na forma do Simples, observados os respectivos percentuais indicados no art. 23 da Lei nº 9.317, de 1996.

Calha transcrever o seguinte excerto da Solução de Consulta Interna nº 23, de 21 de dezembro de 2006, da Coordenação-Geral de Tributação (Cosit):

EMENTA. (..)

“

A autoridade fiscal deve considerar os valores de IRPJ e CSLL referentes ao período de apuração fiscalizado, apurados pelo sujeito passivo, mediante adoção de forma de tributação diversa daquela aplicada pela autoridade fiscal no curso da fiscalização, lançando apenas a diferença de imposto ou contribuição apurado.

(..)

2. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

(...)

12. Igualmente deve ser o tratamento na hipótese de exclusão de ofício do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte (Simples), deduzindo do valor apurado mediante a forma de tributação adotada pela fiscalização, as parcelas de IRPJ e CSLL recolhidas a título de Simples.

No caso em exame, todos os 12 DARF-Simples apresentados "- por meio dos quais foram efetuados os pagamentos relativos aos períodos de apuração de janeiro a dezembro do ano-calendário de 2005 - indicam ser de 5,4% o percentual aplicado sobre a receita bruta mensal para determinação do valor do Simples devido.

Relativamente aos fatos geradores ocorridos até 31/12/2005, a Lei nº 9.317, de 1996, assim estabelecia:

[...]

A seguir, estão demonstrados os valores recolhidos a título de Simples relativamente aos períodos de apuração de janeiro a dezembro do ano-calendário de 2005, bem como as parcelas correspondentes ao IRPJ, PIS, CSLL e Cofins:

(tabela omitida)

Já nos demonstrativos que se seguem estão indicadas as exigências de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins mantidas neste voto, após serem deduzidos dos valores lançados ou já recolhidos por meio dos DARF-Simples acima relacionados:

(tabela omitida)

Não tenho reparos aos fundamentos da decisão recorrida que corretamente mandou excluir da exigência os valores recolhidos pela sistemática do Simples.

Ante ao exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício.

CONCLUSÃO GERAL

Por todo o exposto, voto no sentido de:

1) rejeitar as preliminares de nulidade e de decadência suscitadas e, no mérito, por negar provimento aos recursos voluntários interpostos:

Processo nº 15504.022318/2008-11
Acórdão n.º **1302-002.977**

S1-C3T2
Fl. 478

a) no processo administrativo nº 15504.022318/2008-11 (principal), para manter a exigência relativa ao ano-calendário 2004;

b) no processo administrativo nº 15504.022315/2008-70 (apenso), para manter o ato de exclusão do Simples, com efeitos a partir de 01/01/2005; e,

c) no processo administrativo nº 15504.011137/2010-76 (apenso), para manter a exigência relativa ao ano-calendário 2005; e, ainda,

2) de negar provimento ao recurso de ofício

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado