



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº	15979.000002/2005-31
Recurso nº	136.150 Voluntário
Matéria	SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº	302-39.075
Sessão de	18 de outubro de 2007
Recorrente	IRINEUSA ALMEIDA BARBOSA - EPP
Recorrida	DRJ-SÃO PAULO/SP

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

Ano-calendário: 2002

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO. COMPETÊNCIA DE JULGAMENTO. Declínio de competência em favor do Primeiro Conselho de Contribuintes por competir a esse julgar os recursos oriundos de lançamento sobre a aplicação da legislação referente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples).

DECLINADA A COMPETÊNCIA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE, por maioria de votos, acolher a preliminar para declinar da competência do julgamento em favor do Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes argüida pela Conselheira Mércia Helena Trajano D'Amorim. Vencido o Conselheiro Marcelo Ribeiro Nogueira, relator.

JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO - Presidente




MERCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM – Relatora Designada

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elizabeth Emílio de Moraes Chieregatto, Corintho Oliveira Machado, Luciano Lopes de Almeida Moraes e Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro. Ausente o Conselheiro Paulo Affonsoeca de Barros Faria Júnior. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Paula Cintra de Azevedo Aragão.

Relatório

Adoto o relatório de primeira instância por bem traduzir os fatos da presente lide até aquela decisão.

A empresa acima identificada, mediante Ato Declaratório nº 65, de 18 de agosto de 2005 (DOU de 22/08/2005) de emissão do Senhor Delegado da Receita Federal em Santos-SP, foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) por ter cometido a prática reiterada de infração à legislação tributária, infringindo nos anos calendários de 2002 e 2003 o disposto no artigo 14, inciso V, da Lei nº 9.317/1996. Os efeitos da exclusão da empresa do Simples são a partir de 01/02/2002, conforme inciso V, do artigo 15 da mesma Lei nº 9.317/1996 (fls. 68 e 69).

Tal ato declaratório foi expedido atendendo a Representação Fiscal (fls. 01 a 03), na qual o auditor fiscal relata que a empresa nos anos calendários de 2002 e 2003 declarou receita bruta sempre inferior aos créditos e depósitos bancários não comprovados. A interessada foi cientificada pelo correio do Ato Declaratório de Exclusão em 31/08/2005 (fls. 72 e 73).

Inconformada, a contribuinte apresentou em 27/09/2005, representada por procuradora (fl. 88), a Manifestação de Inconformidade de fls. 75 a 86, na qual alega, em síntese, o seguinte:

- 1) “a sanção prevista no artigo 14, inciso V, da Lei nº 9.317/96, que prevê a exclusão de ofício do Simples em decorrência da ‘prática reiterada de infração à legislação tributária’, é inaplicável, por tratar-se de norma penal em branco, que necessita ser integrada por outra norma, ainda não editada”, já que não está definido se apenas uma ou várias reiterações são necessárias, nem quais infrações à legislação tributária dariam margem à exclusão do Simples;
- 2) “se existentes as ‘reiteradas infrações’, não restam dúvidas de que a exclusão do Simples, na hipótese, corresponde a um agravamento de penalidade, razão pela qual somente pode ser aplicada após restar devidamente caracterizada, em processo administrativo regular, a referida reiteração”, nos termos dos Pareceres Normativos CST nºs 55/1973 e 194/1974;
- 3) “inocorreu ‘a prática reiterada de infração à legislação tributária’, mesmo porque a matéria de que trata o processo nº 15983.000058/2005-27, mediante o qual foi autuada, e que deu origem ao processo de exclusão, encontra-se sob exame da autoridade julgadora, isto é, com a sua exigibilidade suspensa”;
- 4) “mesmo que tivesse ocorrido tal prática, tal circunstância acarretaria a sua exclusão do Simples somente a partir do momento em que constatado tal comportamento, e nunca de data aleatoriamente escolhida pela autoridade administrativa”;

- 5) “não foi observado, nessa exclusão, o devido processo legal, de que tratam a Lei nº 9.784/99 e o Decreto nº 70.235/72.”, já que o “ato declaratório de exclusão somente pode ser expedido após a decisão condenatória constante do referido processo, e da qual não caiba recurso administrativo”; e
- 6) o Ato Declaratório nº 65, de 18/08/2005 é absolutamente nulo, pois não esclarece porque a manifestante foi considerada como praticante de reiteradas infrações à legislação tributária, limitando-se apenas a indicar o dispositivo legal considerado infringido e o processo administrativo nº 15979.000002/2005-31, no qual a prática teria sido apurada, mas do qual a contribuinte não tomou ciência, o que ofendeu o § 3º do artigo 15 da Lei nº 9.317/1996, já que não foi assegurado o contraditório e a ampla defesa.

A decisão de primeira instância foi assim ementada:

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

Ano-calendário: 2002

Ementa: INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRÁTICA REITERADA. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

O contribuinte que infringe a legislação tributária deve ser excluído do Simples de ofício com efeitos a partir do mês em que fique caracterizada a reiteração na prática infracional.

Solicitação indeferida.

No seu recurso, o contribuinte repisa os argumentos trazidos com a impugnação.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Marcelo Ribeiro Nogueira, Relator

Conheço do presente recurso por tempestivo e atender aos requisitos legais.

O caso em exame cuida de exclusão da recorrente da sistemática de tributação do Simples, por infração reiterada à legislação de regência, comprovada através de verificação da movimentação financeira da mesma.

Ou seja, o fundamento da exclusão está na prova obtida pela fiscalização através do procedimento autorizado na Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 e regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001.

Os argumentos produzidos pela recorrente de natureza constitucional, inclusive os argüidos como preliminares ao mérito, não podem ser apreciados na esfera administrativa.

Vale ressaltar que a permissão dada à Administração pela LC nº 105/01 é uma regra excepcional e deve ser interpretada restritivamente e sempre em benefício daquele cujo direito está sendo reduzido, no caso, a recorrente, que tem seu direito inserido dentre as garantias de inviolabilidade da intimidade e da vida privada, garantidas pela Constituição da República em seu art. 5º, X, que versa:

"Art. 5, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação;" (Grifou-se)

E, na esfera infraconstitucional, o direito ao sigilo bancário do contribuinte, expresso na Lei nº 4.595/64, na forma que segue:

Art 38 – As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 5º - Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º - O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados se não reservadamente. (Grifos acrescidos)

A Lei Complementar nº 105/01 estabelece condições mínimas para a quebra do sigilo bancário, a saber:

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras,

quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. (grifos acrescidos)

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Por sua vez, o Decreto nº 3.724/01 acrescentou outras restrições à atividade fiscal, *verbis*:

Art. 2º A Secretaria da Receita Federal, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis. (grifos acrescidos)¹

Art. 3º Os exames referidos no caput do artigo anterior somente serão considerados indispensáveis nas seguintes hipóteses: (grifos acrescidos)²

I - subavaliação de valores de operação, inclusive de comércio exterior, de aquisição ou alienação de bens ou direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado;

II - obtenção de empréstimos de pessoas jurídicas não financeiras ou de pessoas físicas, quando o sujeito passivo deixar de comprovar o efetivo recebimento dos recursos;

III - prática de qualquer operação com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país enquadrado nas condições estabelecidas no art. 24 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

IV - omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável;

V - realização de gastos ou investimentos em valor superior à renda disponível;

VI - remessa, a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas;

VII - previstas no art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996;

VIII - pessoa jurídica enquadrada, no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), nas seguintes situações cadastrais:

a) cancelada;

¹ Este texto foi alterado pelo Decreto nº 6.104, de 2007, contudo à época dos fatos debatidos nestes autos este era o texto em vigor.

² Este texto foi alterado pelo Decreto nº 6.104, de 2007, contudo à época dos fatos debatidos nestes autos este era o texto em vigor.

b) *inapta, nos casos previstos no art. 81 da Lei nº 9.430, de 1996;*

IX - pessoa física sem inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou com inscrição cancelada;

X - negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira; (grifos acrescidos)

XI - presença de indício de que o titular de direito é interposta pessoa do titular de fato.

Art. 4º Poderão requisitar as informações referidas no caput do art. 2º as autoridades competentes para expedir o MPF. (grifos acrescidos)

§ 2º A RMF será precedida de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre movimentação financeira, necessárias à execução do MPF.

§ 5º A RMF será expedida com base em relatório circunstanciado, elaborado pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal encarregado da execução do MPF ou por seu chefe imediato.

§ 6º No relatório referido no parágrafo anterior, deverá constar a motivação da proposta de expedição da RMF, que demonstre, com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade prevista no artigo anterior, observado o princípio da razoabilidade.

Dos extratos de texto legal acima podemos concluir que:

1. A LC nº 105/01 autoriza somente o exame das informações bancárias;

2. Este exame somente será possível se:

a) houver procedimento administrativo fiscal em curso; e

b) autoridade competente considere indispensável este exame por outra autoridade fiscal;

3. O Decreto nº 3.724/01 restringe as hipóteses de exame àquelas previstas em seu artigo terceiro.

No presente caso:

- a mesma autoridade que considera a informação indispensável é quem requer as informações (fls. 11), o que claramente viola o comando da LC nº 105/01 acima transrito;
- não houve diligência para o exame dos documentos, livros e registros, mas solicitação de cópia de extratos e documentos, o que ultrapassa a autorização concedida pela mesma lei complementar;
- a Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira está baseada em “negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação”

gwm

financeira", contudo, não há nos autos qualquer negativa da recorrente sobre qualquer destes fatos.

Assim, por conclusão lógica, não há como considerar válidas as provas obtidas pela fiscalização, logo, VOTO por conhacer do recurso e dar-lhe integral provimento.

Sala das Sessões, em 18 de outubro de 2007

Marcelo Ribeiro Nogueira
MARCELO RIBEIRO NOGUEIRA – Relator

Voto Vencedor

Conselheira Mércia Helena Trajano D'Amorim, Relatora Designada

A recorrente, tendo em vista Ato Declaratório nº 65, de 18/08/05, foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) por ter cometido a prática reiterada de infração à legislação tributária, infringindo nos anos calendários de 2002 e 2003 o disposto no artigo 14, inciso V, da Lei nº 9.317/1996. Os efeitos da exclusão da empresa do Simples são a partir de 01/02/2002, conforme inciso V do artigo 15 da mesma Lei nº 9.317/1996. O mencionado ato declaratório foi expedido por conta da Representação Fiscal, às fls. 01/03), na qual a fiscalização relata que a empresa nos anos calendários de 2002 e 2003 declarou receita bruta sempre inferior aos créditos e depósitos bancários não comprovados.

Da análise dos elementos do processo parece-me que, não obstante a competência deste Conselho prevista no Regimento para o julgamento de processos versando sobre exclusão e vedação de empresas optantes do SIMPLES, tanto a infração detectada, quanto o tipo de lançamento efetuado, são matérias que não se enquadram entre aquelas cuja atribuição está afeta a este Conselho; sendo competência do 1º CC, no caso de hipótese de lançamento; conforme previsto no art. 22, XX da Portaria MF nº 147, de 25/06/07.

De acordo com o art.20, II da citada Portaria, tem-se que:

"II - às Segunda, Quarta e Sexta Câmaras, os relativos à tributação de pessoa física e à incidência na fonte, quando os procedimentos sejam autônomos.

§ 1º Compete também às Câmaras referidas no inciso I julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância decorrente de lançamento sobre a aplicação da legislação referente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples).

§ 2º O disposto no § 1º aplicar-se-á, inclusive, quando o lançamento decorrer de exclusão do sujeito passivo do Simples, hipótese em que será apreciado, concomitantemente, o recurso quanto ao ato de exclusão".

Diante do exposto, voto por que se decline da competência em favor do Primeiro Conselho de Contribuintes.

Sala das Sessões, em 18 de outubro de 2007


MÉRCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM - Relatora Designada