



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

Processo nº 15983.000470/2007-17
Recurso nº 167.567 Voluntário
Acórdão nº 1803-00.074 – 3ª Turma Especial
Sessão de 28 de maio de 2009
Matéria SIMPLES
Recorrente WILLIANS CÂMARA NEVES - ME
Recorrida 1ª TURMA DRJ SÃO PAULO/SP I

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

Data do fato gerador: 31/01/2001

SIMPLES - EXCLUSÃO - PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA - a omissão de receita comprovada por pessoa jurídica optante pelo SIMPLES, praticada em meses sucessivos, caracteriza a prática reiterada de infração à legislação tributária, bastante para a exclusão da optante do SIMPLES.

SIMPLES - EXCLUSÃO - NULIDADE. Não há nulidade no ato de exclusão da sistemática do SIMPLES (Lei nº 9.317/96), não constatados o alegado cerceamento de defesa, a inexistência de motivação e a falta de regulamentação do dispositivo invocado no ato de exclusão.

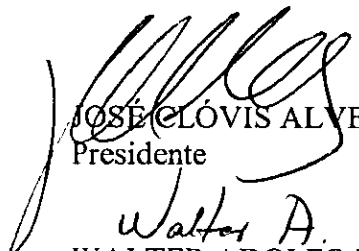
DECADÊNCIA. Consoante disposto na Súmula Vinculante nº 08 do STF, que impõe imediata adequação e cumprimento por parte da Administração Pública, reconhece-se a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91, aplicando-se em seu lugar as normas do Código Tributário Nacional.

Constatada a prática prevista nos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.595/64, aplica-se o disposto no art. 173-I do Código Tributário Nacional, e, sendo este o caso, reconhece-se a decadência em relação ao Fato Gerador 01/2001, exonerando-se as exigências remanescentes de CSLL, PIS, COFINS e INSS.

OMISSÃO DE RECEITAS - o decidido no Processo Administrativo Fiscal em que tramita o lançamento tributário aplica-se ao PAF em que se discute a exclusão do SIMPLES e vice-versa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª turma especial da primeira SEÇÃO DE JULGAMENTO, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para afastar o lançamento em relação as contribuições CSLL, PIS, COFINS e INSS, negando provimento em relação a manifestação de inconformidade de exclusão do SIMPLES (Lei nº 9.317/96), nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


JOSÉ CLÓVIS ALVES
Presidente

WALTER ADOLFO MARESCH
Relator

Formalizado: 06 OUT 2009

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Benedicto Celso Benício Junior, Luciano Inocência dos Santos, Walter Adolfo Maresch e José Clóvis Alves.

Relatório

WILLIANS CÂMARA NEVES (ME), pessoa jurídica já qualificada nestes autos, inconformada com a decisão proferida pela 1ª TURMA DRJ SÃO PAULO/SP I, interpõe recurso voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, objetivando a reforma da decisão.

Adoto o relatório da DRJ.

Trata-se de ação fiscal realizada na empresa em epígrafe com a lavratura dos autos de infração, relativamente ao Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – Simples, crédito tributário de R\$ 2.125,26 (fls. 08/09); à Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS/Simples, crédito tributário de R\$ 2.125,26 (fls. 12/13); à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS/Simples, crédito tributário de R\$ 26.224,99 (fls. 21 a 23); à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL/Simples, crédito tributário de R\$ 13.112,47 (fls. 16 a 18) e à Contribuição para Seguridade Social – INSS/Simples, crédito tributário de R\$ 28.513,70 (fls. 26 a 28) relativamente ao fato gerador ocorrido em janeiro de 2001.

Os créditos tributários (incluídos a multa proporcional e juros de mora) lançados até 31/08/2007 e enquadramentos legais utilizados para fundamentar as autuações encontram-se nos respectivos autos de infração. Os enquadramentos legais correspondentes à multa e juros de mora constam dos respectivos demonstrativos de cálculo.

O procedimento de fiscalização encontra-se detalhado no Termo de Verificação Fiscal de fls. 651 a 661 e, pode ser assim sintetizado:

Constatada expressiva movimentação financeira em contas-correntes bancárias nos anos-calendário 2001, 2002 e 2003 em montante bem superior aos declarados o contribuinte foi intimado a apresentar os extratos bancários. Tendo em vista a recusa injustificada foram expedidas RMF junto às instituições financeiras. A análise dos extratos bancários demonstrou vultosos créditos cujas origens não foram justificadas.

Foram apuradas as seguintes infrações: a) omissão de receitas – depósitos bancários não escriturados; b) insuficiência de recolhimento em função da mudança de faixa de incidência do Simples quando a receita mensal omitida somada à receita declarada implica em mudança de alíquota.

Em virtude de prática reiterada de infração à legislação tributária, a empresa foi excluída do Simples a partir de fevereiro de 2001. Assim a empresa foi autuada com base no Simples no mês de janeiro de 2001.

Foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais, protocolizada sob nº 15983.000471/2007-53, que segue em apenso a este e, proposta Representação Fiscal para Exclusão do Simples, formalizada mediante processo nº 15983.000476/2007-86, juntado por anexação ao presente, mediante Termo de Juntada de Processo (fls. 730 a 779).

Quanto aos autos de infração, foi cientificado em 18/09/2007 (AR de fl. 689) e apresentou, representado por procuradora (fl. 715), a impugnação de fls. 699 a 714, alegando em síntese que:

- É inválida a ação fiscal por inobservância da Portaria nº 500/95, que disciplina a seleção de contribuintes para fiscalização e da Portaria nº 3007/02 que reitera ditas disposições, sendo nulos os lançamentos tendo em vista a existência de desvio de poder;

- A atividade de fiscalização exige, em face dos princípios constitucionais da isonomia, impessoalidade e imparcialidade, que seja dirigida uniformemente aos administrados, cumprindo rigorosamente o programa de fiscalização traçado;

- Não foram indicadas as razões ou a origem da fiscalização, sob pena de restarem caracterizados o mero capricho, a perseguição, a animosidade ou puro interesse político;

- Ocorreu a decadência com referência ao fato gerador ocorrido em jan/01, dado que o lançamento foi realizado em 18/09/2007, nos termos do artigo 150, § 4º do CTN;

- Ainda que se aceite o entendimento do E. Primeiro Conselho de Contribuintes, expressado em alguns julgados, de que nos casos de fraude, o prazo decadencial tem início no dia 1º de janeiro do ano seguinte àquele em que o tributo poderia ser cobrado, dito termo inicial teria ocorrido em 01/01/2002, encerrando-se em 01/01/2007;

- A aplicação de multa por fraude deve estar cabalmente provada já que a fraude, como crime, não se presume, citando ementas administrativa e judicial, neste sentido;

- No Termo de Verificação Fiscal, o AFRFB limitou-se a reproduzir os dispositivos legais que amparam esse agravamento da multa sem especificar em que se constituía a sonegação, a fraude e o conluio e sem esclarecer em qual deles se enquadrava;

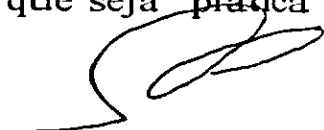
- Igualmente descabe o agravamento da penalidade em 50% (ou seja, para 225%), nos moldes do art. 44, §2º, I da Lei nº 9.430/96, mesmo porque, conforme admitido pelo AFRFB em seu Termo de Verificação Fiscal, a impugnante, em 21/08/2007, em resposta à intimação esclareceu que os valores movimentados eram oriundos de compra e venda de veículos;

- Os demais elementos solicitados, inclusive extratos bancários, não foram apresentados, porque a impugnante não os possuía e ainda que solicitados aos bancos, não lhe foram fornecidos em tempo hábil.

Notificado da decisão que o excluiu do Simples em 02/10/2007 (fl. 759), o autuado apresentou, representado por procuradora (fl. 773), a manifestação de inconformidade (fls. 761 a 772), recebida em 17/10/07, em que alega, resumidamente que:

- 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;

- A exclusão pelo artigo 14, V da Lei nº 9.713/96, não pode ser aplicada por faltar-lhe a definição do que seja “prática reiterada” e a quais “infrações está dirigida” e ainda



assim a exclusão somente poderia ocorrer depois de apurada em processo administrativo regular, sendo nulo o Ato Declaratório de Exclusão;

- A expressão “prática reiterada de infração” é vaga e sua conceituação dependerá da total subjetividade de quem analisa o fato concreto;

- O dispositivo não identifica o tipo da infração a ser considerado para caracterizar a sanção e qual infração daria margem a exclusão do Simples;

- Cita ementa administrativa que caracteriza norma penal em branco nos termos do art. 526, IX do Regulamento Aduaneiro, pois igualmente o art. 14, V da Lei nº 9.317/96 não tipifica o fato *in concreto* que caracteriza a infração, motivo pelo qual não pode ser aplicado até o advento de outra norma legal que o faça;

- Aduz que a prática reiterada, assim como no caso da reincidência na infração à legislação do IPI, somente seria aferível após decisão administrativa final condenatória, consoante Parecer Normativo CST nº 55/73 e 194/74;

- O contraditório e ampla defesa devem ocorrer antes do Ato Declaratório de Exclusão e não foi observado o artigo 15 § 3º da Lei nº 9.317/96.

A 1ª Turma da DRJ SÃO PAULO/SP I, através do acórdão 16-16.358 de 14 de fevereiro de 2008 (fls. 782/798), julgou parcialmente procedente o lançamento, ementando assim a decisão:

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

Data do fato gerador: 31/01/2001 INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRÁTICA REITERADA. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

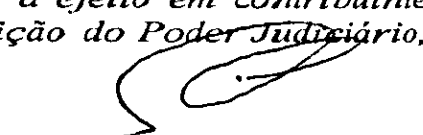
O contribuinte que infringe a legislação tributária deve ser excluído do Simples, de ofício, com efeitos a partir do mês em que fique caracterizada a reiteração na prática infracional.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITO BANCÁRIO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

A Lei nº 9.430/1996, em seu art. 42, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal Data do fato gerador: 31/01/2001 PRELIMINAR. NULIDADE. SELEÇÃO DE CONTRIBUINTE.

Não é nulo o lançamento realizado em razão de ação fiscal levada a efeito em contribuinte selecionado por atendimento à requisição do Poder Judiciário, não havendo que se cogitar em



caracterização de mero capricho, perseguição, animosidade, interesse político ou desvio de poder.

PRELIMINAR. DECADÊNCIA.

O prazo decadencial de cinco anos para o lançamento do IRPJ inicia-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O prazo para o lançamento das contribuições sociais é de 10 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ser constituído.

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

O decidido quanto à infração que, além de implicar o lançamento de IRPJ implica os lançamentos da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), da Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e da Contribuição para a Seguridade Social (INSS) também se aplica a estes outros lançamentos naquilo em que for cabível.

Assunto: Normas de Administração Tributária

Data do fato gerador: 31/01/2001 MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. A multa de ofício qualificada, no percentual de 150%, será aplicada quando o procedimento fiscal evidenciar que o contribuinte adotou práticas reiteradas visando impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal.

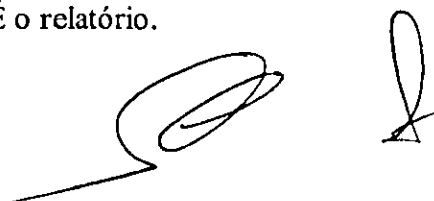
MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO.

Mantém-se o agravamento da multa em metade, nos termos do § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, quando os elementos constantes dos autos demonstram que o contribuinte não atendeu as intimações apontadas pela fiscalização.

Exonerada a matéria em relação ao IRPJ em virtude da prejudicial de mérito (decadência) limita-se o litígio à manifestação de inconformidade da exclusão do SIMPLES e a manutenção da exigência das contribuições sociais (CSLL, PIS, COFINS e INSS).

Ciente da decisão em 11/03/2008, conforme AR constante às fls. 806, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 04/04/2008, onde repete os argumentos da inicial de nulidade do ato de exclusão do SIMPLES; nulidade do lançamento por inobservância das Portarias 500/95 e 3.007/2002; e, decadência do direito do Fisco em virtude das regras do Código Tributário Nacional, aplicáveis também para as Contribuições Sociais.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Relator WALTER ADOLFO MARESCH, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos legais para sua admissibilidade, dele conheço.

Trata o presente processo de manifestação de inconformidade em relação a exclusão do sistema simplificado de recolhimento de tributos e contribuições federais – SIMPLES (Lei nº 9.317/96), e com exigência remanescente de contribuições sociais (CSLL, PIS, COFINS e INSS) já que a exigência em relação ao IRPJ foi exonerada pela DRJ por decadência.

O lançamento de impostos e contribuições que compõem o sistema unificado de recolhimento simplificado – SIMPLES (Lei nº 9.317/96) derivou da constatação de omissão de receitas em virtude da manutenção de depósitos bancários sem comprovação da origem nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Em seu recurso voluntário alega a empresa em síntese:

a) Nulidade do procedimento de exclusão do SIMPLES, pelos motivos abaixo elencados:

a.1) Impossibilidade de aplicação do disposto no art. 14, inciso V da Lei nº 9.317/96, por se tratar de norma penal em branco, ainda não regulamentada;

a.2) Impossibilidade de exclusão do SIMPLES antes de decisão tributária final condenatória, quanto a prática da infração reiterada;

a.3) Nulidade da exclusão do SIMPLES por cerceamento de defesa, pela falta de contraditório no processo de exclusão;

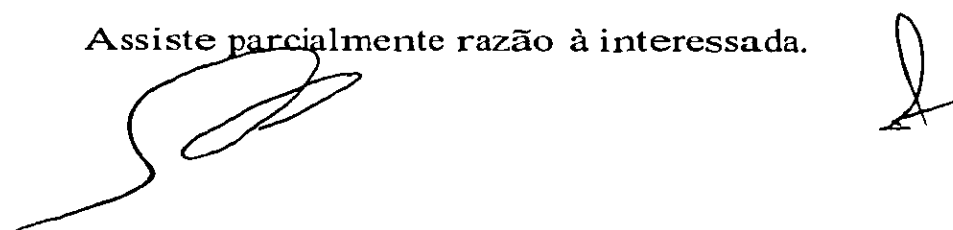
a.4) Nulidade do ato de exclusão, por falta de motivação.

b) Invalidade da ação fiscal por inobservância do disposto nas Portarias nºs 500/95 e 3.007/2002 da Secretaria da Receita Federal;

c) Decadência em relação à exigência das contribuições sociais, por inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91;

d) Inaplicabilidade da multa qualificada de 150%, agravada para 225%, por ausência de comprovação da fraude e por falta de indicação em qual dos dispositivos da Lei nº 4.502/64 foi enquadrada a conduta da autuada.

Assiste parcialmente razão à interessada.



Com efeito, com a edição da Súmula Vinculante nº 08¹, pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, pacificou-se a questão em relação a aplicação do Código Tributário Nacional também para as Contribuições Sociais, afastando-se a aplicação das normas de prescrição e decadência contidas na Lei nº 8.212/91.

A Súmula Vinculante nº 08, exige imediata adequação e cumprimento pela Administração Pública, face o estatuído no art. 103-A da Carta Magna e manifestação expressa neste sentido da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional em seu Parecer PGFN CAT 1.617/2008, aprovado pelo Exmo. Sr. Ministro da Fazenda.

Conforme se observa do Demonstrativo de Apuração dos Valores Não Recolhidos (fls. 06) e Demonstrativo de Apuração do Imposto/Contribuição sobre Diferenças Apuradas (fls. 07), o lançamento contido neste processo se restringe ao Fato Gerador Janeiro/2001, tendo a ciência ao contribuinte ocorrido em 18/09/2007.

Considerando que mesmo na constatação de fraude, como se observa no presente processo, aplicando-se a regra do art. do art. 173-I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, a contagem inicial deve ser iniciada em 01/01/2002, constata-se a ocorrência da decadência em 01/01/2007.

Diante do exposto, devem ser exoneradas as exigências remanescentes de CSLL, PIS, COFINS e INSS.

Exoneradas as parcelas do crédito tributário remanescente, resta prejudicada a apreciação em relação a alegação da nulidade por inobservância das Portarias nº 500/95 e 3.007/2002 da Secretaria da Receita Federal

Com relação a exclusão da sistemática do SIMPLES (Lei nº 9.317/96), embora não tenha efeito prático no presente processo em virtude da exoneração total do crédito tributário objeto do lançamento, impõe-se a sua apreciação, tendo em vista que as exigências dos demais períodos fiscalizados (AC 2002 e 2003), objeto de processo fiscal distinto, dependem do decidido no presente.

No tocante a exclusão da sistemática do SIMPLES (Lei nº 9.317/96), apresenta-se escorreta a decisão de primeira instância que indeferiu a manifestação de inconformidade.

Com efeito, com relação à afirmação de que a o dispositivo contido no inciso V do art. 14 da Lei nº 9.317/96, representa norma penal em branco, dependente de regulamentação não assiste razão a interessada.

Inicialmente por não se tratar de norma penal, sendo os preceitos contidos no art. 14 da Lei nº 9.317/96, situações elencadas pela lei tributária, que justificam a exclusão da sistemática do SIMPLES e são auto aplicáveis, não dependem de regulamentação bastando a ocorrência do fato para que a Administração possa agir e aplique a norma.

¹ "SÃO INCONSTITUCIONAIS O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 5º DO DECRETO-LEI Nº 1.569/1977 E OS ARTIGOS 45 E 46 DA LEI Nº 8.212/1991, QUE TRATAM DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO".

Nos casos em que a exclusão fica dependente de evento futuro, a própria Lei nº 9.317/96 deixa claro esta exigência como é o caso do inciso VI do art. 14, onde se exige a decisão definitiva para os casos de crimes contra a ordem tributária.

Com relação as alegações de que teria havido cerceamento de defesa por falta de contraditório no processo de exclusão e nulidade por ausência de decisão condenatória definitiva tampouco se sustentam.

Com efeito, o legítimo e sagrado direito de defesa está sendo exercitado pelo contribuinte no presente processo, onde pode deduzir todas as razões de sua defesa, ficando os efeitos do Ato Declaratório, suspensos até que se encerre em definitivo o litígio sobre a exclusão realizada pela Administração Tributária.

O fato de que a Administração Tributária, com vistas a prevenir os efeitos da decadência, lavrou os pertinentes Autos de Infração para constituição do crédito tributário, nenhum prejuízo causou à recorrente, pois igualmente sua exigência se encontra suspensa em face da impugnação.

Com relação a última alegação de que o ato de exclusão (fls. 753), não estaria suficientemente motivado, igualmente não pode ser acolhida.

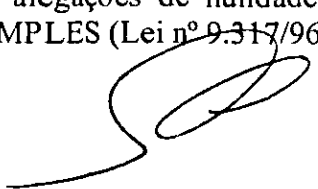
No Ato Declaratório Executivo DRF/STS nº 21, de 25 de setembro de 2007 (fls. 753), está descrita suficientemente a situação ensejadora da exclusão da sistemática do SIMPLES; o processo onde se encontram os elementos que sustentaram a exclusão; o prazo e o direito para manifestação de inconformidade.

Por óbvio face as regras do sigilo fiscal que impõe à Administração Tributária rigoroso cuidado nos elementos contidos em atos publicados na Imprensa Oficial e sítio da Internet, não é possível o detalhamento desejado pela recorrente.

Por outro turno, embora se insurja contra o ato de exclusão propriamente dito, nenhuma linha se observa que possa justificar a situação constatada pela autoridade fiscal, de prática reiterada da legislação tributária.

Conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal (fls. 734/744) que acompanhou a representação fiscal (fls. 731/732) que sustentou o ato de exclusão do SIMPLES, foi imputada a prática de omissão sistemática de receitas nos anos calendários 2001, 2002 e 2003; omissão na entrega da Declaração Simplificada SIMPLES no ano calendário 2003; falta de escrituração do Livro Caixa ou escrituração contábil e toda documentação comprobatória de suas operações.

Diante de tão exuberante conjunto probatório, comprovando a prática reiterada à legislação tributária, não rechaçada em momento algum pela recorrente, não se sustentam suas alegações de nulidade do ato de exclusão da sistemática de recolhimento simplificado SIMPLES (Lei nº 9.317/96).



Diante do exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso, acolhendo a decadência em relação as contribuições CSLL, PIS, COFINS e INSS, negando provimento em relação a manifestação de inconformidade de exclusão do SIMPLES (Lei nº 9.317/96).

Sala das Sessões, em 28 de maio de 2009

Walter A. Maresch
Relator WALTER ADOLFO MARESCH

