



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

Processo nº 15983.000905/2007-15
Recurso nº 167.612 Voluntário
Acórdão nº **1803-01.431 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 8 de agosto de 2012
Matéria EXCLUSÃO SIMPLES FEDERAL E OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente TERRAMAR COM. DE AREIA E PEDRA E TERRAPLANAGEM LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005

EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL. NULIDADES. INOCORRÊNCIA. PENDÊNCIA DE DECISÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL DE EXIGÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

A partir do momento em que constatada ocorrência de uma das situações previstas em lei como excludentes do Simples, cabe à Administração Pública efetuar a exclusão de ofício, mediante Ato Declaratório, ainda que eventual crédito tributário decorrente das infrações apuradas quando a empresa ainda estava sujeita ao regime simplificado, e das quais decorreu a sua exclusão, esteja com sua exigibilidade suspensa em razão de recurso administrativo.

PRÁTICA REITERADA À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. NORMA PENAL EM BRANCO. REGULAMENTAÇÃO ADICIONAL.

O disposto no art. 14, inciso V da Lei nº 9.317/96, não depende de qualquer regulamentação adicional, tendo plena eficácia, devendo a legalidade do procedimento de exclusão do SIMPLES ser aferido caso a caso, nos termos da legislação aplicável ao processo administrativo fiscal.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005

SELEÇÃO DE CONTRIBUINTE. NULIDADES. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL MPF.

Ao contribuinte não é dado indagar acerca dos critérios de seleção de contribuintes fiscalizados, mormente se lhe foi cientificado o Mandado de Procedimento Fiscal, que pressupõe o regular cumprimento por parte da Administração Tributária, de todas orientações internas emanadas pelo órgão fiscalizador.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005

NULIDADE DO LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA. PENDÊNCIA DE DECISÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL DE EXCLUSÃO DO SIMPLES.

A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do CTN, de sorte que, uma vez constatada infração à legislação tributária, impõe-se a lavratura do auto de infração, observada a forma de tributação a qual deva se submeter à pessoa jurídica a partir de sua exclusão do regime simplificado, ainda que o Ato Declaratório de exclusão do Simples esteja com seus efeitos suspensos em razão de manifestação de inconformidade ou recurso apresentado em processo administrativo fiscal.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 30/06/2001, 31/07/2001, 31/08/2001, 30/09/2001, 31/10/2001, 30/11/2001

DECADÊNCIA. TRIBUTOS SUJEITOS AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS.

Consoante dispõe a Súmula STF nº 08 e entendimento exarado no REsp 973.733/SC do STJ, 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.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005

MULTA QUALIFICADA. CONDUTA DOLOSA.

Consoante farta e pacífica jurisprudência deste colegiado julgador administrativo, a prática reiterada na prestação de informações inverídicas e a magnitude da omissão de receitas, oferecem elementos suficientes para caracterizar a conduta dolosa no descumprimento das obrigações tributárias, ensejando a aplicação da multa qualificada de 150%.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Selene Ferreira de Moraes - Presidente.

(assinado digitalmente)

Walter Adolfo Maresch - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Selene Ferreira de Moraes (presidente), Walter Adolfo Maresch, Sergio Rodrigues Mendes, Meigan Sack Rodrigues, Victor Humberto Da Silva Maizman e Sérgio Luiz Bezerra Presta.

Relatório

TERRAMAR COM. DE AREIA E PEDRA E TERRAPLANAGEM LTDA pessoa jurídica já qualificada nestes autos, inconformada com a decisão proferida pela 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 por bem retratar os fatos.

1. A empresa acima identificada, mediante Ato Declaratório Executivo DRF/STS nº 17, de 27 de agosto de 2007, de emissão do Senhor Delegado da Receita Federal em Santos-SP (fl. 685), 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 de maio de 2001 a dezembro 111 de 2005 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 01/06/2001, conforme inciso V do artigo 15 da mesma Lei nº 9.317/1996 e inciso VII do artigo 24 da Instrução Normativa do Secretário da Receita Federal (SRF) nº 608/2006.

2. Este ato declaratório foi expedido atendendo a Representação Fiscal (fls. 658 e 659), na qual o auditor fiscal relata que a empresa, em relação aos anos calendários de 2001 a 2003, apresentou declarações de inatividade e, em relação aos anos-calendário 2004 e 2005, apresentou declarações simplificadas com valores zerados e não fez nenhum recolhimento referente ao Simples ou a tributo administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, apesar de ter auferido receitas da atividade no período de maio de 2001 a dezembro de 2005, conforme constatado em notas fiscais e no Livro Registro de Faturas de Obras e Serviços, circunstâncias estas registradas no Termo de Intimação Fiscal de fls. 663 e 665 e no Demonstrativo de Receita Bruta Apurada de fls. 666 a 674.

3. A interessada foi cientificada em 10 de setembro de 2007 do Ato Declaratório de Exclusão (fls. 690).

4. Inconformada, a contribuinte apresentou em 18 de setembro de 2007, representada por procuradora (fls. 701 a 706), a Manifestação de Inconformidade de fls. 691/701, acompanhada apenas dos documentos que comprovam a representação (fls. 702 a 706), na qual alega, em síntese, o seguinte:

4.1 há cerceamento do direito de defesa, pois sua exclusão do Simples somente poderia ocorrer depois de devidamente apurada, com o exercício do contraditório e da ampla defesa, a alegada "prática reiterada de infração à legislação tributária" em processo administrativo regular, conforme prevê o artigo 15, § 3º, da Lei nº 9.317/1996;

4.2 conforme já decidiu o Conselho de Contribuintes em casos semelhantes, cujas ementas dos Acórdãos são reproduzidas, o Ato Declaratório Executivo nº 17, de 27/08/2007 é nulo, já que não esclarece as razões pelas quais considerou a manifestante praticante de reiteradas infrações à legislação tributária, 411 limitando-se a indicar o dispositivo legal infringido e o processo administrativo 15983.000295/2007-50, no qual teria sido apurada a prática infracional e do qual não tomou ciência;

4.3 "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 repetições são necessárias, nem quais infrações à legislação tributária dariam margem à exclusão do Simples;

4.4 "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 n's 55/1973 e 194/1974;

4.5 "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. A exclusão do Simples, bem como a manifestação contrária à exclusão, relatadas acima, compunham originariamente o processo administrativo 15983.000295/2007- 50, que por força da Portaria do Secretário da Receita Federal nº 6.129, de 02 de dezembro de 2005, foi juntado por anexação ao presente processo conforme o despacho de fl. 657 e os Termos de fls. 708 e 709, compondo as atuais fls. 658 a 707.

6. O presente processo foi formalizado em decorrência de ação fiscal, em relação a qual a contribuinte, acima identificada, foi cientificada de lançamentos de ofício de tributos federais em 06/12/2007 (fls. 09, 10, 26, 27, 43, 44, 60 e 61), e intimada a recolher o crédito tributário constituído relativo ao IRPJ, à contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), multa proporcional e juros de mora, referentes a fatos geradores ocorridos em 2001, 2002, 2003, 2004 e 2005.

7. Conforme descrito nos Autos de Infração, demonstrativos anexos, no Ter de Verificação e Constatação Fiscal e no Demonstrativo de Receita Omitida (fls. 08 a 92), a contribuinte teve, em face de sua exclusão do Simples desde 01/06/2001 e da impossibilidade de apuração do Lucro Real pela não apresentação da escrituração contábil elaborada pela mesma fiscalizada, intimada de acordo com as leis comerciais e fiscais, seu lucro arbitrado com base nas receitas omitidas verificadas nas Notas Fiscais de emissão da própria fiscalizada.

8. Tendo em vista o apurado, foram lavrados, conforme preceitua o artigo 9º do Decreto n 70.235, de 06 de março de 1972, os Autos de Infração de IRPJ (fls. 09 a 14), de contribuição para o PIS (fls. 26 a 31), de COFINS (fls. 43 a 48) e de CSLL (fls. 60 a 66), com os respectivos enquadramentos legais e demonstrativos dos montantes dos tributos, multas de ofício aplicadas e juros de mora calculados até 30/11/2007. Devido ao fato de a contribuinte ter apresentado declarações de inatividade em 2001, 2002 e 2003 e Declaração Simplificadas zeradas referentes aos anos-calendário 2004 e 2005, apesar das receitas auferidas nestes períodos, foi aplicada a multa qualificada de 150% prevista no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/1996, pela existência de evidente intuito de fraude, caracterizada pela omissão de informação e prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias.

9. Irresignada com os lançamentos, a autuada apresentou em 20/12/2007, representada por procuradora (fls. 634 a 639) a impugnação de fls. 620 a 634, instruída com os documentos que comprovam a representação (fls. 635 a 639) e com cópia da manifestação de inconformidade contra a exclusão do Simples (fls. 640 a 652), alegando, em síntese, que:

9.1. os lançamentos são nulos por desvio de poder e desrespeito aos princípios constitucionais da impessoalidade, da imparcialidade e da isonomia, pois em nenhum momento foram indicadas pelo auditor fiscal autuante as razões ou a origem da fiscalização, nem qual programa de fiscalização estava sendo executado, nem foi apresentada a prévia autorização, para fiscalizar a contribuinte, do Coordenador do Sistema de Fiscalização (COFIS), conforme previsto no caput e § 2º do artigo 1º da Portaria do Secretário da Receita Federal (SRF) nº 500/1995 e no caput e § 4º do artigo 1º da Portaria SRF nº 3.007/2002;

9.2. descabe a exigência tributária enquanto não for decidido o processo 15983.000295/2007-50, no qual a impugnante discute sua exclusão do Simples, conforme cópia da manifestação de inconformidade anexada às fls. 640 a 652, efetivada ilegalmente, pois teve seu direito de defesa desconsiderado, em afronta ao conteúdo do artigo 15, § 3º, da Lei nº 9.317/1996;

9.3. segundo a doutrina e a jurisprudência administrativas dominantes, esta última com várias ementas de julgados transcritas, a parcela dos créditos tributários cujos fatos

geradores ocorreram até 30/09/2002, já tinha o direito de formalização pela Fazenda decaído quando da ciência do lançamento em 05 de dezembro de 2007, pois os tributos ora discutidos são sujeitos ao lançamento por homologação e o termo inicial de seu prazo decadencial é a data do fato gerador, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN;

9.4. a multa de ofício qualificada (150%) foi aplicada indevidamente, pois a fiscalização não provou a fraude, e segundo o volume 2, nº 4/5 da Revista de Política e Administração Fiscal da própria Secretaria da Receita Federal, acórdão da própria Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo e acórdãos do Conselho de Contribuintes, o ônus de provar a fraude é da Administração Tributária; nem indicou quais as práticas cometidas pela impugnante que levariam à incidência das disposições dos artigos 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502/1964, o que é necessário segundo doutrina transcrita;

9.5 a aplicação da multa qualificada de 150% encontra-se pacificada no âmbito do Primeiro Conselho de Contribuintes como se lê em sua Súmula nº 14, segundo a qual "a simples apuração de omissão de receita ou de rendimento, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo".

A DRJ SÃO PAULO/SP I, através do acórdão nº 16-16.994, de 25 de abril de 2008 (fls. 710/724), julgou procedente em parte 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: 01/06/2001

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.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Data do fato gerador: 30/06/2001, 31/07/2001, 31/08/2001, 30/09/2001, 31/10/2001, 30/11/2001, • 31/12/2001, 31/01/2002, 28/02/2002, 31/03/2002, 30/04/2002, 31/05/2002, 30/06/2002, 31/07/2002, 31/08/2002, 30/09/2002, 31/10/2002, 30/11/2002, 31/12/2002, 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003, 31/01/2004, 29/02/2004, 31/03/2004, 30/04/2004, 31/05/2004, 30/06/2004, 31/07/2004, 31/08/2004, 30/09/2004, 31/10/2004, 30/11/2004, 31/12/2004, 31/01/2005, 28/02/2005, 31/03/2005, 30/04/2005, 31/05/2005, 30/06/2005, 31/07/2005, 31/08/2005, 30/09/2005, 31/10/2005, 30/11/2005, 31/12/2005

*MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. EMISSÃO
REGULAR. IMPESSOALIDADE. IMPARCIALIDADE.*

Presume-se, até prova contrária a cargo de que alega, que ação fiscal suportada por Mandado de Procedimento Fiscal regularmente emitido foi planejada atendendo os princípios da impessoalidade, imparcialidade e isonomia.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 30/06/2001, 31/07/2001, 31/08/2001, 30/09/2001, 31/10/2001, 30/11/2001, 31/12/2001, 31/01/2002, 28/02/2002, 31/03/2002, 30/04/2002, 31/05/2002, 30/06/2002, 31/07/2002, 31/08/2002, 30/09/2002, 31/10/2002, 30/11/2002, 31/12/2002, 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, • 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003, 31/01/2004, 29/02/2004, 31/03/2004, 30/04/2004, 31/05/2004, 30/06/2004, 31/07/2004, 31/08/2004, 30/09/2004, 31/10/2004, 30/11/2004, 31/12/2004, 31/01/2005, 28/02/2005, 31/03/2005, 30/04/2005, 31/05/2005, 30/06/2005, 31/07/2005, 31/08/2005, 30/09/2005, 31/10/2005, 30/11/2005, 31/12/2005

DECADÊNCIA. IMPOSTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

O direito de a Fazenda Pública lançar de ofício crédito Tributário referente a imposto somente decai após o prazo de cinco anos contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento já poderia ter sido efetuado.

DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. SEGURIDADE SOCIAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

O direito de a Fazenda Pública lançar de ofício crédito Tributário referente a contribuição para a Seguridade Social somente decai após o prazo de dez anos contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento já poderia ter sido efetuado.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DOLO. MULTA. 150%.

Em lançamento de ofício é devida multa qualificada de 150% calculada sobre a totalidade ou diferença do tributo que não foi pago ou recolhido quando demonstrada a presença de dolo na ação ou omissão do contribuinte.

Ciente da decisão em 12/06/2008, conforme Aviso de Recebimento – AR (fl. 743), apresentou o recurso voluntário em 07/07/2008 - fls. 744/787, onde reitera em grande parte os argumentos da inicial.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Walter Adolfo Maresch

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

Trata o presente processo de exclusão do SIMPLES FEDERAL e concomitantes lançamentos de ofício de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS relativos aos anos calendários 2001 a 2005, pela constatação de não tributação de receitas regularmente auferidas, adotando-se o regime de tributação do lucro arbitrado.

Alega a recorrente em síntese:

Em relação à exclusão do SIMPLES FEDERAL (Lei nº 9.317/96):

a) 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;

b) a sanção prevista no artigo 14, 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, e

c) 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.

Em relação ao lançamento do IRPJ e seus reflexos (CSLL, PIS e COFINS):

a) a seleção da RECORRENTE para a fiscalização não observou as determinações constantes da PORTARIA SRF Nº 3.007/02 (ITEM 2);

b) descabe a exigência tributária enquanto não for decidido definitivamente o PROCESSO Nº 15983.000295/2007-50, no qual a RECORRENTE discute a sua exclusão do SIMPLES, já que efetivada irregularmente (ITEM 3);

c) incidiu, com relação aos fatos geradores ocorridos até NOV/2002, o instituto da decadência, posto que a RECORRENTE foi notificada do auto de infração em 06/12/2007, quando já transcorrido o lapso temporal de 05 (cinco) anos (ITEM 4);

d) na autuação, foi aplicada, indevidamente, a multa de 150% sobre o tributo (ITEM 5).

Passo inicialmente a análise dos argumentos em relação a exclusão do SIMPLES FEDERAL (Lei nº 9.317/96).

Afirma a recorrente que não foi observado o devido processo legal no que tange a sua exclusão do SIMPLES FEDERAL pois não teve acesso prévio aos elementos do processo e o ato declaratório não estaria suficientemente motivado.

Ora, a exclusão do SIMPLES FEDERAL se dá com fundamento na Lei nº 9.317/96, havendo efeito suspensivo desta exclusão, com a apresentação da manifestação de inconformidade.

Conforme bem observou a decisão de primeira instância, todos os elementos necessários para configurar a situação excludente (prática reiterada de infração tributária), encontravam-se no processo nº 15983.000295/2007-50, anexado ao presente (fls. 658/684), sendo que o ato de exclusão (fl. 685), faz expressa remissão ao processo sendo a contribuinte cientificada de todos os seus termos.

A contribuinte exerceu na plenitude o seu amplo direito à defesa por ocasião da manifestação de inconformidade (fls. 693/701), não havendo que se falar em qualquer nulidade neste sentido.

Tampouco merece acolhida, a alegação sobre a inaplicabilidade do disposto no art. 14, inciso V da Lei nº 9.317/96, por se tratar de norma penal em branco que necessitaria de regulamentação.

Tem-se que o dispositivo tem plena vigência e eficácia, não dependendo de qualquer regulamentação adicional para que reste aplicada e reconhecida a situação excludente de “prática reiterada de infração à legislação tributária”.

Com efeito, conforme a própria recorrente afirma, tratando-se de regime diferenciado, simplificado e favorecido para as empresas que aderem ao sistema simplificado de recolhimento de tributos federais (Lei nº 9.317/96), tem como contrapartida a absoluta observância da legislação tributária por parte destas.

As dúvidas que a recorrente apresenta sobre a aplicação prática do dispositivo ficam no campo das hipóteses, sendo que somente as questões reais de sua aplicação por parte das autoridades fiscais são objeto de análise por parte deste colegiado julgador administrativo.

Fato incontestável e não infirmado em nenhum momento por parte da recorrente é que ao longo de 05 (cinco) anos em que foi objeto do procedimento fiscal, afrontou acintosamente a legislação tributária e em particular a do SIMPLES FEDERAL (Lei nº 9.317/96), omitindo sistematicamente suas receitas, não recolhendo um centavo sequer à título de tributo, prestando declaração falsa de inatividade em relação aos anos de 2001, 2002 e 2003, e, DSPJ em branco em relação aos anos calendários 2004 e 2005.

Onde está a dúvida a ser esclarecida?

Os dicionários definem o termo *reiterar* como "repetir", "renovar", "refazer". Assim, a simples renovação de uma conduta tributária antijurídica já bastaria para caracterizar a situação excludente descrita, conforme já decidiu este colegiado:

*SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E
CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS
DE PEQUENO PORTE — SIMPLES.*

EXCLUSÃO POR EXERCÍCIO DE ATIVIDADE VEDADA E PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÕES À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. DIES A QUO DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO.

A existência de contrato, cujo objeto é prestação de serviços de mão de obra, e de Ficha Razão dando conta de serviços prestados à vista, não deixam qualquer dúvida no sentido do exercício de atividade vedada.

Perfeitamente caracterizada a prática reiterada de infrações à legislação tributária quando o contribuinte não logra comprovar a origem e o ingresso dos recursos no patrimônio da empresa em várias oportunidades.

A reiteração dá-se na segunda oportunidade, dies a quo para os efeitos da exclusão do SIMPLES.

(Ac. 302-36.890, 16/06/2005, 2ª Câmara 3º CC)

Destarte, totalmente inócua a discussão quantas infrações são necessárias para restar caracterizada a prática reiterada de infração à legislação tributária pois às escâncaras a situação fática apresentada não deixa a menor dúvida quanto a conduta tributária delituosa praticada ao longo de 05 (cinco) anos por parte da recorrente.

A exclusão se dá conforme disciplina o art. 15, inciso V, a partir do mês inclusive, da constatação da situação excludente.

No caso, constatada a omissão de receitas desde Maio de 2001 e a reiteração da infração no mês de Junho de 2001, correta a exclusão a partir deste mês inclusive, conforme aplicado e disposto no Ato Declaratório Executivo DRF/STS nº 17, de 27 de agosto de 2007 (fl. 685).

Rejeito portanto as alegações sobre inaplicabilidade do disposto no art. 14, inciso V da Lei nº 9.317/96.

Por derradeiro, descabida a pretensão de que deva ser aguardada a confirmação e decisão condenatória definitiva em relação ao lançamento tributário, por analogia à legislação do IPI.

Contudo, não procede a analogia proposta pela recorrente com o instituto da reincidência, conforme definido na legislação de regência do IPI (art. 70 da Lei nº 4.502/64), ou mesmo em relação ao inciso VII do art. 14 da Lei nº 9.317/96.

Para a configuração da reincidência, nos termos da legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados, é necessário que exista decisão condenatória definitiva referente à infração anterior.

Confira-se o teor do citado artigo:

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

julgado, administrativamente, a decisão condenatória referente à infração anterior”.

A exigência de decisão condenatória definitiva, no âmbito do SIMPLES, para fins de determinar a exclusão da pessoa jurídica deste sistema, está expressamente prevista apenas no caso de prática de crimes contra a ordem tributária, conforme inciso VII do art. 14 da Lei nº 9.317/96.

Contudo, no caso do inciso V do mesmo artigo (prática reiterada de infração), não foi prevista a mesma exigência.

Confira-se os dispositivos em questão:

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

(...)

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;

(...);

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

Impossível a analogia, pois tratam-se de institutos distintos, estando apenas um expressamente definido em lei, não sendo possível estender a exigência também para os casos preconizados no inciso V do art. 14 da lei tributária.

Rejeito assim, todas as alegações da recorrente no que se refere a exclusão do SIMPLES FEDERAL (Lei nº 9.317/96).

Passo a análise das alegações da recorrente em relação aos lançamentos de ofício do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

Inicialmente impende apreciar a alegação de decadência, em que a recorrente sustenta que considerando a ciência do lançamento em 06/12/2007, todos os fatos geradores de Junho/2001 a Novembro/2002 restaram atingidos pela decadência.

Registre-se por oportuno, que a decisão de primeira instância, exonerou a recorrente em relação ao lançamento de IRPJ para os fatos geradores trimestrais de 30/06/2001 e 30/09/2001.

Neste aspecto, assiste parcial razão à recorrente.

Com a edição da Súmula Vinculante nº 08, por parte do Egrégio Supremo Tribunal Federal, afastou-se em definitivo a aplicação do art. 45 da Lei nº 8.212/91 do ordenamento jurídico tributário, mantendo-se exclusivamente as regras do Código Tributário Nacional em matéria de prescrição e decadência também para as denominadas contribuições sociais.

Neste diapasão, necessária ainda a referência ao julgado contido no REsp 973.733/SC, que por força do art. 62-A do RICARF, deve ser observado por este colegiado julgador administrativo:

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 EREsp 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 imponível, 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).

(...).

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

Ante o exposto, tratando-se de tributos sujeitos ao lançamento por homologação (art. 150, § 4º do CTN) e ausente qualquer recolhimento anterior, conforme relatado pela autoridade fiscal (fls. 79/83), impõe-se a regra do art. 173, I do Código Tributário Nacional.

Nesta senda, considerando que o lançamento foi realizado em 06/12/2007, deve ser reconhecida também a decadência para os fatos geradores de 30/06/2001 e 30/09/2001, em relação à CSLL e para os fatos geradores de 30/06/2001 a 30/11/2001 para as exações de PIS e COFINS, considerando como primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderiam ser lançadas, o dia 01/01/2002.

Além da incidir a regra do art. 173, I do CTN em virtude da falta de recolhimento anterior, também em consequência da manutenção da multa qualificada de 150%, conforme adiante se verá, é aplicável o disposto no art. 173, I e não a regra do art. 150, § 4º do CTN.

A recorrente não fez qualquer alegação em relação ao mérito dos valores lançados, limitando-se a abordar questões formais do procedimento que passo a apreciar a seguir.

Inicialmente tece a recorrente longas alegações de que não teria como se certificar de que a seleção da empresa pela fiscalização observou as normas regulamentares expedidas pela Secretaria da Receita Federal, não se podendo aferir se esta se realizou observando os critérios de estabelecidos nas Portarias internas e os princípios da isonomia, da impessoalidade e da imparcialidade.

Equivoca-se evidentemente a recorrente, pois não há nenhum dispositivo legal determinando a ciência ao contribuinte acerca dos motivos que levaram a fiscalização, pois refere-se a prerrogativa legalmente instituída sendo dever instrumental do contribuinte apresentar todos os elementos acerca de suas operações comerciais.

Conforme já deixou claro a decisão de primeira instância, tendo a contribuinte recebido o competente Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, infere-se que a Administração Tributária agiu de acordo com as orientações emanadas dos órgãos superiores, não cabendo ao contribuinte indagar acerca de assuntos que tem caráter eminentemente “*interna corporis*”.

Rejeito portanto as alegações de nulidade neste sentido.

Não há tampouco qualquer irregularidade no lançamento dos tributos não recolhidos antes da decisão definitiva acerca da exclusão do SIMPLES FEDERAL.

Com efeito, além das matérias estarem sendo discutidas simultaneamente após a apensação dos processos de exclusão e lançamento de ofício, não há qualquer óbice no

regular cumprimento do dever poder de realizar o lançamento tão logo efetuada pela Administração Tributária a exclusão da sistemática de recolhimento simplificado.

O retardo no lançamento dos tributos devidos implica na fatal e inarredável fluência da decadência o que a autoridade fiscal não deve deixar ocorrer sob pena de responsabilização uma vez constatada a falta considerando sua atividade plenamente vinculada conforme dispõe o Código Tributário Nacional.

E quanto à forma de tributação adotada, o artigo 16 da Lei nº 9.317/96 prevê o seguinte, (*verbis*):

“Art. 16. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.”

Uma vez que a recorrente, no curso do procedimento fiscalizatório, expressamente reconheceu que não possuía condições de providenciar a escrituração contábil dos períodos fiscalizados (maio de 2001 a dezembro de 2005), foi submetida de ofício ao lucro arbitrado, conforme expressamente prevê o art. 47 da Lei nº 8.981/95.

Por derradeiro, resta a análise da correta aplicação da multa qualificada de 150%, conforme disposto no art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Na redação vigente à época dos fatos geradores (2001 a 2005), deve restar evidente o intuito de fraude conforme definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Não obstante não ter definido em qual dos artigos estaria enquadrada a contribuinte, descreveu com propriedade a conduta dolosa praticada ao longo dos anos calendários que foram objeto do procedimento fiscal.

A contribuinte informou situação inverídica ao se declarar inativa em relação aos anos calendários 2001 a 2003 e sem receita tributável em relação aos anos calendários 2004 e 2005 (DSPJ em branco).

Acresce que tampouco recolheu qualquer importância a título de tributo federal mesmo na sistemática de recolhimento simplificado - SIMPLES FEDERAL.

A prática adotada pela recorrente ao longo de 05 anos, foi de total desprezo ao regular cumprimento de suas obrigações tributárias principais ou acessórias, revelando uma prática habitual e contumaz, que refoge a um simples equívoco ou desorganização em sua área contábil e fiscal, evidenciando conduta dolosa no sentido de locupletar-se com os recursos que legitimamente pertencem ao Erário Público Federal.

A jurisprudência desta instância julgadora administrativa, acolhe o conceito de prática reiterada e do percentual envolvido na omissão, como parâmetros balizadores para manutenção da penalidade qualificada, conforme excertos:

Acórdão CSRF/01-05.739, relator Marcos Vinicius Neder de Lima:

"QUALIFICAÇÃO DE MULTA — INTUITO DOLOSO — PRÁTICA REITERADA DE ENTREGA DE DECLARAÇÃO À

FAZENDA FEDERAL COM VALORES INFERIORES AOS ESCRITURADOS NOS LIVROS - A reiteração da entrega de declaração em valor significativamente inferior ao constante em seus livros fiscais por longo período caracteriza o intuito doloso e autoriza a qualificação da multa."

Acórdão 101-96.908, relator Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho:

"MULTA QUALIFICADA DE 150% — CONDUTA FRAUDULENTA - A prática reiterada da contribuinte, por sucessivos exercícios, em omitir receitas, mediante declaração falsa de inatividade, e em declarar de maneira significativamente reduzida a receita auferida, caracterizam sua intenção fraudulenta e, por conseguinte, justificam a aplicação da multa qualificada de 150%."

Acórdão 101-96.703, relatora Sandra Maria Faroni:

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. É aplicável a multa de ofício qualificada de 150 %, naqueles casos em que restar constatado o evidente intuito de fraude. A conduta ilícita reiterada ao longo do tempo, descaracteriza o caráter fortuito do procedimento, evidenciando o intuito doloso tendente à fraude.

Acórdão CSRF 9101-00.140, relator Antonio Carlos Guidoni Filho:

"MULTA AGRAVADA – CONDUTA REITERADA. Nos termos da jurisprudência majoritária da CSRF, e das Câmaras da Primeira Seção do CARF, a prática reiterada de infrações à legislação tributária denota a intenção dolosa do contribuinte de fraudar a aplicação da legislação tributária e lesar o Fisco."

Acórdão CSRF/01-05.810, relator José Clóvis Alves:

"MULTA QUALIFICADA — CONDUTA CONTINUADA — A escrituração e a declaração sistemática de receita menor que a real, provada nos autos, demonstra a intenção, de impedir ou retardar, parcialmente o conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal por parte da autoridade fazendária e enquadra-se perfeitamente na norma hipotética contida do artigo 71 da Lei 4.502/64, justificando a aplicação da multa qualificada."

Assim, demonstrado no caso concreto a conduta dolosa do contribuinte tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, é de ser mantida a multa aplicada no percentual de 150%, pelo que deve ser negado provimento ao recurso voluntário também neste aspecto.

Ante o exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso, reconhecendo a decadência dos fatos geradores 30/06/2001 e 30/09/2001, para a CSLL, e, dos fatos geradores 01/06/2001 a 30/11/2001, para as exações de PIS e COFINS, mantendo-se o

Processo nº 15983.000905/2007-15
Acórdão n.º **1803-01.431**

S1-TE03
Fl. 816

lançamento para os demais fatos geradores, seja em relação ao IRPJ bem como dos lançamentos decorrentes de CSLL, PIS e COFINS.

(assinatura digital)

Walter Adolfo Maresch - Relator