



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

Processo n° 19647.010770/2004-25
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-003.005 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de abril de 2018
Matéria SIMPLES - INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTOS
Recorrente BOM TOM-ACESSORIOS E ARTEFATOS DE COURO LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2000

DIFERENÇA DE BASE DE CÁLCULO.

Tendo a contribuinte declarado como INATIVA quando constatado no livro de apuração do ICMS a obtenção de valores de receita bruta, procede a cobrança dos imposto e contribuições componentes do SIMPLES calculados sobre a diferença não declarada.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRELIMINAR DE NULIDADE. Estando os atos administrativos, consubstanciadores do lançamento, revestidos de suas formalidades essenciais, não se há que falar em nulidade do procedimento fiscal.

JUROS DE MORA - TAXA SELIC.

Os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo nº 19647.010770/2004-25
Acórdão n.º **1402-003.005**

S1-C4T2
Fl. 283

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas e a diligência requerida e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Edgar Bragança Bazhuni, Leonardo Luis Pagano Goncalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Demetrius Nichele Macei e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo (SP) assim ementado:

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

Ano-calendário: 2000.

Ementa: DIFERENÇA DE BASE DE CÁLCULO.

Tendo a contribuinte declarado como INATIVA quando constatado no livro de apuração do ICMS a obtenção de valores de receita bruta, procede a cobrança dos imposto e contribuições componentes do SIMPLES calculados sobre a diferença não declarada.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRELIMINAR DE NULIDADE. Estando os atos administrativos, consubstanciadores do lançamento, revestidos de suas formalidades essenciais, não se há que falar em nulidade do procedimento fiscal.

INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS - JUROS DE MORA - TAXA SELIC.

Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhe execução.

Lançamento Procedente"

O caso foi assim relatado pela instância *a quo*, *in verbis*:

"Contra a empresa acima qualificada foram lavrados os Autos de Infração às fls. 131 a 156 para exigência de crédito tributário referente aos fatos geradores de 01 a 10/2000, adiante especificado:

CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM REAIS					
TRIBUTO	FLS	Imposto/ Contrib.	Juros de Mora	Multa Proporcional	TOTAL
Imposto de Renda Pessoa Jurídica - Simples	131	659,83	474,44	494,80	1.629,07
Contribuição para o PIS - Simples	136	659,83	474,44	494,80	1.629,07
Contribuição Social sobre o Lucro - Simples	141	3.638,14	2.656,24	2.728,55	9.022,93
Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Simples	146	7.276,28	5.312,52	5.457,16	18.045,96
Contribuição para Seguridade Social - INSS - Simples	151	7.986,86	5.823,50	5.990,10	19.800,46
TOTAL	-	-	-	-	50.127,47

Os referidos autos de infração são decorrentes de ação fiscal efetuada junto à contribuinte, na qual a fiscalização constatou infrações à legislação do SIMPLES amplamente descritas no Termo de Encerramento de Ação Fiscal, às fls. 157 a 165, cujos enquadramentos legais encontram-se discriminados nos autos de infração, que passam a integrar a presente decisão como se aqui transcritos fossem. As irregularidades constatadas e suas conseqüências podem ser assim resumidas:

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

A contribuinte optou pelo sistema simplificado em 01/01/1997 sendo excluída com efeito em 01/11/2000 conforme ADE nº 262.274, tendo em vista a existência de débitos da empresa junto a PGFN.

No ano calendário de 2000, nos meses de janeiro a outubro, foram apuradas receitas brutas tributáveis escrituradas no livro de Apuração do ICMS, porém a contribuinte apresentou sua declaração anual como INATIVA e não efetuou qualquer pagamento do SIMPLES.

Foram consideradas como base de cálculo para apuração dos valores devidos dos impostos e contribuições componentes do SIMPLES a receita bruta constante do livro de Apuração do ICMS, às fls. 34 a 43.

Devidamente notificada, e não se conformando com o procedimento fiscal, a contribuinte apresentou, tempestivamente, as suas razões de defesa, às fls. 169 a 183, nas quais questiona os autos de infração, alegando em síntese o seguinte:

- Considera a contribuinte que sua exclusão do SIMPLES a partir de 01/11/2000 foi ilegal, pois o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda reconheceu a ilegalidade das exclusões efetuados pelo fisco quando o motivo era os débitos junto ao INSS e PGFN.

- em seguida reclama foram presumidas as diferenças de base de cálculo sem detalhar os fatos justificadores da autuação. Ressalta que reconhece a existência de tributo a recolher, porém em valores diversos. Contesta que a autuação não segue a legislação fiscal, principalmente na apuração da base de cálculo do IR.

- Sugere a contribuinte, às fls. 172 e 173, que os livros de apuração do ICMS, apresentados por ela, estariam inconsistentes, pois existiriam receitas que não são tributáveis para o IR e a CSLL. Volta a expor a necessidade da apresentação de provas sobre os ilícitos fiscais apurados no procedimento, principalmente a realização de diligência para confirmar os dados apurados. Afirma ainda expressamente a contribuinte o seguinte: "Verificou-se que a referida incorreção diz respeito ao fato da pessoa jurídica ter entregue declaração do IRPJ na modalidade "inativa", por opção exclusiva do contador, quando estava em plena atividade operacional, com o auferimento de receita, conforme os seus registros fiscais".

-
- Na fl. 175 a contribuinte afirma que sempre esteve a disposição para apresentar todos os documentos fiscais e que não apresentou porque não foi formalmente intimada.
 - Na fl. 177 a impugnante passa a reclamar acerca da utilização de prova emprestada, tendo em vista a retirada de registros fiscais pertinentes ao ICMS para apuração da base do IRPJ/CSLL - SIMPLES.
 - Ainda, contesta a descrição dos fatos dos autos de infração considerando-a "lacônica", sem a identificação da origem dos valores listados.
 - Assim, requer a contribuinte a NULIDADE dos autos de infração do presente processo.
 - Segue sua impugnação alegando acerca da aplicação da Taxa SELIC como juros de mora em matéria tributária. Também lembra que a constituição federal (art. 179 da CF) determinou tratamento favorecido a microempresa e a empresa de pequeno porte."

Do Recurso Voluntário

Inconformado com a decisão, o recorrente apresentou recurso voluntário, em que apresenta as seguintes razões de fato e de direito para a reforma do Acórdão de 1º Instância:

1. Que a empresa BOM TOM - ACESSÓRIOS E ARTEFATOS DE COURO LTDA é de pequeno porte, tendo por objetivo operacional atividade concernente a um pequeno comércio varejista de artigos de couro, sendo optante do SIMPLES na qualidade de Empresa de Pequeno Porte - EPP. No início do mês de setembro do corrente foi notificada do início de uma ação fiscal nos seus registros contábeis e fiscais. Diante disso, providenciou, através do Contador, a pronta entrega dos livros e documentos respectivos, solicitados na Intimação Fiscal.
2. A questão nuclear da autuação corresponde a exclusão ilegal da pessoa jurídica da sistemática do SIMPLES, com vigência a partir de 01/11/2000. Mesmo assim, apenas em 10/09/2004, passado quase quatro anos, tem o fisco a iniciativa da realização de exame fiscal para apurar possível irregularidade fiscal vinculada à citada exclusão.
3. No acórdão guerreado o Nobre Relator se omite no reconhecimento pontual quanto a legalidade da exclusão da empresa do Regime do SIMPLES. Ora, caberia per citado quando efetivamente o Contribuinte teria sido notificado do inusitado ADE, do qual nem mesmo a data da emissão existe referência nos autos. No caso, nitidamente falseando a verdade, afirma ser correta a dita exclusão e que a empresa havia optado por não apresentar questionamento sobre o abusivo ato. Na verdade, a partir do momento que tomou conhecimento do ADE, o que ocorreu, repete-se, quando da ciência do Termo de Encerramento de Ação Fiscal, é apresentado manifestação de inconformidade, a qual constou como parte

da Impugnação Fiscal apresentada à Delegacia de Julgamento - RECIFE/PE, sobre a qual inexistente manifestação no capenga Acórdão nº 13.667/2005.

4. Com conseqüência da precipitada e inoportuna ação fiscal da Secretaria da Receita Federal - SRF - foi gerada para a pequena empresa uma exação fiscal absurdamente elevada, correspondente a R\$ 264.314,76 (IRPJ-SIMPLES, IRPJ/CSSL-ARBITRADO, COFINS e PIS), sendo essa suficiente para extinguir definitivamente a empresa, se ficar entendido ser pertinente a exigência dos respectivos tributos. Com efeito, não pode o Poder Público desconhecer serem as microempresas e as pequenas empresas fatores de estabilidade social, considerando principalmente a sua capacidade de gerar empregos, distribuir renda e girar a economia (art. 179, da Carta Política de 1988). Assim, a inexistência delas traz para a sociedade um número considerável de pessoas que, ou atuam na informalidade ou se mantêm desempregadas. No Brasil, isso, indubitavelmente, contribui para o agravamento dos sérios problemas sociais que o assolam.
5. A absurda atuação do fisco federal, no caso, se deu de modo injustificado, onde a autuante optou discriminadamente por alterar as receitas mensais declaradas na opção do regime do IRPJ/SIMPLES, exercido pela empresa, relativamente ao exercício de 2001 (períodos fiscais do ano de 2000), exigindo tributos adicionais, sob a justificativa da ocorrência de presumidas "diferenças de base de cálculo". sem, todavia, detalhar os fatos justificadores do ilícito fiscal. AUTO DE INFRAÇÃO. DESCRIÇÃO DOS FATOS. "A descrição detalhada dos fatos relativos à matéria tributável é elemento obrigatório do auto de infração..." (Ac. CC nº 103-21.643-2004, DOU de 30/07/2004). A pessoa jurídica reconhece a existência do tributo (código 6101) a recolher, no período objeto da ação fiscal, mas não nos valores propostos pelo fisco, no auto de infração em contestação.
6. Ocorreu nesta autuação fiscal o caso típico do agente público arvorar-se em legislador, porquanto opta por adotar procedimento que não encontra amparo legal na legislação fiscal, notadamente no Regulamento do IR (RIR/99). Com a mais cristalina certeza, a representante da SRF está, neste caso, acrescentando uma nova forma de tributação das pessoas, pelo IR, além daquelas previstas no art. 44, do Código Tributário Nacional (A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis).
7. Consta-se o absurdo da autuação em comento quando se verifica que o manejo dessas engenhosidades fiscais, pelos representantes do fisco, como se deu no caso vertente, sempre é no interesse injusto de impor - exigência fiscal descabida, em detrimento do princípio da legalidade. Assim, em vez de demonstrar a conduta ilícita do contribuinte, o próprio fisco é mentor de escancarada ilicitude, porquanto opta discricionariamente por cobrar tributo onde não há espaço para tanto.

8. Cita doutrina do Prof. Paulo Barros de Carvalho (in A Prova no Procedimento Administrativo Tributário - Revista DIALÉTICA de Direito Tributário n.º. 34, p. 105).
9. Outrossim, poderia pretender-se justificar o ilógico procedimento adotado pela autuante com a argumentação de que os dados para a formação dos Demonstrativos relativos à apuração do IRPJ/CSLL - SIMPLES, no ano de 2000, foram extraídos do Livro de Apuração do ICMS, fornecido pela empresa fiscalizada. As PLANILHAS fornecidas pelo Contador são cópias desse Livro de Apuração do ICMS, cujos valores mensais parecem inconsistentes, abarcando receitas que não interferem nas bases de cálculo do IRPJ/CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - SIMPLES (declaração), até prova em contrário.
10. No caso, por conveniência do autuante e no interesse de impor à pessoa jurídica uma exigência elevada, mesmo sabendo - por dever de ofício - ser esta indevida, é simploriamente dada legitimidade às informações (Planilhas transcritas por funcionário do escritório contábil). A legislação fiscal que obriga o contribuinte, antes porém, também e principalmente, delimita a atuação do Poder Público.
11. Se entendesse o fisco que o contribuinte teria auferido na realidade receita bruta superior da informada na Declaração do IRPJ/SIMPLES, tem o Poder Fiscal que deixar provada a acusação do ilícito fiscal. Sem essa prova concludente, é de prevalecer a situação original do contribuinte, até que seja oficialmente reconhecida a ilicitude apontada. Assim, como agiu neste caso o fisco, é plausível afirmar que os valores utilizados como base de cálculo, no auto de infração (diferenças de base de cálculo), são meras e abusivas ficções. "O princípio da tipicidade revela que o instituto da competência impositiva deve ser exaustivo. Todos os critérios necessários à descrição - tanto do fato tributável como da relação juridico-tributária -reclamam uma manifesta e esgotante previsão legal. A certeza e segurança jurídicas envolvidas no princípio da reserva legal (CTN, arts. 3º e 142) não comportam infidelidades nos lançamentos fiscais" (Ac. 1º CC nº 107-07.620/2004, DOU de 28/07/2004).
12. Destarte, como procedeu na autuação em contestação, agiu acodadamente o fisco, tendo em vista que uma preliminar constatação de irregularidade fiscal (indícios) não poderia servir como prova cabal e definitiva, sem a realização de diligências confirmatorias, da inquestionável ocorrência de receitas suprimidas da Declaração do IRPJ/CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - SIMPLES, as quais adicionadas à receita mensal declarada - caracterizaria a infração fiscal justificadora da exclusão do regime.
13. Entretanto, para surpresa, porquanto reconhecidamente a ocorrência desse fato não, mais justificaria a adoção do procedimento extremo, verificou-se que a referida incorreção diz respeito ao fato da pessoa jurídica ter entregue Declaração do IRPJ na modalidade "inativa", por

opção exclusiva do Contador, quando estava em plena atividade operacional, com o auferimento de receita, conforme os seus registros fiscais. No caso, o ato administrativo de exclusão é claramente omissivo na especificação do motivo da exclusão do regime do SIMPLES, não demonstrando os fundamentos e fatos jurídicos que o embasaram. **PAF - Nulo o ato administrativo de exclusão do sistema do SIMPLES, por não especificar a motivação de sua expedição** (Ac. CC nº. 303-30.688/2003, DOU de 17/05/2004). Em síntese, Senhores Conselheiros, o exercício da administração tributária encontra-se tolhido, em qualquer de seus movimentos, pela necessidade de aderência total aos termos inequívocos da lei, não podendo abrigar qualquer tipo de subjetividade própria aos atos de competência discricionária.

14. Ademais, como, comprovadamente, a autuada apenas quando da ciência do Termo de Encerramento de Ação Fiscal, ocorrida em 10 de novembro de 2004, tomou conhecimento do ADE nº 262274, que a excluiu do Regime do SIMPLES, somente a partir daí poderia apresentar manifestação de inconformidade do abusivo procedimento, o que fez quando da apresentação da Impugnação Fiscal, nos termos do Decreto nº 70.235/72. De duas uma, ou o Relator tem pouca afinidade com o processo fiscal, que dispensa o formalismo, ou tem consciência da ilegalidade do pleito do contribuinte mais insiste por mero corporativismo, mesmo contrariando claramente o art. 37, da CF, quanto aos aspectos da legalidade e da moralidade, pressupostos de validade de todo ato da administração pública.
15. Relativamente ao lançamento, efetivamente existem no livro de apuração de ICMS operações que na verdade não representam receita tributável pelo Imposto de Renda e pelas Contribuições Sociais - SIMPLES. como à primeira vista poderia parecer.
16. .Ora, o equívoco do fisco provavelmente reside nesse fato (constatação errônea de receita informados no Livro de Apuração do ICMS, que não repercutem no SIMPLES), razão pela qual deveria o fisco buscar identificar apenas aquelas receitas passivas de tributação, em vez de adotar de forma globalizada as receitas mensais informadas para a Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco, restando ser reconhecido injusto o procedimento, tendo em vista que firmado sem arrimo em nenhuma prova válida. No caso, portanto, não estria o fisco exonerado do ônus da prova do ilícito fiscal que alega.
17. Por todo o exposto, E. Conselheiros, improcede a iniciativa do agente do fisco (auditor fiscal) em promover procedimento fiscal reconhecidamente extravagante, antes de adotar uma postura mais racional e mais consentânea com o princípio da legalidade, sendo oportuno recordar ser da exclusiva alçada da autoridade administrativa tributária, em quem reside a competência legal, nos termos do artigo 142, do CTN, para constituição do crédito tributário, o dever de diligenciar no sentido de buscar os elementos de convicção da pertinência da exigência, dentro do princípio da verdade material.

18. Cita doutrina de ALBERTO XAVIER, em "DO LANÇAMENTO no Direito Tributário Brasileiro", pág. 119/120.
19. Portanto, a pressa manifestada pelo fisco, que em momento algum avaliou que o açoitamento acarretaria evidente transtorno para a empresa, a qual estava, como sempre esteve, à disposição da SRF para fornecer todos os seus registros e documentos fiscais, não o fazendo, repete-se, apenas por não ter sido, para tanto, formalmente intimada. Em síntese, a empresa não deixou de apresentar, quando solicitado, qualquer elemento fiscal (livros fiscais, livros contábeis e a sua documentação correspondente etc), relacionado à ação fiscal. Ora, **"a atividade administrativa de lançamento há de se submeter ao princípio da reserva legal, o que faz com que as exigências tributárias somente possam ser formalizadas com prova segura dos fatos que revelam o auferimento de receita passível de tributação ou mediante a demonstração de que ocorreram os fatos expressamente arrolados pela lei com presunção de omissão de receita."** (Ac. CC 103-21.652/2004, DOU de 30/07/2004).
20. Desse modo, o procedimento adotado pelo fisco federal não se coaduna com qualquer pressuposto esculpido em norma impositiva do Imposto de Renda, sendo a exigência imposta incondizente com o princípio da legalidade e da tipicidade da tributação. Cita doutrina de ALBERTO XAVIER (Os Princípios da legalidade e da tipicidade da tributação, cit. pág. 85).
21. Ora, mesmo no caso das presunções, torna-se extremamente problemático captar nessas, elementos que propiciem legitimidade ao evento fiscal de que tratam, porquanto são as presunções férteis para suscitar imprecisões, dúvidas e incertezas. Os tribunais brasileiros, tanto judiciais como administrativos, têm procurado reiteradamente preservar os valores consagrados no Texto Supremo (legalidade, verdade material, segurança e certeza jurídicas), inaceitando propostas de tributação edificadas sobre meros indícios ou aplicando processos presuntivos que a lei não autoriza. Assim, no magistério de ULHÔA CANTO, **"Na ficção a regra é formulada com absoluto desprezo pela correspondência da verdade legal que ele estabelece aos elementos reais da figura disciplinada"**.
22. A iniciativa do fisco, que ora se contesta sua legalidade, atenta contra a questão da segurança jurídica na relação fisco/contribuinte. Cita trechos de trabalho publicado pelo Advogado FRANCISCO MÉLEGA (Repertório IOB de Jurisprudência nº 18/88 - pág. 265).
23. Além disso, a utilização de prova emprestada, retirada de registros fiscal pertinente ao ICMS, com outro fato gerador e diferente base de cálculo, não serve, "per se", para legitimar exigência fiscal concernente ao IRPJ/CSLL - SIMPLES: aqui o fato gerador da obrigação tributária é outro, o que exige fique plenamente comprovada a ocorrência de omissão de receita capaz de produzir resultado diverso do que foi acusado pelo

contribuinte, na ocasião oportuna (declaração do tributo). Não sendo assim estaria criando obrigação nova, substituindo-se ao legislador, o que é inconcebível.

24. É essa, aliás, a atual conduta do 1º CC que, pela sua 5a. Câmara, decidiu no Acórdão nº 105-2.498 Processo nº 11040/000286/87-25, julgado em sessão de 18/01/88, **"ser incabível a conceituação de omissão de receita com base na comparação percentual entre o total de vendas e o valor do ICM informado no item 11 do quadro 10 do formulário da declaração de rendimentos..."**
25. Na realidade o auto de infração é tecnicamente bastante confuso, inclusive no que se refere à acusação fiscal 001 - Insuficiência de Recolhimento, impedindo inclusive o entendimento do ilícito fiscal, neste item, inclusive a identificação da origem dos valores listados no auto de infração. Assim, na ânsia de apenas gravosamente a fiscalizada, o autuante busca as formas mais maquiavélicas possíveis para acrescer o lançamento, razão pela qual produziu um monstro indecifrável, tornando muito complicado - inclusive - a formalização da defesa fiscal da autuada.
26. Diante disso, cabe adicionalmente mencionar ementa do Recurso Especial nº 8.516-SP, do Supremo Tribunal Federal, cujo relator foi o brilhante Ministro ARI PARGENDELER, diante de um caso concreto em que um poder tributante pretendia fazer válido auto de infração impreciso, ficou firmado o posicionamento no sentido de que "O lançamento fiscal, espécie de ato administrativo, goza de presunção de legitimidade; essa circunstância, todavia, não dispensa a Fazenda Pública de demonstrar, no correspondente auto de infração, a metodologia seguida para o arbitramento do imposto - exigência que nada tem a ver com a inversão do ônus da prova, resultando da natureza do lançamento fiscal, que deve ser motivado. Recurso especial não conhecido.
27. Assim, por ter o fisco deixado de realizar, no caso em exame, um efetivo trabalho fiscal, indispensável no procedimento de fiscalização externa (art. 10, do Decreto nº 70.235/72), é de ser reconhecida a nulidade do lançamento (art. 59, inciso II, do citado Decreto), porquanto optou comodamente o agente do fisco por impor à fiscalizada, sem pelo menos antes tê-la notificada sobre os fatos, uma acusação de ultra omissão de receita tributável na Declaração do IRPJ/CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - SIMPLES, do exercício de 2003, escorando a tributação apenas em Demonstrativo elaborado, em total desprezo as técnicas contábeis, o fazendo com o objetivo aparente de acrescer injustamente o lançamento fiscal. O conjunto de poderes do fisco não é ilimitado, pois encontra freios no campo das garantias individuais do cidadão, notadamente as previstas no art. 5º da Constituição Federal de 1988.
28. Portanto, torna-se inicialmente imprescindível o cancelamento definitivo do presente auto de infração, até mesmo com a realização posterior de nova ação fiscal, se for conveniente, para que o fisco possa - efetivamente

- auditar todos os registros fiscais e contábeis da pessoa jurídica BOM TOM -ACESSÓRIOS E ARTEFATOS DE COURO LTDA., através dos quais comprovará as receitas auferidas (recebidas) nos períodos, sendo possível, assim, verificar a exatidão ou não das obrigações fiscais do contribuinte e todos os demais procedimentos que o fisco, por haver negligenciado na realização do trabalho fiscal, deixou de oportunamente verificar.
29. Nesse sentido, seria incabível à autuada, através dessa sua peça de impugnação fiscal se prestar a suprir a ineficácia do fisco, quando esse deixa de realizar o seu mister, juntando aqui as cópias dos elementos fiscais não auditados pela agente. O Poder Fiscal que promova as diligências necessárias ao suprimento de suas falhas anteriores, porquanto a atividade de fiscalização é uma prerrogativa do fisco, sendo injusta e inconcebível qualquer pretensão de transferência da tarefa para o contribuinte autuado, na expectativa de que, assim não procedendo, quedar válida a capenga e ilegal atuação do fisco.
30. Por essa e por outras é que vem o Primeiro Conselho de Contribuintes insistentemente decidindo que: "O princípio da tipicidade revela que o instituto da competência impositiva deve ser exaustivo. Todos os critérios necessários à descrição - tanto do fato tributável com da relação jurídica-tributária - reclamam uma manifesta e esgotante previsão legal. A certeza e segurança jurídicas envoltas no princípio da reserva legal (CTN, arts. 3º e 142) não comportam infidelidades nos lançamentos fiscais". (Ac. 1º CC nº. 107-07.620/2004, de 28/07/2004).
31. Consta ainda no crédito fiscal exigido uma parcela relativa à taxa SELIC, de reconhecida inconstitucionalidade, conforme reconhece o festejado Ministro do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Domingos Franciulli Netto. Segundo ele, para ser aplicada, tanto para fins tributários como para fins de direito privado, a taxa deveria ter sido criada por lei, entendendo-se como tal os critérios para a sua exteriorização. A taxa SELIC foi criada por circulares do Banco Central. Em recente palestra proferida na Jornada de Estudos Jurídicos do Banco Central, o Ministro apontou mais de vinte tópicos pelos quais entende ser ilegal a referida taxa, para fins tributários. Portanto, nesse sentido, cabe preliminarmente ser reconhecida também pelo órgão Julgador administrativo a ilegalidade da cobrança da referida taxa, restando a sua liminar exclusão do crédito fiscal exigido.
32. *In casu*, inadmissível prosperar onerosa atuação fiscal considerando que o processo administrativo fiscal não pode ser tido como instrumento de realização do interesse financeiro do Estado, mas de interesse substancial de justiça que lhe cabe enquanto órgão de aplicação do direito. Nesse sentido, a CF de 1988 acolheu o princípio segundo o qual o cidadão tem a garantia de não sofrer uma exação fiscal acima de sua capacidade contributiva.

-
33. Ademais, não é lícito desconhecer o administrador fiscal da Secretaria da Receita Federal que o trato com a pequena empresa se reveste de prerrogativas fiscais especiais, conforme está garantido especialmente pelo art. 179 da Constituição Federal de 1988, e, de modo redundante, pela alínea "d" do inciso III do art. 146 (acrescido pela Emenda Constitucional nº. 42/2003) e pelo inciso IX do art. 170, ambos também do Diploma Supremo. Assim, sob o amparo do Estado Democrático de Direito, vigente com a atual Carta Política, os direitos e garantias fundamentais do contribuinte e, combinado com estes, os princípios constitucionais tributários, implícitos e explícitos, inseridos no Sistema Tributário Nacional, devem ser prioritariamente resguardados como meio de promoção de uma verdadeira justiça fiscal, inclusive nas abordagens pertinentes à sistemática da tributação, principalmente quando estão envolvidas as microempresas e as empresas de pequeno porte.
34. No mais, comporta por fim ainda acrescentar que a administração tributária não pode, em momento algum do exercício do seu poder impositivo-fiscal, desprezar os princípios constitucionais gerais, irradiados que estão por todos os segmentos do sistema do direito positivo. Dentre eles calha aqui citar o Princípio da Moralidade Administrativa e o Princípio da Tipicidade, ambos plenamente olvidados na atuação levada a efeito pelo Fisco Federal. O Princípio da Moralidade Administrativa impõe ao agente público o dever de pautar sua atuação em pressupostos éticos, morais e legais, abandonando definitivamente os recursos imaginativos, os palpites e as ficções, na expectativa de que, assim procedendo, poderia legitimar a exigência do cumprimento de uma obrigação tributária.
35. Da forma como procedeu o fisco ficou nítido o cerceamento de defesa do Contribuinte autuado, entendido este, nos termos do inciso LV, do art. 5o, da Carta Política de 1988, como sendo o que assegura aos litigantes e aos acusados em geral, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Desse modo, o núcleo essencial do direito de defesa incorpora três prerrogativas fundamentais concedidas a todo e qualquer acusado em processo administrativo ou judicial: o direito a conhecer as alegações contra si opostas; o direito de produzir razões factuais e normativas de modo a contraditar tais alegações e o direito de ver tais razões de defesas consideradas em uma decisão ainda que para rejeitá-las.
36. Por tudo isso, cabe ainda lembrar que não é lícito desconhecer o administrador fiscal da Secretaria da Receita Federal que o trato com a pequena empresa se reveste de prerrogativas fiscais especiais, conforme está garantido especialmente pelo art. 179 da Constituição Federal de 1988, e, de modo redundante, pela alínea "d" do inciso III do art. 146 (acrescido pela Emenda Constitucional nº. 42/2003) e inciso IX do art. 170, ambos também do Diploma Supremo. Assim, sob o amparo do Estado Democrático de Direito, vigente com a atual Carta Política, os direitos e garantias fundamentais do contribuinte e, combinado com estes, os princípios constitucionais tributários, implícitos e explícitos, inseridos

no Sistema Tributário Nacional, devem ser prioritariamente resguardados como meio de promoção de uma verdadeira justiça fiscal, inclusive nas abordagens pertinentes à sistemática da tributação, repise-se, principalmente quando estão envolvidas as microempresas e as empresas de pequeno porte.

37. Em síntese, Senhores Conselheiros, pelas evidências apontadas à exaustão é de ser reconhecido que o lançamento em questão (001 - insuficiências de recolhimentos), imposto peio fisco, foi realizado em descompasso com a legalidade, porquanto efetuado com base em hipótese material impossível. Por fim, o equívoco é mais grave ainda quando desconhece o fisco que a microempresa e a empresa de pequeno porte têm privilégios outorgados pela Constituição Federal, que não podem ser simplesmente suprimidos pela burocracia fiscal. O processo administrativo fiscal será inválido por aviltamento a garantias constitucionais individuais do cidadão-contribuinte se não observar eficazmente quaisquer de suas garantias principiológicas.

O recorrente apresentou, em seu recurso voluntários, os seguintes pedidos:

Pelo exposto, estando demonstrado, à toda prova, a impertinência da exigência fiscal (acusação de receita omitida na Declaração do IRPJ/CONTRIBUIÇÕES - SIMPLES/2001 - declaração inexata) objeto do AUTO DE INFRAÇÃO em questão, argumentos esses que repetiremos a seguir, em resumo, por absoluta necessidade de conclusão, rogamos ao E. Relator do CONSELHO DE CONTRIBUINTES pelo reconhecimento preliminar da improcedência absoluta da Decisão do DRJ/REC (Acórdão nº 13.667/2005) e, por conseqüente, do lançamento fiscal em questão, em face da inexistência de elementos jurídicos que legitimem o procedimento fiscal da exação imposta à pessoa jurídica autuada. No caso, o reconhecimento da nulidade/inconsistência do auto de infração, pelos fatos suscitados à exaustão, fundamentalmente a inobservância de requisitos formais, mostra-se aqui ser um imperativo legal, nos termos do inciso II, do art. 59, do Decreto nº 70.235/72.

- a) Ademais, a autuação se consolidou em face da indevida exclusão da empresa do regime do. SIMPLES, processada através do Ato Declaratório Executivo nº 262274, (DOU de 13/08/2004). Ademais, além desse fato o fisco, sem observar requisitos relativos à legalidade do ADE, opta por desconhecer a necessidade de ser cientificada a fiscalizada e da inquestionável necessidade de ser respeitado o prazo de 30 (trinta) dias para a apresentação de contestação à dita exclusão, promovendo lançamentos fiscais, fato que implica no justo e pertinente reconhecimento, por esse Conselho de Contribuintes, da inaproveitabilidade de todos os atos (autuações) posteriores, inclusive do lançamento em questão, o que se fará com o provimento do presente RECURSO VOLUNTÁRIO, nos termos propostos.

b) Desse modo, se ficar entendido que as preliminares arguidas são ineficazes para o reconhecimento da ilegalidade da Decisão da DRF/REC (Acórdão nº 13.667/2005), que vesgamente visualizou consistência no lançamento fiscal em comento, mesmo apesar das evidências articuladas no instrumento de Impugnação Fiscal, que seja, após as análises dos aspectos meritórios aqui articulados, reconhecida a inquestionável improcedência da decisão e, conseqüentemente, do dito lançamento fiscal, haja vista que o fisco optou por formalizá-lo de modo açodado, abusivo e fundamentalmente ilegal.

c) Por fim, se todas as argumentações apresentadas ainda forem insuficientes para que o Julgador administrativo fiscal ad quem forme a convicção da ilegalidade do lançamento fiscal, na sua plenitude, requer-se que seja determinada a realização de diligência fiscal adicional, nos termos do artigo 16, inciso IV, do Decreto nº. 70.235/72, tudo com o objetivo, considerando os amplos questionamentos anteriormente suscitados, de que se manifeste nesta oportunidade a verdade real do evento fiscal em questão, lembrando que a presunção/indícios é apenas o ponto de partida de um fato que ao final deverá se confirmar para dar sustentação ao lançamento.

O presente processo foi sobrestado, por motivo de conexão, até o julgamento do processo nº. 19647.010769/2004-09, do mesmo sujeito passivo, que se encontrava pendente de cumprimento de diligência. Após julgamento do referido processo, foi prolatado o acórdão nº 1202-000.223, com a seguinte ementa:

"Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2002, 2001, 2002, 2003

PRELIMINAR DE NULIDADE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Examinados os atos administrativos, consubstanciadores do lançamento, como revestidos de suas formalidades e conteúdo material, não se há que falar em nulidade do procedimento fiscal.

EXCLUSÃO DO SIMPLES DE OFÍCIO.

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.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS.

E cabível o arbitramento do lucro se a pessoa jurídica, durante a ação fiscal, deixar de exibir a escrituração que a ampararia na tributação com base no lucro real.

RECEITA BRUTA CONHECIDA.

O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, quando conhecida à receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 e seus parágrafos do RIR/1999, acrescido de vinte por cento. LUCRO PRESUMIDO - OPÇÃO.

A opção pela tributação com base no lucro presumido será aplicada em relação a todo o período de atividade da empresa em casa ano-calendário e será manifestada com o pagamento da primeira ou única quota do imposto devido correspondente ao primeiro período de apuração de cada ano-calendário.

Transcreve-se a seguir o voto proferido no o acórdão nº 1202-000.223, que trata da exclusão do recorrente do SIMPLES.

"Preliminares

Não procede o argumento da impossibilidade de compreender os lançamentos do IRPJ e CSLL nos mesmos autos, como bem asseverado pela irreparável decisão de primeira instância, a fls. 203, a saber: "Todos os requisitos determinados pelos artigos 10 do Decreto no. 70.235/1972 e 142 do CTN para a lavratura dos autos de infração foram rigorosamente cumpridos. Também, cabe destacar que ao contrário do afirmado pela contribuinte foram constituídos autos de infração distintos para cada imposto e contribuição, apenas como são decorrentes da mesma forma de apuração dos lucros os autos do IRPJ, as fls 128 a 138, e da CSLL, às fls. 138 a 141, compõem o mesmo processo, tudo de acordo como as determinações do art.9º. do Decreto no. 70.235/1972."

Também insubsistente o argumento de cerceamento do direito de defesa por falta de concessão de prazo ou por não ter o sr. Fiscal diligenciado para exame do Livro Caixa, posto que, igualmente constante da decisão de primeira instância, o sujeito passivo teve 60 dias entre o Termo de Início e a autuação fiscal para exhibir, no mínimo ao que estava legalmente obrigado, o Livro Caixa e não o fez, e considerando mais 30 (trinta) dias para a apresentação de sua defesa inicial, quedou-se inerte quanto a produção de prova que poderia ser-lhe eventualmente favorável no julgamento da presente lide.

Todavia, alega que restou prejudicado em seu direito de defesa em relação a exclusão do SIMPLES, em 2000, posto que presumivelmente não notificada desse ato, o que gerou a necessidade de conferência documental para que se certificasse tal ciência e o transcurso em branco do direito à manifestação de inconformidade do sujeito passivo.

Tal prova veio como resultado da diligência, conforme se confere a fls. 252, com os esclarecimentos da autoridade preparadora a fls. 264, que leio em sessão para boa e cristalina informação do fato processual.

Pois bem, restou demonstrado que a contribuinte tinha ciência de sua exclusão do SIMPLES, militando a favor da Fazenda Nacional a presunção de legitimidade do ato administrativo e da veracidade quanto ao seu teor

sobre a ciência aludida, não tendo oferecido qualquer defesa quanto a citada exclusão.

Apenas para cogitar, se tal notificação por motivos alheios a Fazenda Nacional não tenha chegado ao responsável legal da contribuinte, para as providências cabíveis; o endereço de destino à época da ciência era o domicílio fiscal da contribuinte relativamente ao qual foi desincumbido o dever público de dar ciência ao mesmo, a partir do que é exclusiva e integral responsabilidade da interessada o acompanhamento de recebimento de documentação em sua sede, não podendo, por conta de possível negligência ou descuido, alegar em benefício próprio tal situação, como preleciona a máxima jurídica na realização de atos humanos para o reconhecimento da validade no campo do Direito.

Desta feita, a premissa primeira sobre a validade da exclusão do SIMPLES, a meu ver, uma vez não contestada e definitivamente constituída pelo ato declaratório da autoridade administrativa, deve prevalecer, para legitimar todo o trabalho da fiscalização desenvolvido corretamente nestes autos.

Quanto ao mérito, relativamente ao procedimento adotado de arbitramento, a decisão de primeira instância bem enfrentou a matéria.

Mesmo intimada, reintimada conforme consta nos autos, a contribuinte nada apresentou a seu favor para que a fiscalização pudesse apurar a base de cálculo possivelmente adequada à suposta realidade operacional da mesma, não tendo outro meio a fiscalização senão aquele adotado de utilizar-se dos dados constantes do Livro de Apuração do ICMS, apresentado pela contribuinte e escriturado por ela, mas não declarados, nem confessados perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Fato incontroverso e confessado é a declaração de inatividade entregue pela contribuinte de 2000 a 2003, o que denota e reforça a omissão dolosa quanto a falta de informação perante a Receita Federal sobre sua regular atividade operacional, haja vista que não esteve nem estava inativa nos períodos fiscalizados. Isso, por si só, já seria motivo suficiente e cabal para se quebrar a confiabilidade na escrituração fiscal da contribuinte, a ensejar a adoção extrema do arbitramento, como de fato sucedido.

Portanto, não procedem os argumentos recursais da Recorrente, devendo ser confirmada a decisão "a quo", principalmente porque bem aduziu a fls. 203:

"A fiscalização de forma zelosa anexou ao processo todos os elementos necessários à comprovação dos ilícitos cometidos pela empresa. Foram anexadas as intimações e respostas da contribuinte, cópias do livro de Apuração do ICMS dos quais foram extraídos os valores da receita bruta mensal, cópias dos extratos das declarações anuais apresentadas pela contribuinte na condição de INATIVA e nas fls. 121 a 124 quadros demonstrativos consolidando as informações obtidas. Ainda, foi elaborado o Termo de Encerramento da Ação Fiscal, as fls. 152 a 160, contendo todo o histórico do procedimento fiscal, assim

Processo nº 19647.010770/2004-25
Acórdão n.º **1402-003.005**

S1-C4T2
Fl. 298

como, todas as informações e resultados obtidos descrevendo de forma minuciosa a apuração dos créditos tributários devidos. "

Diante disso, e adotando as razões de decidir da decisão de primeira instância, notadamente a fls. 199 até 202, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário."

É o relatório.

Voto

Conselheiro Evandro Correa Dias, Relator.

O Recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos, portanto dele conheço.

As razões apresentadas pelo recorrente para reforma da decisão de 1ª Instância podem ser em apertada síntese resumidas em:

1. Que foi excluído indevidamente do SIMPLES.
2. Que a Base de cálculo extraída do Livro de apuração de ICMS não se presta para a autuação.
3. Ausência de provas para embasar o lançamento.
4. Ausência da falta de descrição dos fatos.
5. Da inaplicabilidade da taxa SELIC como juros de mora.

Das Preliminares

O recorrente alega que foi excluído indevidamente do SIMPLES, contudo verifica-se que no julgamento do processo nº. 19647.010769/2004-09, do mesmo sujeito passivo, restou demonstrado que o recorrente tinha ciência de sua exclusão do SIMPLES, não tendo oferecido qualquer defesa quanto à citada exclusão. Desta feita, a premissa sobre a validade da exclusão do SIMPLES, uma vez não contestada e definitivamente constituída pelo ato declaratório da autoridade administrativa, deve prevalecer, para legitimar todo o trabalho da fiscalização desenvolvido corretamente nesse autos.

Não há que se falar de nulidade quando a exigência fiscal sustenta-se em processo instruído com todas as peças indispensáveis e não se vislumbra nos autos que o sujeito passivo tenha sido tolhido no direito que a lei lhe confere para se defender.

O recorrente requereu a realização de diligência fiscal, nos termos do Art. 16, inciso IV, do Decreto nº 70.235/72.

O inciso IV do art. 16 e o art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972 (com a redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748, de 1993), assim dispõem:

Art. 16 – A impugnação mencionará:

[...]

IV – As diligências ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 09/12/93).

[...]

Art. 18 A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligência ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine.

Assim, a diligência objetiva a comprovação de elementos ou fatos que o contribuinte não pôde trazer aos autos.

No caso ora examinado trata-se da exigência de tributos sobre suposta insuficiência de recolhimentos com base no Livro de apuração de ICMS. Para elidir a infração bastaria ao recorrente demonstrar que Livro de apuração de ICMS não se presta para a autuação, com a apresentação dos documentos comprobatórios de suas alegações.

Tanto em sua impugnação, quanto em sede de recurso voluntário, o contribuinte limitou-se a argumentar que a Base de cálculo extraída do Livro de apuração de ICMS não se presta para a autuação, sem trazer à baila quaisquer elementos que pudessem comprovar suas alegações.

Dessa forma, resta demonstrada a desnecessidade de diligência, uma vez que, conforme dispõe o inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, compete à autoridade julgadora indeferir aquelas que julgar prescindíveis.

Diante do exposto, indefiro o pedido de diligência e perícia, bem como a arguição de nulidade da decisão de primeira instância.

Do Mérito

No presente processo efetuou-se o lançamento de insuficiência de recolhimento pelos impostos e contribuições do regime de recolhimento do SIMPLES. No ano calendário de 2000, nos meses de janeiro a outubro, foram apuradas receitas brutas tributáveis escrituradas no livro de Apuração do ICMS, porém o recorrente apresentou sua declaração anual como INATIVA e não efetuou qualquer pagamento do SIMPLES.

O recorrente não apresentou qualquer elemento que comprovasse as suas alegações quanto à imprestabilidade do Livro de apuração de ICMS para extração da base de cálculo. Mesmo intimado e reintimado, conforme consta nos autos, o recorrente nada apresentou a seu favor para que a fiscalização pudesse apurar a base de cálculo adequada à suposta realidade operacional da mesma, não tendo outro meio a fiscalização senão aquele adotado de utilizar-se dos dados constantes do Livro de Apuração do ICMS, apresentado pelo recorrente e escriturado por ele, mas não declarados, nem confessados perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Quanto às alegações de ausência de provas para embasar o lançamento e da ausência da descrição de fatos, verifica-se que, também no presente caso, "A fiscalização de forma zelosa anexou ao processo todos os elementos necessários à comprovação dos ilícitos cometidos pela empresa. Foram anexadas as intimações e respostas da contribuinte, cópias do livro de Apuração do ICMS dos quais foram extraídos os valores da receita bruta mensal, cópias dos extratos das declarações anuais apresentadas pela contribuinte na condição de INATIVA, quadros demonstrativos consolidando as informações obtidas. Ainda, foi elaborado o Termo de Encerramento da Ação Fiscal, contendo todo o histórico do procedimento fiscal, assim como, todas as informações e resultados obtidos descrevendo de forma minuciosa a apuração dos créditos tributários devidos.

O recorrente argumenta sobre a impossibilidade jurídica da aplicação da taxa Selic relativamente a juros moratórios sobre tributos. Cabe aqui destacar que esta discussão já teve sua conclusão sedimentada no CARF, que emitiu a seguinte Súmula:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.

Logo, devem ser rejeitados todos os argumentos trazidos pelo recorrente em seu recurso voluntários sobre exclusão indevida do SIMPLES, imprestabilidade para autuação da base de cálculo do Livro de apuração de ICMS, ausência de provas para embasar o lançamento, Ausência da falta de descrição dos fatos e a inaplicabilidade da taxa SELIC como juros de mora.

Ressalta-se que a doutrina e a jurisprudência colacionados pelo recorrente no recurso voluntário não tem a característica de vincular o julgador, segundo o artigo 29 do Decreto nº 70.235/1972, na apreciação da prova o julgador formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

Conclusão

Ante o exposto, voto por , rejeitar as preliminares suscitadas e a diligência requerida e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias

Processo nº 19647.010770/2004-25
Acórdão n.º **1402-003.005**

S1-C4T2
Fl. 302
