



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

Processo n° 10240.003109/2008-95
Recurso n° 000.000 Voluntário
Acórdão n° **1802-01.033 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 22 de janeiro de 2011
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES
Recorrente MARIANO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2003

PRELIMINAR DE NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NA FASE DE INVESTIGAÇÃO FISCAL. DESCRIÇÃO IMCOMPLETA DAS INFRAÇÕES IMPUTADAS NOS AUTOS DE INFRAÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA NO PROCESSO CONEXO. MATÉRIA JULGADA. INCABÍVEL REVOLVER MATÉRIA JÁ DECIDIDA

Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa na fase investigatória, que tem natureza inquisitorial, na qual inexistente acusação ou imputação de infração, mas tão-somente investigação fiscal. Os princípios do contraditório e da ampla defesa são de observância obrigatória na fase do processo administrativo fiscal, que se inicia com a peça vestibular que é o Auto de Infração ou o Ato Declaratório de Exclusão do Simples.

O auto de infração deverá conter, obrigatoriamente, entre outros requisitos formais, a capitulação legal e a descrição dos fatos. Somente a ausência total dessas formalidades é que implicará na invalidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa.

Ademais, se a Pessoa Jurídica revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante defesa, abrangendo não só questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa.

OMISSÃO DE RECEITA. RECEITA BRUTA. MATÉRIAS DECIDIDAS NO PROCESSO CONEXO. INCABÍVEL REDISCUTIR MATÉRIAS JÁ DECIDIDAS

Restando confirmado, no mérito, excesso de receita bruta pela decisão de segunda instância administrativa, em processo conexo, incabível revolver, rediscutir nestes autos, matéria já decidida naquele processo.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EXCESSO DE RECEITA BRUTA. LIMITE LEGAL. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DA DATA DO FATO GERADOR.

Extrapolado o limite legal de receita bruta para permanecer no Simples durante o ano-calendário, a empresa está obrigada a fazer sua exclusão do regime, com efeito a partir do primeiro dia do ano seguinte. Não o fazendo, a contribuinte fica sujeita à exclusão de ofício com base na legislação de regência do ano-calendário em que ocorreu o excesso de receita bruta.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar suscitada e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa- Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa (Presidente), José de Oliveira Ferraz, Nelso Kichel, Marciel Eder Costa, Marco Antônio Nunes Catilho e Gustavo Junqueira Carneiro Leão.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário de fls.32/41 contra decisão da 2ª Turma da DRJ/Belém (fls. 26/28) que julgou a manifestação de inconformidade improcedente, mantendo a exclusão da contribuinte do Simples.

Quanto aos fatos:

Primeiramente, houve Representação Fiscal – Exclusão do Simples, em **15/10/2008**, por parte da fiscalização da RFB (fl.02), *in verbis*:

(...)

1. No curso do procedimento fiscal instaurado contra o contribuinte acima identificado, foi constatado, conforme o "Demonstrativo de Apuração da Receita Bruta Total" (receita declarada e adicional apurada pela fiscalização) em anexo, que a fiscalizada enquadrada na condição de Empresa de Pequeno Porte (EPP), auferiu, no decorrer do ano-calendário de 2003,

receita bruta excedente ao limite de R\$ 1.200.000,00 estabelecido para ingressar no Simples.

2. Diante do exposto, como a empresa infringiu o art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, ao optar e permanecer no Simples no ano-calendário de 2003, mesmo excedendo os limites estabelecidos para Empresas de Pequeno Porte (EPP), sujeita-se à exclusão do Simples, conforme dispõe o art. 14, I, da Lei nº 9.317, de 1996.

(...)

Demonstrativo de receita bruta, ano-calendário 2003, **R\$ 2.956.857,48** (receita bruta declarada R\$ 919.590,41 + Receita bruta omitida R\$ 2.037.267,07) – fl.03.

Com base nessa Representação Fiscal, em **07/08/2009** houve a emissão do Ato Declaratório Executivo nº 32, da DRF/Porto Velho, de exclusão da contribuinte do Simples (fl. 07), *in verbis*:

(...) e tendo em vista o disposto no inciso II do art. 9º, e inciso I, do art. 14, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e o que consta do processo administrativo nº 10240.003109/2008-95, declara:

Art. 1º Excluída do Simples a empresa MARIANO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA, CNPJ nº 63.769.731/0001-16.

Art. 2º A exclusão surtirá efeito a partir de 1 de janeiro de 2004, obedecendo ao disposto no inciso IV, do art. 15 do mesmo instrumento legal.

(...)

O ato de exclusão do Simples é decorrente (reflexo) da apuração de **omissão de receitas** do ano-calendário 2003 (processo conexo nº 10240.002916/2008-91).

Ciente de sua exclusão do Simples por ato de ofício, a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade junto à DRJ/Belém (fls. 10/19), cujas razões, em síntese, são as seguintes:

1) - Preliminar de nulidade:

-que os referidos lançamentos (IRPJ –Simples e reflexos) – no processo conexo 10240.002916/2008-91 - estão permeados de irregularidades, dentre as quais: a realização do procedimento de auditoria fora do domicílio fiscal da contribuinte, o estabelecimento de prazos exíguos para a prestação de esclarecimentos, a informação de fatos geradores em datas que, efetivamente, não ocorreram, a falta de assinatura nos Autos de Infração de alguns dos Auditores-Fiscais e a utilização somente de extratos bancários para tentar "adivinhar" a receita da contribuinte;

2) – Mérito:

- que os Auditores-Fiscais deixaram de lado a escrituração contábil da contribuinte e construíram toda sua autuação baseados somente nos extratos bancários, fornecidos, prontamente, pela fiscalizada;

- que há farta jurisprudência, precedente suscitados na peça impugnatória, demonstrando a impropriedade de tal método, pois simples créditos em conta corrente não exprimem a realidade de um sistema contábil inteiro, de forma que não podem ser considerados - como boa técnica - para se alcançar a receita bruta do período;

- que a receita efetivamente auferida pela manifestante não foi corretamente identificada para o ano-calendário 2003, não se prestando, portanto, os valores apurados pela fiscalização para excluí-la do sistema SIMPLES;

- que os Auditores-Fiscais não poderiam ter considerado como receita todo e qualquer lançamento a crédito que verificaram nos extratos bancários, pois, partindo de uma premissa falsa, fatalmente chegariam a um resultado equivocado e por isso o Poder Judiciário tem afastado a tributação quando realizada somente com base em extratos bancários;

- que a base de cálculo eleita pelos Auditores-Fiscais não corresponde à verdade material dos fatos, não resistindo sequer a um breve confronto com os documentos de suporte contábil;

- que valores recebidos são depositados conjuntamente (de forma global), tornando impossível fragmentar cada depósito e associar cada pequena fração a uma determinada nota fiscal, considerando que dessa determinada nota fiscal farão parte diversos pagamentos realizados em diversos dias diferentes e de diversas formas (cheque, dinheiro, cartão).

- que receitas não proveniente da revenda de mercadorias foram tributados sem nenhum constrangimento; que nessa categoria se enquadram os empréstimos obtidos dos bancos, conforme "Planilha Demonstrativa dos Empréstimos Descritos nos Extratos Bancários", anexa;

- que o Poder Judiciário, inclusive, tem afastado o lançamento tributário, quando feito somente com base em extratos bancários, conforme Súmula nº 182 do extinto TFR, de 01/10/1985;

- que o STJ, no REOSP Nº 1.035254-PR (2008/0044794-9), Relator Ministro Castro Meira, somente manteve o lançamento fiscal (naquele caso), pois não decorreu apenas da análise de de extratos bancários, mas, também, de outras provas que foram obtidas pela fiscalização; que, na situação dos presentes autos, o lançamento decorreu somente de extratos bancários; que, a *contrário sensu*, a apuração da receita bruta pelo fisco não pode prosperar;

- que a contribuinte reafirma não ter excedido o montante legal de receita previsto para as empresas de pequeno porte, mormente pelo fato de que o lançamento do qual constam as alegadas receitas ainda está pendente de julgamento.

Por fim, a contribuinte solicitou a suspensão dos efeitos do Ato Declaratório Executivo nº 32, de 07 de agosto de 2009 (exclusão do Simples), até que fosse julgado definitivamente, na esfera administrativa, o processo administrativo conexo nº 10240.002916/2008-91 (no qual se discute, em sede de preliminar, e no mérito, as mesmas questões aqui suscitadas, mormente a omissão de receitas/receita bruta apurada pelo fisco para o ano-calendário 2003, a qual, reflexamente, implicou a exclusão da contribuinte do Simples a partir de 01/01/2004).

A DRJ/Belém, naqueles autos tendo rechaçado a nulidade suscitada e - no mérito – tendo reduzido o valor da omissão de receitas (redução da receita bruta do ano-calendário 2003 de R\$ 2.956.857,48 para R\$ 1.524.099,59), manteve, por conseguinte, a exclusão da contribuinte do Simples (efeito reflexo), conforme ementa do *decisum* que transcrevo a seguir (fl. 26):

(...)

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

Ano-calendário: 2003

EMENTA:

EXCLUSÃO

O limite legal para permanência no Simples, para o ano calendário 2003, era de R\$ 1.200.000,00.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Outros Valores Controlados

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os membros da Segunda Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belém-PA, por unanimidade de votos, em julgar a manifestação de inconformidade improcedente, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(...)

Inconformada com essa decisão da qual tomou ciência em 20/10/2010 (fl. 31), a contribuinte apresentou Recurso Voluntário em 03/11/2010 (fls. 32/41), reiterando as mesmas razões já apresentadas na instância *a quo*.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos pressupostos para sua admissibilidade. Por conseguinte, dele conheço.

Conforme relatado, a lide versa acerca da exclusão da recorrente do Sistema Simples, com efeito jurídico a partir de 01/01/2004, por excesso de receita bruta no ano-calendário 2003, tendo ultrapassando o limite máximo anual de R\$ 1.200.000,00 (Um milhão e duzentos mil reais) para figurar e permanecer nesse regime favorecido de apuração de tributos.

A receita bruta do ano-calendário 2003, que excedeu ou extrapolou o limite legal para permanência no Simples, foi apurada em procedimento de fiscalização que implicou:

a) lançamento de ofício do IRPJ-Simples e reflexos (CSLL – Simples, PIS – Simples, Cofins- Simples e INSS – Simples), quanto ao ano-calendário 2003, pela imputação das seguintes infrações: omissão de receitas e insuficiência de recolhimentos no que concerne à receita bruta declarada (processo conexo nº 10240.002916/2008-91);

b) exclusão do Simples, com efeito a partir de 01/01/2004 (efeito reflexo da infração omissão de receitas do ano-calendário 2003).

Logo, existe relação de prejudicialidade de um processo em relação ao outro. Ou seja: a resolução da contenda, aqui neste processo, depende da sorte daquele processo onde a infração omissão de receitas e a receita bruta do ano-calendário 2003 estão sendo discutidas.

A recorrente, no seu recurso, pediu a suspensão dos efeitos da exclusão do Simples (ou sobrestamento do processo), até solução da lide naquele processo conexo. Neste processo, a recorrente alegou, tanto em sede de preliminar, quanto no mérito, as mesmas questões suscitadas naqueles autos.

De sorte que o processo conexo 10240.002916/2008-91 foi pautado (incluído na pauta), também, para julgamento nesta Sessão de Julgamento e, há poucos instantes, foi julgado por esta Colenda Turma, sendo rejeitada a preliminar de nulidade e, no mérito, foi negado provimento ao recurso voluntário, restando mantida a infração omissão de receitas e a infração insuficiência de recolhimentos (infração reflexa ou decorrente da mudança de faixa de alíquota do Simples, em face do cômputo na receita bruta total o valor da receita omitida), nos termos da decisão *a quo*.

Destarte, restou julgada (confirmada), naquele processo conexo, além da rejeição da preliminar de nulidade suscitada, a omissão de receitas, e o excesso de receita bruta no ano-calendário 2003, para a contribuinte figurar no Simples.

Por conseguinte, superada a questão prejudicial, deve ser mantida a exclusão da recorrente do Simples, por excesso de receita bruta no ano-calendário 2003 (receita bruta declarada + receita omitida), com efeito a partir de 01/01/2004, pois no citado processo conexo

restou confirmada a infração omissão de receitas e a receita bruta acima do limite para a empresa figurar no Simples, tudo nos termos da decisão recorrida naqueles autos

Vale dizer: as matérias objeto destes autos, tanto no que concerne a preliminar de nulidade, quanto, no mérito, quanto à receita bruta, restaram decididas naqueles autos (efeito reflexo).

A propósito, transcrevo a ementa do Acórdão nº 1802-001.032 desta Colenda Turma - processo conexo nº 10240.002916/2008-91 que rejeitou a preliminar suscitada e manteve a omissão de receitas nos termos da decisão recorrida, confirmando o excesso de receitas do ano-calendário 2003, impedindo a contribuinte de figurar no Simples, devendo ser mantida a exclusão do Simples a partir de 01/01/2004, *in verbis*:

(...)

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

Ano-calendário: 2003

NULIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NA FASE DE INVESTIGAÇÃO FISCAL. DESCRIÇÃO IMCOMPLETA DAS INFRAÇÕES IMPUTADAS NOS AUTOS DE INFRAÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA.

Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa na fase investigatória, que tem natureza inquisitorial, na qual inexistente acusação ou imputação de infração, mas tão-somente investigação fiscal. Os princípios do contraditório e da ampla defesa são de observância obrigatória na fase do processo administrativo fiscal, que se inicia com a peça vestibular que é o Auto de Infração.

O auto de infração deverá conter, obrigatoriamente, entre outros requisitos formais, a capitulação legal e a descrição dos fatos. Somente a ausência total dessas formalidades é que implicará na invalidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa.

Ademais, se a Pessoa Jurídica revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante defesa, abrangendo não só questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa.

MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. EXTRATOS BANCÁRIOS FORNECIDOS VOLUNTARIAMENTE PELA CONTRIBUINTE. INOCORRÊNCIA DE QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO

Prejudicada a alegação de violação do sigilo bancário, quando a própria contribuinte, voluntariamente, entrega ao fisco cópias dos extratos bancários de suas contas correntes mantidas em instituições financeiras.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS — OMISSÃO DE RECEITAS - PRESUNÇÃO LEGAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Caracterizam como omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

RECEITA BRUTA DECLARADA. INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTOS (INFRAÇÃO REFLEXA DA OMISSÃO DE RECEITAS)

Na apuração mensal do IRPJ – Simples e reflexos, leva-se em consideração a receita bruta acumulada mês a mês, inclusive para efeito de definição da alíquota aplicável.

A infração omissão de receitas, reflexamente, implica insuficiência de recolhimentos das exações do Simples sobre a receita bruta declarada, pois para definição da alíquota de recolhimento leva-se em conta a receita bruta total mês a mês (receita declarada + receita omitida).

OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL (LEI Nº 9.430/96, ART. 42). ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. NO MÉRITO MATÉRIA NÃO CONHECIDA

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

TRIBUTAÇÃO REFLEXA — PIS — COFINS — CSLL - INSS Tratando-se de lançamentos decorrentes, a decisão prolatada no lançamento matriz (IRPJ - Simples) é aplicável, no que couber, aos decorrentes, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Recurso Voluntário Negado

(...)

Ainda, consta do voto condutor do Acórdão nº 1802-001.032 desta Colenda Turma – Processo conexo nº 10240.002916/2008-91, quanto ao mérito, *in verbis*:

(...)

A decisão recorrida, além da decadência do crédito tributário dos meses de janeiro a agosto/2003, provomeu ajustes na base de cálculo da infração omissão de receitas dos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro/2003, excluindo as parcelas comprovadas, conforme transcrição, abaixo, extraída do voto condutor (fls.865/871), in verbis:

(...)

Ainda, consta do voto condutor da decisão recorrida que, em face dos ajustes citados (decadência e valores comprovados, aceitos das planilhas), a receita omitida do ano-calendário 2003 foi reduzida de R\$ 2.037.267,07 para R\$ 675.659,27, e a receita

bruta acumulada foi reduzida de R\$ 2.956.857,48 para R\$ 1.524.099,59, implicando redução do IRPJ – Simples e reflexos (CSLL, PIS, Cofins e INSS) quanto às infrações imputadas (ambas as infrações objeto dos autos), pela redução de base de cálculo e pela redução da alíquota do Simples, tudo conforme planilhas resumo constantes do voto condutor da decisão a quo (fls. 869/871).

A recorrente não trouxe aos autos outras provas por ocasião da apresentação do Recurso Voluntário.

Compulsando as provas juntadas aos autos pela contribuinte quando da apresentação da impugnação, constata-se que não há ajuste a ser feito na decisão recorrida, pois todos os ajustes possíveis de base de cálculo das infrações imputadas, com fulcro nos elementos de prova constantes dos autos, já foram efetuados pela decisão a quo.

Não há que se falar de tributação em duplicidade sobre a mesma base de cálculo.

As receitas declaradas são receitas da atividade de venda, enquanto as receitas omitidas foram apuradas conforme acréscimo patrimonial caracterizado por depósito bancário de origem não comprovada. Desta forma, visto serem receitas de natureza diferente, não podem compensar-se ou confundir-se.

Portanto, ante tudo que foi exposto, deve ser mantida a decisão recorrida.

(...)

Como demonstrado, no processo conexo, além da rejeição da preliminar de nulidade suscitada, restou confirmada a omissão de receitas e a receita bruta da recorrente no ano-calendário 2003 de R\$ 1.524.099,59, nos termos da decisão recorrida (naqueles autos).

O montante de receita bruta remanescente da recorrente, no ano-calendário 2003, extrapolou o limite máximo permitido de R\$ 1.200.000,00 para figurar no Simples.

Como já dito, as matérias em sede de preliminar e no mérito, suscitadas nestes autos, são as mesmas suscitadas no processo conexo, incabível, portanto, revolver aqui essas matérias já dicitadas naquele processo.

Em relação ao pedido de suspensão dos efeitos do ato declaratório de exclusão do Simples, inexistente previsão legal. O sobrestamento do processo de exclusão ficou prejudicado, pois ambos os processos foram julgados na mesma Sessão de Julgamento, como mencionado alhures neste voto.

Ademais, o ato declaratório executivo de exclusão do Simples foi expedido em consonância com a legislação de regência, não se vislumbrando vício algum.

Por conseguinte, deve ser mantida a decisão recorrida que manteve a exclusão da recorrente do Simples com efeito a partir de 01/01/2004.

Por tudo que foi exposto, voto para REJEITAR a preliminar suscitada (matéria já enfrentada e decidida no processo conexo) e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel

CÓPIA