



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº	10630.000207/2004-53
Recurso nº	132.698 Voluntário
Matéria	SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº	303-34.728
Sessão de	13 de setembro de 2007
Recorrente	GV SERVIÇOS LTDA.
Recorrida	DRJ-JUIZ DE FORA/MG

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

Ano-calendário: 2004

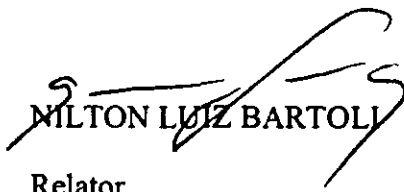
Ementa: SIMPLES. EXCLUSÃO. Nos termos do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, é do Primeiro Conselho a competência para apreciar Recurso Voluntário de decisão de primeira instância decorrente de lançamento sobre a aplicação da legislação referente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), inclusive quando o lançamento decorrer de exclusão do sujeito passivo do Simples, hipótese em que será apreciado, concomitantemente, o recurso quanto ao ato de exclusão (artigo 20, §'s 1º e 2º do RICC, aprovado pela Portaria MF nº 147/2007).

Recurso Voluntário Não Conhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, declinar competência ao Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes, em razão da matéria, nos termos do voto do relator.


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Marciel Eder Costa, Tarásio Campelo Borges, Luis Marcelo Guerra de Castro e Zenaldo Loibman.

Relatório

Trata-se de exclusão do contribuinte do SIMPLES, com efeitos a partir de 01/01/1999, através do Ato Declaratório de Exclusão n.º 17, de 19/03/2004 (fls. 26), em razão de constatação decorrente de verificação fiscal, onde se apurou situação incluída em hipótese de vedação à opção pelo SIMPLES, na condição de microempresa, uma vez ter-se enquadrado na condição explicitada no art. 23, inc. I, c/c o artigo 20, inc. I, da IN SRF n.º. 355/03, em face do que consta no processo administrativo n.º. 10630.000207/2004-53.

De acordo com a Representação Fiscal (fls. 01) que deu origem ao ADE, instruída com o Termo de Verificação Fiscal de fls. 03/24, em resumo:

1. *a empresa em questão foi objeto de Auto de Infração para o ano-calendário de 1998, o qual se encontra controlado no PAF n.º. 10630.000982/2002-47;*
2. *naquela auditoria verificou-se, consoante Termo de Verificação Fiscal anexo e planilhas, que o contribuinte movimentou vultosas quantias nas suas contas correntes sem tê-las escriturado ou declarado ao Fisco, o que ensejou o lançamento de ofício com base nos depósitos feitos em suas contas correntes, que não tiveram origem comprovada;*
3. *levando-se em consideração somente os valores apurados nas infrações, concluiu-se que a receita bruta anual do contribuinte para o ano de 1998 foi de R\$ 7.928.783,10, valor muito superior ao limite estabelecido para microempresas e empresas de pequeno porte, previsto no artigo 20, incisos I e II da IN SRF 355/03, o que autoriza sua exclusão, de ofício, do SIMPLES;*
4. *o referido Auto de Infração foi mantido em primeira instância e está, atualmente, em cobrança final, e não há decisão judicial declarando sua nulidade até o momento, o que torna perfeitamente plausível a utilização da base de cálculo do AI como subsídio para a exclusão requerida, tendo em vista a presunção de veracidade dos atos administrativos.*

Ciente do ADE (AR fls. 37), o contribuinte apresentou, tempestivamente, a impugnação de fls. 38/68, acompanhada dos documentos 69/79, alegando, sucintamente, que:

Preliminarmente:

1. *a Lei n.º. 9.317/96, ao tratar em seu Capítulo VI, da exclusão do SIMPLES, estabelece que esta poderá ser realizada de ofício, entendendo-se, como tal, a exclusão praticada por iniciativa própria da autoridade, sem necessidade de provocação;*
2. *no entanto, a mencionada Lei, não autoriza que a exclusão seja realizada de forma imediata, sem antes ouvir o contribuinte, evitando assim a afronta aos princípios constitucionais da Ampla Defesa e do Contraditório, o que efetivamente ocorreu*



no caso em comento, tendo em vista que somente após a dita exclusão é que foi dada a possibilidade de manifestação;

3. *é evidente que todo e qualquer ato administrativo que venha a restringir, vedar ou negar direitos, deve ser, necessariamente procedido de contraditório, garantindo-se a ampla defesa, vez que, segundo o artigo 60, §4º, inciso IV, CF/88, tais princípios não podem ser alterados, nem mesmo por emenda constitucional;*
4. *procurando adequar o exercício da administração pública à Carta Magna, em 29 de janeiro de 1999, foi publicada a Lei n.º 9.784, que veio dispor sobre as normas básicas para o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, tendo como objetivo garantir que o administrado não tenha seus direitos violados, antes de uma efetiva apuração, o que se faz oportunizando-lhe o direito de defesa prévia;*
5. *o fato de a Autoridade administrativa assegurar o direito de apresentar manifestação de inconformidade, após a determinação de cancelamento do benefício, vale dizer, após a exclusão do SIMPLES, não supre a necessidade de prévia instauração de procedimento administrativo para apuração dos supostos fatos aduzidos pela mencionada Autoridade como justificativa da exclusão questionada, em face do art. 5º, LV, da CF/88, porquanto o contraditório e a ampla defesa deveriam ter-lhe sido assegurados anteriormente ao cancelamento do referido benefício.*
6. *No mérito:*
7. *a autoridade responsável pela exclusão combatida procurou justificá-la invocando artigos da Instrução Normativa SRF n.º 335/2003, baseando-se, para tanto, em documentos e informações contidas nos autos do processo administrativo n.º 10630.000982/2002-47, mediante análise dos documentos bancários do contribuinte, entre eles, os extratos fornecidos pela Instituição Financeira após solicitação da Receita Federal;*
8. *a ação fiscal e a conseqüente lavratura do Auto de Infração, invocado pela Autoridade Administrativa, foram realizadas pela Administração valendo-se de dados, documentos e informações obtidas diretamente das Instituições Financeiras perante as quais o contribuinte possuía contrato de prestação de serviços;*
9. *a requisição de informações e sua disponibilização à Receita Federal se deram sem qualquer autorização judicial, o que leva a conclusão de que o lançamento consubstanciado por meio do Auto de Infração, cuja base de cálculo foi utilizada como subsídio para a exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES, fora lavrado com suposto fundamento nas informações e dados obtidos pela Administração com o*

afastamento do sobredito sigilo bancário, fato reconhecido na própria Representação Fiscal;

10. *a configuração da situação descrita importa em nulidade do lançamento e, conseqüentemente, na nulidade do ato de exclusão do SIMPLES, haja vista que o sigilo bancário não pode ser afastado pela Autoridade Administrativa;*
11. *o sigilo bancário, malgrado não se configure direito absoluto, e isto em momento algum é contestado, não pode ser afastado por simples e mera discricionariedade, através de simples requisição da Autoridade Administrativa;*
12. *por ser ilegal e inconstitucional a quebra de sigilo bancário, ilegítima, por sua vez, a base de cálculo do Auto de Infração, vez que apurada com fundamento em documentos obtidos sem autorização judicial, não podendo, ao contrário do que restou consignado na Representação Fiscal (fls.01), ser utilizada como subsídio para a exclusão da sociedade do SIMPLES, carecendo o Ato Declaratório Executivo n.º 17, de 19/03/2004 (fls.26), de nulidade, o que ora se requer;*
13. *não obstante os fatos relatados serem suficientes para cancelar a exclusão, a Autoridade Administrativa, em sua Representação Fiscal, usou como subsídio para a mencionada exclusão a base de cálculo do Auto de Infração, sendo que a aplicação da Lei Complementar n.º 105/2001 e da legislação a ela correlata à situação concretizada no ano calendário de 1998, importa em flagrante ofensa ao princípio da irretroatividade da lei;*
14. *registra-se, outrossim, a impossibilidade de invocar dados da CPMF, em defesa da base cálculo utilizada como subsídio para a exclusão do SIMPLES;*
15. *ressalta-se que está sendo discutindo, via ação judicial, nos autos do processo n.º 2001.38.00.011809-4, em trâmite no Eg. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a legitimidade do afastamento do sigilo bancário com suporte na Lei Complementar n.º 105/2001, no qual ainda não possui decisão;*
16. *reconhecida e declarada a inconstitucionalidade da requisição, pela Administração, de informações bancárias diretamente às instituições financeiras, ilegal se torna a utilização dos documentos e informações pelas mesmas fornecidas, tornando-se igualmente ilegal o Auto de Infração, vez que fundamentado em documentos obtidos de forma ilícita;*
17. *com intuito de justificar, ainda mais, a exclusão do SIMPLES, a Autoridade Administrativa informou na Representação Fiscal que o contribuinte teria movimentado "vultuosas quantias nas suas contas sem tê-las escriturado ou declarado ao Fisco", ocorre que a empresa, ora impugnante, possui contratos de depósitos firmado com a empresa estrangeira Ketidal Trust Sociedad Anonima (sede no Uruguai), por meio do qual figura*



na condição de depositária das quantias recebidas por ordem desta;

18. *o objeto dos contratos é a conservação e guarda de valores, obrigando-se a depositária – GV Serviços, a restituí-los à depositante, de forma que as operações realizadas e consubstanciadas por meio dos contratos de depósito não geram fatos geradores de quaisquer dos tributos exigidos, vez que os sobreditos valores, destinados a guarda e conservação, são e foram restituídos ao depositante por expressa determinação contratual e legal, inexistindo aquisição da disponibilidade jurídica e econômica, vale dizer, acréscimo patrimonial;*
19. *comprovando a inexistência de renda e/ou receita sujeita a tributação, o artigo 1.280 da Lei n.º. 3.071/1916, estabelece que ao depósito de coisas fungíveis aplicar-se-á a legislação relativa ao mútuo, exatamente porque o depositário obriga-se a restituir o que recebeu do depositante;*
20. *a movimentação de valores nas contas correntes da sociedade/impugnante, não pode ser invocada como justificativa para a exclusão do SIMPLES, vez que tais valores não integraram a receita bruta da pessoa jurídica;*
21. *comprovada a inexistência de omissão de receita, ilegal e abusiva a tributação, já que nenhum acréscimo patrimonial fora e pode vir a ser imputado à operação alhures informada, sendo ilegítima, por conseguinte, a utilização da base de cálculo do Auto de Infração, como subsídio para a exclusão do SIMPLES;*
22. *entretanto, se reconhecida a legitimidade da exclusão, os efeitos não podem ser aplicados a partir do ano calendário de 1999, mas sim a partir de 01/01/2002, conforme estabelece o artigo 24, parágrafo único, inciso II, da Instrução Normativa SRF n.º. 250/2002, já que a situação excludente, como informou a Autoridade Administrativa, se deu em momento anterior ao ano calendário de 2001 e o ato administrativo de exclusão foi efetivado em 2004.*

Do exposto, requer seja declarado nulo o Ato Declaratório n.º. 17, de 19/03/04 e, conseqüentemente, por sua manutenção no regime do SIMPLES.

Encaminhados os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Juiz de Fora/ MG, a solicitação do contribuinte restou indeferida (fls. 89/102), em suma, pelos seguintes argumentos:

Preliminar

1. *para análise da nulidade questionada, o artigo 59 do Decreto n.º. 70.235/72, reza que são nulos os atos e termos quando lavrados por pessoa incompetente, ou quando as decisões e despachos são proferidas por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, o que não ocorre no caso;*



2. *com relação aos princípios do contraditório e à ampla defesa, o §3º, do artigo 15, da Lei n.º 9.317/96, contempla ambos os princípios, condicionando-se o seu exercício apenas ao rito processual próprio, qual seja, aquele regido pelo Decreto n.º 70.235/72, no sentido de que apenas com a tempestiva manifestação de inconformidade instaura-se o litígio, nos termos do artigo 14 daquele decreto;*
3. *em que pese à arguição de inconstitucionalidade, esclareça-se que o fórum adequado para esta discussão é o Poder Judiciário, que detém, nos termos do artigo 92 e seguintes da CF, a competência para dizer do seu direito preterido;*
4. *Mérito*
5. *pela fê pública da qual está investido, o Auditor Fiscal da Receita Federal, autor da Representação Fiscal (fls. 01) e do termo de Verificação Fiscal que a respaldou, testemunhou fatos ocorridos em sua presença, nos termos do artigo 364 do CPC, que culminaram na lavratura do Auto de Infração (processo n.º 10630.000982/2002-47);*
6. *a exclusão do SIMPLES pautou-se em elementos de elevado valor probante, dada a presunção legal relativa que os acoberta e que provoca a inversão do ônus da prova, cabendo ao contribuinte provar que a fiscalização estava equivocada;*
7. *quanto ao processo n.º 10630.000982/2002-47, insta observar que foi prolatado o Acórdão DRJ/JFA/MG n.º 1-03.481, em 06/05/2003, do qual o contribuinte não apresentou Recurso Voluntário, de forma que o juízo firmado naquele acórdão fez coisa julgada material sob a lide que então se instaurou naqueles autos;*
8. *optou o contribuinte pelo parcelamento especial do correspondente crédito tributário de que trata a Lei n.º 10.684/2003 (PAES), sob a Declaração PAES n.º 0000077539, implicando em confissão e irretratabilidade dos débitos junto à SRF, conforme disposto na própria lei do PAES (10.684/2003), na Portaria Conjunta PGFN/SRF n.º 3/2003, e na Portaria SRF n.º 258/2001;*
9. *ante a desistência do processo n.º 10630.000982/2002-47 e suas conseqüências sobre os autos do presente processo, despidendo abordar novamente as questões passivas articuladas em ambos, atinentes a preliminares e mérito, tais como sobre o sigilo bancário, o princípio da retroatividade que envolve a Lei Complementar n.º 105/2001, a da impossibilidade de utilização de dados da CPMF para lançamento de outros tributos em face da Lei n.º 9.311/96, bem como, da ação judicial n.º 2001.38.00.011809-4, e do fato gerador do Imposto de Renda;*
10. *objetivando motivar e fundamentar a decisão, por economia processual, aproveita-se o voto proferido pelo relator do acórdão 103.481/2003, nos autos do processo n.º*



10630.000982/2002-47, no qual, por unanimidade de votos, foi considerado procedente o lançamento e produzida coisa material sobre a matéria;

- 11. o legislador estabeleceu uma presunção legal e relativa de omissão de receita e não logrando o titular comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, tem-se a autorização para considerar ocorrido o fato gerador, ou seja, para presumir que os recursos depositados traduzem receitas omitidas pelo contribuinte. Há a inversão do ônus da prova – característica das presunções legais – o contribuinte é quem deve demonstrar que o numerário creditado não é receita tributável, sendo que a presunção em comento aplica-se também aos optantes do SIMPLES (artigo 18 da Lei n.º 9.317/96 – citado no auto de infração);*
- 12. o termo inicial da exclusão há mesmo que retroagir ao dia 01/01/1999, tal como considerado no Ato Declaratório, nos termos do disposto no inciso IV, do artigo 15, da Lei n.º 9.317/96, alterado pelo artigo 3º, da Lei n.º 9.732/98.*

Ao final, decidiu-se no sentido de manter a exclusão do SIMPLES, tal como operada no Ato Declaratório Executivo n.º 17, de fls. 26.

Inconformado com a decisão de primeiro grau de jurisdição, o contribuinte interpôs o tempestivo Recurso Voluntário de fls. 126/169, acompanhado dos documentos de fls. 112/124, reiterando os fundamentos e pedidos de sua Peça Impugnatória.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro em 25/04/07, em um único volume, processado em 171 páginas, devidamente numeradas.

Desnecessário o encaminhamento do processo à Procuradoria da Fazenda Nacional para ciência quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, nos termos da Portaria MF n.º 314, de 25/08/99.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Relator

Da análise dos autos, constata-se que a matéria a que se atém o presente processo diz respeito unicamente à exclusão do Recorrente do Simples, decorrente de Verificação Fiscal na qual se apurou que o contribuinte, supostamente, teria movimentado "vultosas quantias nas suas contas correntes sem tê-las escriturado ou declarado ao fisco, o que ensejou o lançamento de ofício com base nos depósitos feitos em suas contas correntes que não tiveram sua origem comprovada", o que foi controlado no Processo Administrativo Fiscal n.º 10630.00098212002-471.

Vê-se, pois, que o Ato Declaratório de Exclusão de que se cuida, juntado aos autos às fls. 26, encontra-se vinculado ao P AF mencionado, nos termos da Representação Fiscal de fls. 01.

Dados do Processo

Número: 10630.000982/2002-47

Data de Protocolo: 27/08/2002

Documento de Origem: DRFGVS

Procedência: AUTO DE INFRACAO IRPJ

Assunto: AUTO DE INFRACAO-IRPJ

Nome do Interessado: GV SERVICOS L TDA

CNPJ: 01.673.402/0001-10

Localização Atual

Órgão Origem: SEC CONTROLE ACOMP TRIBUTARIO-DRF-GVS-MG
Órgão Destino: SEC ORIENT ANALISE TRIBUT ARIA-DRF-GVS-MG

Movimentado em: 19/09/2003

Seqüência: 0007

RM: 10877

Situação: EM ANDAMENTO

UF: MG

Por sua vez, referido PAF cuida da apuração imposta ao contribuinte de: omissão de receitas, tendo em vista depósitos não escriturados e insuficiência de recolhimento.



Isto posto, a competência para apreciar os autos em apreço é do Primeiro Conselho de Contribuintes, de acordo com a distribuição de competências estabelecida no Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 147/2007.

Dispõe o referido Regimento:

"Art. 20. Compete ao Primeiro Conselho de Contribuintes julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância sobre a aplicação da legislação referente ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, adicionais, empréstimos compulsórios a ele vinculados e contribuições, inclusive penalidade isolada, observada a seguinte distribuição:

I - às Primeira, Terceira, Quinta, Sétima e Oitava Câmaras, os relativos à:

(...)

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

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

Omissis

Art. 22. Compete ao Terceiro Conselho de Contribuintes julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância sobre a aplicação da legislação referente a:

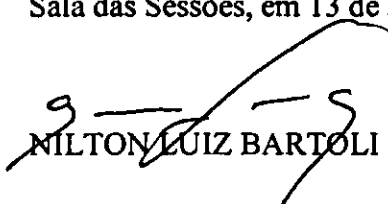
(...)

xx - exclusão e vedação de empresas optantes do Simples, exceto na hipótese de lançamento;"

Cabe, portanto, ao Primeiro Conselho de Contribuintes apreciar o Recurso Voluntário em questão, pelo que, voto por declinar da competência para apreciar a matéria pertinente aos autos em apreço.

É como voto.

Sala das Sessões, em 13 de setembro de 2007


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator