



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

**Processo n°** 10675.003340/2007-98  
**Recurso n°** 000.000 Voluntário  
**Acórdão n°** **1802-000.904 – 2ª Turma Especial**  
**Sessão de** 28 de junho de 2011  
**Matéria** EXCLUSÃO DO SIMPLES  
**Recorrente** ESTRUTURAÇÃO DISTRIBUIDORA DE FERRO E AÇO LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Data do fato gerador: 31/12/2003

SIMPLES. EXCLUSÃO. RECEITA BRUTA EXCEDENTE AO LIMITE.

Constitui hipótese de exclusão de ofício do SIMPLES a constatação de obtenção, no ano-calendário imediatamente anterior, pela pessoa jurídica na condição de empresa de pequeno porte, de receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00.

RECEITA BRUTA. SIGILO BANCÁRIO. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM DE NÃO COMPROVADA. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. COMISSÃO DE VENDAS. COMERCIANTE EM NOME PRÓPRIO. DECISÃO ADMINISTRATIVA DEFINITIVA. PRECLUSÃO ADMINISTRATIVA.

Incabível discutir, agitar ou revolver, na esfera administrativa, matérias preclusas, já definitivamente decididas, superadas, nos autos de processo conexo contra o mesmo sujeito passivo.

APLICAÇÃO. LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA

A exclusão do Simples rege-se pela lei vigente à época da ocorrência do fato gerador que a motivou.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

*(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, André Almeida Blanco, José de Oliveira Ferraz, Nelso Kichel, Gilberto Baptista e Marco Antônio Nunes Castilho.

## **Relatório**

Trata-se de Recurso Voluntário de fls. 70/80 contra decisão da 2ª Turma da DRJ/Juiz de Fora (fls. 64/67) que manteve a exclusão da recorrente do SIMPLES a partir de 01/01/2004, por extrapolar o limite de receita bruta no ano-calendário 2003.

A decisão recorrida tem a seguinte ementa (fl 64):

(...)

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

*Data do fato gerador: 31/12/2003*

*SIMPLES. EXCLUSÃO. RECEITA BRUTA EXCEDENTE AO LIMITE.*

*Constitui hipótese de exclusão de ofício do SIMPLES a constatação de obtenção, no ano-calendário imediatamente anterior, pela pessoa jurídica na condição de empresa de pequeno porte, de receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00.*

*APLICAÇÃO. LEGISLAÇÃO.*

*A exclusão do Simples rege-se pela lei vigente à época da ocorrência do fato gerador que a motivou.*

*Solicitação Indeferida*

(...)

Quantos aos fatos e razões da impugnação ofertada na primeira instância, transcrevo o relatório da decisão recorrida que sintetizou, até então, a lide (fl. 65):

*Através do Ato Declaratório — Comunicação de Exclusão do SIMPLES (fl. 28), de 08 de outubro de 2007, procedeu a DRF/UBE à exclusão da contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, em razão de ter auferido receita bruta superior ao limite estabelecido (...) na Lei nº 9.317/1996.*

*O Ato em questão teve origem em "representação fiscal — exclusão SIMPLES" (fls. 01/02), decorrente de ação fiscal, no curso da qual foi constatado que a interessada enquadrada como EPP — Empresa de Pequeno Porte, auferiu no decorrer do ano-calendário de 2003, Receita Bruta em montante acumulado (R\$ 2.785.234,48) superior ao limite de R\$ 1.200.000,00 estabelecido na Lei 9.317/1996.*

*Consoante o disposto no art. 15, IV, da Lei nº 9.317/96, tal exclusão surtirá efeito a partir do ano-calendário seguinte àquele em que foi ultrapassado o limite estabelecido, ou seja, 01/01/2004.*

*Devidamente cientificada em 11/10/2007 (AR-fl. 29), a contribuinte apresentou impugnação, alegando, em síntese, que:*

- a exclusão poderia ser efetuada, caso comprovadas as situações especificadas nos arts. 9º, inciso II, e 14, inciso I, da Lei 9.317/1996;*
- Entretanto, a referida lei foi revogada a partir de 10 de julho de 2007 pela Lei Complementar 123/2006;*
- Ilegalidade na quebra de sigilo bancário;*

*Após tecer (...) sobre os autos de infração (MPF 0620900 3007 00024-4), argumenta que seu enquadramento foi garantido pela Lei 9.317/1996, já o seu desenquadramento, conforme ato declaratório, foi fundamentado em legislação revogada, consubstanciando-se em cerceamento de defesa. Discorre sobre o princípio da legalidade e outros princípios constitucionais que não foram obedecidos, em função da utilização de lei revogada no embasamento de sua exclusão do Simples.*

Não obstante, a decisão recorrida de fls. 64/67, da qual tomou ciência em 18/06/2009 (fl. 68), não acolheu as razões aduzidas pela contribuinte, mantendo a exclusão do SIMPLES.

Em face disso, em 16/07/2009 a contribuinte apresentou Recurso Voluntário de fls. 70/80, cujas razões, em síntese, são as seguintes:

- que, além da exclusão do SIMPLES a partir de 01/01/2004 (objeto dos presentes autos), a fiscalização lavrou os autos de infração do IRPJ-Simples, CSLL – Simples, PIS – Simples, COFINS – Simples e INSS – Simples quanto ao ano-calendário 2003, com aplicação de multa de 225% por **fraude na omissão de receitas e falta de atendimento às intimações fiscais** (objeto do processo nº 10675.003323/2007-51);

## 1) – Quebra do sigilo bancário:

- que o fisco não pode quebrar o sigilo bancário sem ordem judicial;
- que o ato de exclusão do SIMPLES deve ser anulado, pois houve violação ao sigilo bancário, garantia fundamental assegurada pela Constituição Federal;

## 2) – Exclusão do SIMPLES com base em legislação revogada:

- que a exclusão do SIMPLES deu-se com base na Lei nº 9.317/96, revogada pela Lei Complementar nº 123/2006;

## 3) – Receita bruta:

- que o fisco apurou receita bruta de **R\$ 2.785.234,48** (receita declarada R\$ 162.256,19; receita omitida -vendas efetuadas à Prefeitura de Uberlândia - licitação pública - R\$ 841.686,00; e receitas bancárias de origem não comprovada R\$ 1.781.292,29);

- que insta esclarecer que a movimentação de mercadorias da empresa, em sua grande maioria, se restringia apenas a **repasse**, auferindo apenas **comissões** sobre os valores vendidos direto das empresas fornecedoras;

- que tal fato se comprova pelas próprias instalações da empresa, que não comportavam a movimentação da quantidade de mercadorias das operações de venda direta;

- que, naquela época, a recorrente operava tão-somente como uma verdadeira **Representante Comercial** que, ao fazer suas vendas diretas, recebia o produto e já os repassava a quem de direito;

- que a pequena movimentação de vendas a varejo se dava, naquela época, exclusivamente em **caráter eventual**;

- **que necessitava de** um pequeno estoque para a venda a varejo que se efetivava na medida em que atendia aos pequenos consumidores que a procuravam em seu estabelecimento;

- que, para atender a essa demanda, a requerente solicitava a compra para si mesma de poucos produtos, ocasionando os fatos geradores dos impostos já devidamente declarados à Receita Federal e recolhidos;

- que a rotina de trabalho da contribuinte, naquela época, era **passar** os pedidos diretos das vendas efetuadas, agregando a este pedido um pouco de produtos para suas próprias vendas; ao receber fazia imediatamente o **repasse** a quem de direito ficando para si apenas a **parcela** representativa de sua comissão;

- que para ter suas operações devidamente regularizadas de acordo com a legislação vigente, foi instruída pelo seu contador que recebesse as mercadorias das vendas diretas a título de **transferência de crédito** do ICMS (conta contábil 1.601) e **repassasse** a mesmo título (conta contábil 5.601), para evitar tributação em cascata.

- que, em relação à licitação pública, pelas vendas recebia tão somente as comissões em percentual nunca superior a 5% e jamais receita integral (somente o valor das comissões apropriava contabilmente como receitas).

Processo nº 10675.003340/2007-98  
Acórdão n.º **1802-000.904**

**S1-TE02**  
Fl. 3

---

Por fim, com base nessas razões, a recorrente pediu a insubsistência do ato de exclusão do SIMPLES.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos. Portanto, dele conheço.

O litígio versa acerca da exclusão da recorrente do SIMPLES, com efeito a partir de 01/01/2004, pelo fato da receita bruta auferida, no ano-calendário 2003, ter extrapolado o limite máximo para permanência da empresa nesse regime de tributação simplificado, conforme Ato Declaratório Executivo de Exclusão do SIMPLES - DRF/Uberlândia nº 04/2007, de 08/10/2007(fl. 28).

No caso, a fiscalização apurou receita bruta de R\$ 2.785.234,48 no ano-calendário 2003, assim constituída:

a) Omissão de receitas - vendas efetuadas à Prefeitura de Uberlândia (licitação pública) no valor de R\$ 841.686,00;

b) Omissão de receitas/rendimentos – depósitos bancários de origem não comprovada – no valor de R\$ 1.781.292,29;

c) Receita bruta declarada ao fisco R\$ 162.256,19.

Nesse sentido, quanto à apuração da receita bruta, transcrevo a narrativa dos fatos constante da Representação Fiscal (fls. 01/02):

*No curso do procedimento fiscal instaurado contra o contribuinte acima identificado, foram constatados os seguintes fatos:*

*1. O contribuinte acima identificado apresentou declaração Anual Simplificada referente ao ano-calendário de 2003, informando receita anual no montante de R\$ 162.256,19.*

*2. Nos Livros fiscais apresentados, verificou-se valores expressivos de entrada e saída com os códigos 1.601 e 5.601 (recebimento por transferência de crédito de ICMS de outras empresas e transferência de crédito de ICMS para outras empresas, respectivamente). Intimado a justificar tais operações e apresentar as respectivas notas fiscais, o contribuinte não se manifestou.*

*3. Verificou-se também incompatibilidade entre sua movimentação financeira, na ordem de dois milhões e oitocentos mil reais e a receita declarada. Intimado a comprovar a origem dos créditos bancários efetuados em contas de sua titularidade, não se manifestou.*

*4. Intimada a relacionar todas as operações comerciais efetuadas no referido ano-calendário com o contribuinte em*

*epígrafe, bem como apresentar as respectivas notas fiscais, a Prefeitura Municipal de Uberlândia apresentou relação dos empenhos pagos ao contribuinte fiscalizado no período em questão, juntamente com cópia das notas fiscais de venda e das notas fiscais de empenho, que comprovam os pagamentos efetuados.*

*5. Ressalta-se que as vendas efetuadas à Prefeitura Municipal de Uberlândia, no montante de R\$ 841.686,00, foram escrituradas no livro Registro de Saídas com o código 5.601, ficando à margem da tributação, uma vez que o contribuinte declarou apenas as operações escrituradas com os códigos 5.102 e 6.102.*

*6. Intimado a manifestar-se quanto aos valores apurados pelo Fisco referentes as vendas efetuadas à Prefeitura Municipal de Uberlândia, no montante de R\$ 841.686,00 (Anexo I) e aos créditos bancários de origem não comprovada, no montante de R\$ 1.781.292,29 (Anexo II), o contribuinte não se manifestou.*

*7. Segundo abaixo demonstrado, a empresa fiscalizada enquadrada na condição de EMPRESA DE PEQUENO PORTE (EPP), auferiu no decorrer do ano calendário de 2003 receita bruta em montante acumulado de **R\$ 2.785.234,48**, excedente, portanto, ao limite estabelecido para as empresas de pequeno porte (R\$ 1.200.000,00):*

<i>Receita declarada</i>	<i>162.256,19</i>
<i>Receita omitida (vendas efetuadas à PMU)</i>	<i>841.686,00</i>
<i>Receita omitida (Dep.banc.de origem não comprovada)</i>	<i>1.781.292,29</i>
<b><i>Total receitas apuradas no ano-calendário 2003</i></b>	<b><i>2.785.234,48</i></b>

*Diante o exposto, como a empresa infringiu o art. 9º da Lei nº 9.317/1996 ao optar e permanecer no SIMPLES no ano calendário subsequente, mesmo excedendo os limites estabelecidos para Empresas de Pequeno Porte (EPP), proponho fundamentado no art. 14, I, da Lei nº 9.317/1996 que a mesma seja excluída do SIMPLES.*

*Solicito que o Chefe da Seção de Fiscalização encaminhe a presente Representação Fiscal ao Sr. Delegado da Secretaria da Receita Federal em UBERLANDIA com proposta de exclusão do contribuinte do SIMPLES, com efeitos a partir de primeiro de janeiro de 2004, nos termos do inciso IV do art. 15 da Lei nº 9.317/96.*

*(...)*

A recorrente, nas razões de seu recurso, alegou que a exclusão do SIMPLES deve ser afastada, pois o fisco:

a) para apuração da receita bruta do ano-calendário 2003, teria quebrado o sigilo bancário sem autorização judicial, quanto aos depósitos bancários de origem não comprovada;

b) teria feito a exclusão da empresa do SIMPLES com base na Lei nº 9.317/96, revogada pela Lei Complementar nº 123/2006;

c) que a empresa teria atividade de Representante Comercial no ano-calendário 2003, ficando com apenas 5% das receitas de vendas a título de Comissão, embora as vendas tivessem sido efetuadas em seu nome próprio.

**RECEITA BRUTA. ANO-CALENDÁRIO 2003. SIGILO BANCÁRIO. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM DE NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RECEITAS. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. COMISSÃO DE VENDAS. DECISÃO ADMINISTRATIVA DEFINITIVA. PRECLUSÃO ADMINISTRATIVA**

A receita bruta do ano-calendário 2003, que gerou a exclusão da recorrente do SIMPLES, foi apurada nos autos do **processo nº 10675.003323/2007-51** que tratam da exigência dos tributos no âmbito do SIMPLES (IRPJ – SIMPLES e reflexos), para esse ano-calendário.

A exclusão da empresa do SIMPLES a partir de **01/01/2004**, por conseguinte, é decorrência, ou seja, é efeito reflexo do excesso de receita bruta apurado naqueles autos, quanto aos ano-calendário 2003.

Existe conexão entre os processos. Questão prejudicial.

A apreciação da Exclusão do SIMPLES, nestes autos, depende da sorte do que for decidido no mérito naqueles autos, em relação ao montante de receita bruta auferida pela recorrente no ano-calendário 2003 (questão prejudicial).

De sorte que no citado processo conexo (PAF nº 10675.003323/2007-51) já existe decisão definitiva na órbita administrativa contra a recorrente, consoante **Acórdão nº 12-19.810 – 7ª Turma da DRJ/RJOL, de 30 de junho 2008 que julgou procedente o lançamento fiscal**, confirmando a citada receita bruta apurada pelo fisco, para o ano-calendário 2003.

Não cabe mais discussão ou recurso na órbita administrativa contra o mencionado Acórdão, pois a recorrente não recorreu dessa decisão, cujos autos do processo já foram movimentados pela Seção de Controle e Acompanhamento Tributário – DRF/Uberlândia/MG para a Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Uberlândia/MG, em **08/05/2009**, para inscrição do débito em dívida ativa.

Naqueles autos, como já dito, houve a apuração da receita bruta de **R\$ 2.785.234,48** para o ano-calendário 2003; desse montante de receita bruta, a contribuinte declarou apenas **R\$ 162.256,19** ao fisco.

Logo, **sobre a diferença de receita bruta** (omissão de receitas – depósitos bancários de origem não comprovada e omissão de receitas - vendas de mercadorias em licitação pública e não declaradas ao fisco) **houve lançamento do IRPJ-SIMPLES e reflexos do ano-calendário 2003.**

Ainda, em face dessa receita bruta do ano-calendário 2003, que extrapolou o limite para permanecer no SIMPLES, a recorrente, como efeito reflexo, foi excluída desse regime de tributação simplificado, a partir de **01/01/2004**.

De modo que, naqueles autos, a contribuinte discutiu a receita bruta apurada pelo fisco no ano-calendário 2003, ou seja, a omissão de receitas de vendas via licitação pública, a omissão de receitas – depósitos bancários de origem não comprovada, a questão do sigilo bancário, o acesso da RFB à movimentação financeira bancária sem ordem judicial em consonância com o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001, Decreto nº 3.724/2001 e Lei nº 10.174/2001 e a questão das comissões (representação comercial).

Por conseguinte, essas questões, novamente suscitadas pela recorrentes nos presentes autos, já estão decididas ou superadas naqueles autos, não cabendo mais sua discussão na órbita administrativa, em face da preclusão administrativa.

A propósito, quanto ao Acórdão nº 12.-19810 – 7ª Turma da DRJ/RJOI, de 30 de junho 2008 (processo conexo), no qual essas questões suscitadas aqui restaram lá julgadas definitivamente, transcrevo a ementa e os termos do Acórdão, *in verbis*:

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

*Ano-calendário: 2003*

**IRPJ. OMISSÃO DE RECEITAS.**

*Verificada omissão de receita, o montante omitido será computado para determinação da base de cálculo do imposto devido e do adicional, se for o caso, no período de apuração correspondente.*

**PIS. COFINS. CSLL. INSS.**

*Na ausência de argumentos diferenciados, aplica-se ao lançamento decorrente aquilo que restou decidido em relação ao IRPJ. Mantido o lançamento principal igual sorte assiste aos lançamentos reflexos.*

**INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO. IRPJ. PIS. COFINS. CSLL e INSS.**

*Apurada omissão de receitas, alteram-se, por mudança de faixa da receita acumulada, os percentuais utilizados para cálculo dos tributos devidos pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples. Tal mudança de percentuais acarreta insuficiência de recolhimento, sendo devidas as diferenças lançadas.*

**Lançamento Procedente**

*Acordam os membros da 7ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, **JULGAR PROCEDENTE O LANÇAMENTO**, permanecendo o Imposto sobre a Renda da*

*Pessoa Jurídica/SIMPLES, no valor de R\$ 17.951,90, a Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS/SIMPLES, no valor de R\$ 17.951,90, a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL/SIMPLES, no valor de R\$ 29.896,39, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS/SIMPLES, no valor de R\$ 59.792,72 e a Contribuição para a Seguridade Social - INSS/SIMPLES, no valor de R\$ 115.987,87, todos acrescidos de multa de 225% (nas infrações relativas às receitas omitidas) e de 75% (nas infrações relativas às insuficiências de recolhimento) e demais acréscimos legais, de acordo com a legislação de regência, nos termos do relatório e voto do relator.*

(...)

Quanto ao montante de receita bruta apurado de **R\$ 2.785.234,48**, transcrevo, nessa parte, o relatório integrante do citado Acórdão (processo conexo), por ser elucidativo quanto aos fatos apurados pela fiscalização, *in verbis*:

(...)

*- verificado nos livros fiscais do Estado valores expressivos de entrada e saída com os códigos 1.601 e 5.601 (recebimento por transferência de crédito de ICMS de outras empresas e transferência de crédito de ICMS para outras empresas, respectivamente), o contribuinte foi intimado a justificar e comprovar as operações escrituradas com os referidos códigos, apresentar as notas fiscais de saída, bem como a movimentação financeira da empresa (extratos bancários) no referido ano-calendário, no prazo vinte dias, por estar incompatível com a receita declarada, fl. 11;*

*- não tendo o contribuinte se manifestado no prazo marcado, foi lavrado em 19/04/2007 Termo de Reintimação Fiscal (fl.13), reiterando a apresentação dos documentos/esclarecimentos solicitados através do Termo de Intimação Fiscal não atendido (fl.11);*

*- face ao não fornecimento de informações sobre movimentação financeira foram expedidas Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira/RMF ao Banco do Brasil e Unibanco, solicitando dados cadastrais e extratos de conta corrente e aplicações financeiras (fls. 15/17 e 51);*

*- efetuada a conciliação bancária das contas apresentadas pelos bancos e excluídos os créditos decorrentes de transferências de outras contas de mesma titularidade, estornos de lançamento, devoluções de cheques, resgates de aplicações, redução de saldo devedor e créditos de valor inferior a R\$ 100,00, o contribuinte foi intimado em 06/06/2007 a comprovar a origem dos créditos bancários listados em relação anexa ao Termo, no montante de **R\$ 2.812.531,72** (fls. 95/110);*

*- no mesmo termo o contribuinte foi intimado a regularizar sua escrituração comercial referente ao período em questão, apresentar as notas fiscais de saída e justificar e comprovar as operações escrituradas nos livros fiscais do Estado com os códigos 1.601 e 5.601 (fl. 95);*

- insistindo o contribuinte na conduta de omitir-se frente às intimações foi lavrado em 23/07/2007 Termo de Reintimação Fiscal de fl. 153, reiterando a apresentação de todos os livros, documentos e esclarecimentos solicitados através do Termo de Intimação Fiscal lavrado em 06/06/2007 (fl. 95);

- verificada na movimentação financeira efetuada junto ao Banco do Brasil a existência de lançamentos a crédito com o histórico de "Cobrança" de valor superior à receita declarada pelo contribuinte no regime Simplificado, foi emitida RMF solicitando ao banco os borderôs de cobrança, descontos de títulos e transferências recebidas, com o intuito de identificar clientes da empresa, fl. 114;

- nos relatórios de cobrança apresentados pelo banco, o Fisco verificou tratar-se de cobrança simples, portanto, sem registro dos sacados; porém, os relatórios de transferências identificaram a Prefeitura Municipal de Uberlândia como remetente de várias transferências interbancárias;

- em face de tais transferências a Prefeitura Municipal de Uberlândia/PMU foi intimada em 27/07/2007 a relacionar todas as operações comerciais efetuadas no ano-calendário de 2003 com o contribuinte fiscalizado, discriminando nº da nota fiscal, data de emissão, valor, data de pagamento e valor pago, bem como apresentar cópia das respectivas notas fiscais (fl. 156);

- em atendimento ao referido Termo, a Prefeitura Municipal de Uberlândia apresentou o razão contábil dos lançamentos da empresa Estruturação (fls.159/166) e cópia das notas fiscais de venda, acompanhadas das respectivas notas de empenho emitidas pela Prefeitura, que comprovam os pagamentos efetuados (Anexo I – volumes I e II, fls. 01/349);

- constatou-se enorme discrepância entre a receita declarada, as vendas efetuadas à Prefeitura Municipal de Uberlândia e a movimentação financeira da empresa, conforme abaixo demonstrado:

Rec. anual declarada (fls.190/207)	Vendas efetuadas à PMU (fls. 178/181)	Créd. Bancários (fls. 97/110)
R\$ 162.256,19	R\$ 841.686,00	R\$ 2.812.531,72

- dos créditos bancários cuja origem não foi comprovada pelo contribuinte, foram excluídos os cheques depositados devolvidos, os créditos efetuados e comprovados pela PMU e a receita declarada pelo contribuinte, restando o montante de R\$ 1.781.292,29 sem comprovação da origem - demonstrativo às fls. 189 – abaixo reproduzido:

(...)

- diante do exposto o contribuinte foi intimado em 17/09/2007 a manifestar-se quanto aos valores apurados pelo Fisco no ano-calendário de 2003 referentes às vendas efetuadas à Prefeitura Municipal de Uberlândia, no montante de R\$ 841.686,00, e

quanto aos créditos bancários de origem não comprovada, no montante de R\$ 1.781.292,29, conforme demonstrativos anexos ao referido Termo (fls. 167/172), mas manteve sua conduta de omitir-se frente às intimações do Fisco;

- a autuante ressalta que as vendas efetuadas à Prefeitura Municipal de Uberlândia foram escrituradas no livro Registro de Saídas com o código 5.601 (transferência de saldo credor de ICMS para outra empresa), ficando à margem da tributação, uma vez que o contribuinte declarou apenas as operações escrituradas com os códigos 5.102 e 6.102;

- **verificada conduta fraudulenta do contribuinte ao omitir receitas com vistas a beneficiar-se de um sistema menos oneroso de tributação**, somada à falta de atendimento às intimações no curso do procedimento fiscal, foi aplicada a multa de 225%, conforme artigo 44, inciso I e parágrafos 1º e 2º da Lei 9.430/96;

- **constatada escrituração de vendas com codificação indevida em livro fiscal (Registro de Saídas) e falsidade de declaração, com vistas à permanência indevida no SIMPLES**, fatos que em tese configuram crime contra a ordem tributária definidos nos incisos I e II do art. 1º da Lei nº 8.137/90 **foi formalizada Representação Fiscal para fins Penais**, processo 10675.003324/2007-03, apenso;

- tendo o Fisco apurado receitas omitidas pelo contribuinte no ano-calendário de 2003 que, somadas às receitas declaradas superam o limite de R\$ 1.200.000,00 estabelecido para empresas de pequeno porte optarem e permanecerem no SIMPLES (art. 3º da Lei 9.372/98), **foi elaborada Representação Fiscal propondo ao Delegado da DRF em Uberlândia/MG a exclusão de ofício do SIMPLES, com efeitos a partir do ano-calendário de 2004**, conforme disposto nos artigos 14, inciso I e 15, inciso IV da Lei 9.317/96;

- a seguir demonstrativo das receitas que deram origem à exclusão:

Receita declarada	162.256,19
Receita omitida (vendas efetuadas à PMU)	841.686,00
Dep.banc.de origem não comprovada	1.781.292,29
Total receitas ano-calendário 2003	2.785.234,48

(...)

Ademais, consta do voto condutor do Acórdão (processo conexo), em relação ao sigilo bancário e ao montante de receitas auferidas no ano-calendário 2003:

(...)

Da utilização das informações bancárias fornecidas pelas instituições financeiras:

*Quanto à alegação de ilegalidade da auditoria fiscal, em razão da quebra do sigilo bancário mediante procedimento administrativo, sem autorização judicial, cabe observar que as requisições das informações bancárias da interessada junto às instituições financeiras, efetuadas por meio das Requisições de Informações sobre Movimentações Financeiras – RMFs (fls. 15, 17, 51 e 114) fundamentaram-se no artigo 6º, da Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001, regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 10/01/2001, abaixo reproduzido: (...)*

*Quando da emissão destas RMFs é de se notar que já existia procedimento de fiscalização instaurado, autorizado pelo Mandado de Procedimento Fiscal de nº 06.1.09.00-2007-0014-4, fl. 01, prorrogações posteriores e Termo de Início de Fiscalização, de 24/01/2007, fl.04. Como o Termo de Início de Fiscalização foi lavrado em 24/01/2007 e as Requisições de Movimentação Financeira de fls. 17, 51 e 114 são posteriores (07 de maio e 13 de junho), restou caracterizada a existência de procedimento fiscal em curso. Assim, não pode prosperar a alegação do contribuinte de necessidade de autorização judicial para requisição e exame dos extratos bancários fornecidos pelos Bancos do Brasil e UNIBANCO e BCN, uma vez que foi atendido o requisito estatuído pelo artigo 6º, da Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001, regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 10/01/2001.*

*(...)*

*Observa-se ainda no presente lançamento que a Fiscalização buscou efetivamente a verdade material, para só então, elucidados os fatos, lavrar o auto de infração.*

*Comprovada a licitude das provas obtidas não há com se acatar o seu pedido de cancelamento integral do auto de infração.*

Da apuração indevida da base de cálculo.

*O contribuinte sustenta que devem ser excluídas da base de cálculo dos tributos as suas despesas, isto porque do total das receitas percebidas no máximo 5% seriam suas receitas, por ser representante comercial.*

*(...)*

*Sucedendo que no ano da autuação optou pelo SIMPLES, nos termos do artigo 8º da Lei 9.317/1996. Assim não pode se beneficiar da dedutibilidade de despesas aplicável somente aos optantes pelo lucro real.*

*Ao fazer tal opção ficou sujeita à base de cálculo, percentuais e valores devidos apurados em conformidade com o artigo 5º da*

*Lei 9.317/1996, conforme referido no artigo 188 do RIR/1999, aprovado pelo Decreto 3.000, de 26/03/1999:*

*“Art. 188. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES, será determinado mediante a aplicação, sobre a receita bruta mensal auferida, dos percentuais e nas condições estabelecidas no art. 5º, e seus parágrafos, da Lei nº 9.317, de 1996, observado, quando for o caso, o disposto nos arts. 204 e 205.”*

*No caso vertente, sendo a empresa optante pelo SIMPLES, havendo inclusive apresentado sua Declaração Anual Simplificada para o ano-calendário de 2003, fls. 190/207, deve sujeitar-se ao tratamento tributário aplicável aos integrantes do sistema em comento, não podendo assim valer-se das normas de dedução de despesas aplicáveis aos optantes do lucro real.*

*(...)*

*Por tais razões descabe a alegação de que a base de cálculo dos tributos (IRPJ e contribuições) tenha sido apurada de forma equivocada*

*Das vendas e dos créditos bancários de origem não comprovada.*

*O contribuinte postula que para ter suas operações devidamente regularizadas de acordo com a legislação vigente, foi instruído pelo seu contador, que recebesse as mercadorias das vendas diretas a título de transferência de crédito de ICMS e as repassasse a mesmo título, para com isso não gerar tributação em cascata e por consequência onerar a operação da qual não recebia por isso.*

*E ainda ser evidente o lançamento nas contas 1.601 e 5.601 (recebimento por transferência de crédito de ICMS de outras empresas e transferência de crédito de ICMS para outras empresas).*

*Em suas impugnações o contribuinte fez a juntada apenas dos contratos sociais. Assim, deixou de comprovar qualquer de suas alegações. O ônus da prova é atribuído a quem alega a existência do fato. Assim, compete ao contribuinte apresentar as provas capazes de dar suporte às suas alegações. Na ausência de tal comprovação suas alegações devem ser afastadas.*

*Acrescentando-se que o através da intimação de fl. 167 o contribuinte foi intimado a esclarecer as vendas efetuadas à Prefeitura Municipal, no valor de **R\$ 841.686,00**, conforme anexo I (fls. 168/171) e a se manifestar quanto aos créditos bancários de origem não comprovada, no montante de **R\$ 1.781.292,29**. Nada porém esclareceu.*

*(...), **a autuante** juntou aos autos os extratos bancários do contribuinte, fls. 19/50 e 129/152 (B. do Brasil) e 53/94 (Unibanco), solicitados através do RMF referidos no relatório.*

*Além disso, o Fisco intimou o contribuinte a se manifestar quanto aos créditos bancários de origem não comprovada, no*

montante de **R\$ 1.781.292,29**, fls. 95, 153 e 167. O contribuinte, porém, nada esclareceu.

Com referência às vendas efetuadas à PMU, a autuante juntou as notas fiscais de venda, acompanhadas das notas de empenho no anexo I, fls. 01/348. Portanto, contrariamente ao que postula o contribuinte, as vendas efetivamente ocorreram, constando como vendedora das mercadorias, em consonância com a atividade constante nos contratos sociais, a própria autuada. De se notar que tais notas fiscais não são de prestação de serviços, não servindo assim para comprovar a alegada representação comercial.

Do mesmo modo, o contribuinte foi intimado a se manifestar acerca de tais operações, fls. 167/171, mas nada esclareceu.

Além disso, conforme alega o Fisco, cotejando-se as notas fiscais de número 1461, 1462 e 1463 (fls. 02/06 do Anexo I), por exemplo, com o livro de registro de saída, à fl. 218 deste processo, verifica-se que todas foram contabilizadas no código 5.601, conforme alega o Fisco.

Por derradeiro, quanto à base de cálculo, face à robustez das provas apresentadas e à criteriosa apuração da base de cálculo, deve ser afastado o argumento do contribuinte de que a autuação decorreria de presunção fiscal.

(...)

(Grifei)

Apenas para argumentar, a recorrente não comprovou que exercia atividade de representante comercial no ano-calendário 2003; juntou apenas cópia de contrato social onde consta ser comerciante, e **não** consta que fosse representante comercial em nome de terceiros para oferecer à tributação apenas receitas de comissão; pelo contrário suas compras e vendas são em nome próprio, logo não poderia só oferecer à tributação 5% de suas receitas de vendas. As notas fiscais emitidas pela recorrente para a Prefeitura de Municipal de Uberlândia, diversamente do alegado pela recorrente, comprovam, de forma cabal, que ela procedeu vendas de mercadorias como comerciante em nome próprio, faturou vendas de mercadorias como comerciante em próprio nome, logo todas as receitas são de sua titularidade.

Por derradeiro, ainda só para argumentar, como a recorrente estava no SIMPLES no ano-calendário 2003, diferentemente do que alega, não poderia, de plano, nunca ter sido representante comercial, realizando operações em nome de terceiros, pois tal atividade é incompatível de opção e de figurar no SIMPLES (Lei nº 9.317/96, art. 9º, XIII). Pelo contrário, pelas provas colhidas pela fiscalização, a recorrente sempre exerceu o comércio, comprando mercadorias em nome próprio e vendendo para os seus clientes como comerciante em nome próprio.

Por conseguinte, a argumentação da recorrente pela pretensão de continuar no SIMPLES, alegando ser representante comercial (alegação sem prova), é totalmente esdrúxula, contraditória, infundada, destituída de plausibilidade fática e jurídica. Os fatos apurados e as provas colhidas pela fiscalização, destarte, desmentem, por completo a versão da recorrente,

pois ela (recorrente) sistematicamente atuou fazendo compras em nome próprio e revendendo em nome próprio. Por isso, foi corretamente excluída do SIMPLES.

### **LEGISLAÇÃO APLICADA. VIGENTE NA DATA DO FATO GERADOR**

Por último, em relação à alegação da recorrente de que a exclusão do SIMPLES deu-se com base em legislação não vigente na época, também, a recorrente não tem melhor sorte.

No caso, em consonância com o art.144 do CTN, foi aplicada corretamente a legislação do SIMPLES vigente na data da infração (fato gerador) – ano-calendário 2003 – Lei nº 9.317/96, com alteração de redação da Lei nº 9.732/98, cujo limite máximo de receita bruta anual para figurar no SIMPLES era R\$ 1,2 milhão.

Em 2005, houve alteração do limite anual de receita bruta para R\$ 2,4 milhão pela Lei nº 11.196, de 21/11/2005, com efeito a partir de **01/01/2006**, ou seja, para os fatos geradores a partir dessa data.

Ainda, em 14/12/2006, houve revogação da Lei nº 9.317/96 pela Lei Complementar nº 123, com efeito jurídico a partir de **1º/07/2007**, mantendo, entretanto, o limite máximo de receita bruta anual de R\$ 2,4 milhão para a empresa de EPP figurar no SIMPLES.

Como já dito, embora revogada a Lei nº 9.317/96 – pela LC nº 123/2006 – isso não tirou, nem retirou sua eficácia de regular os fatos ocorridos na sua vigência, pois - segundo o art. 144 do CTN-, aplica-se a legislação tributária vigente na época do fato gerador da exação fiscal, ainda que posteriormente revogada.

Diante do exposto, voto para NEGAR provimento ao recurso.

*(documento assinado digitalmente)*

Nelso Kichel