



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10840.722920/2011-13
ACÓRDÃO	1001-003.938 – 1ª SEÇÃO/1ª TURMA EXTRAORDINÁRIA
SESSÃO DE	6 de junho de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	EMPORIO PAULISTA CAFE EIRELI
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Simples Nacional

Ano-calendário: 2008

RECEITA BRUTA SUPERIOR AO LIMITE. EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS.

A pessoa jurídica que, na condição de empresa de pequeno porte, tenha auferido, no ano-calendário de 2008, receita bruta superior a R\$ 2.400.000,00, fica excluída do SIMPLES a partir do ano calendário subsequente.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2008

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO.

Constitui inovação recursal a alegação, deduzida na fase recursal, de fundamento jurídico não suscitado na impugnação e não apreciado pela instância a quo.

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Ano-calendário: 2008

CSLL, COFINS, PIS e CONTRIBUIÇÃO AO INSS. LANÇAMENTOS COM SUPORTE FÁTICO COMUM.

Aplica-se aos lançamentos de CSLL, COFINS, PIS e Contribuição ao INSS o decidido sobre o lançamento matriz de IRPJ, por terem suporte fático comum.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Voluntário, não conhecendo apenas em relação à parte dos fundamentos jurídicos não deduzidos na impugnação e, na parte conhecida, no mérito, em negar-lhe provimento.

Assinado Digitalmente

Gustavo de Oliveira Machado – Relator

Assinado Digitalmente

Carmen Ferreira Saraiva – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: José Anchieta de Sousa, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Gustavo de Oliveira Machado, Ana Cláudia Borges de Oliveira e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

RELATÓRIO

Trata o presente de recurso voluntário interposto em face do Acórdão nº 12-104.299, proferido em 13 de Dezembro de 2018, pela 2ª Turma da DRJ/RJO, que por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário.

A DRF de Ribeirão Preto- SP lavrou o Auto de Infração- Imposto de Renda da Pessoa Jurídica no dia 16/novembro/2011, cujos dados seguem abaixo e-fls. 22/36:

“AUTO DE INFRAÇÃO

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica

(...)

DESCRIÇÃO DOS FATOS E ENQUADRAMENTO LEGAL(IS)

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo supracitado, efetuamos o presente Lançamento de Ofício, nos termos do art. 926 do Decreto no 3.000, de 26 de março de 1.999 (Regulamento do Imposto de Renda 1999), c/c art.33 da Lei Complementar no 123/2006 e art.19 §§ 10 , 20 e 30 da Resolução CGSN nº 30/2008, tendo em vista que foi(ram) apurada(s) a(s) infração(ões), abaixo descrita(s), aos dispositivos legais mencionados.

OMISSÃO DE RECEITA

DEPÓSITO BANCÁRIO NÃO ESCRITURADO

(...)

ENQUADRAMENTO LEGAL

Arts. 3º § 1º, 13 inciso I, 18 §§ 1º, 3º e 4º, 25 e 34, da Lei Complementar n. 123/2006 e alterações. Arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º § 1º, 6º e 16 da Resolução CGSN n. 05/2007 e alterações. Arts. 9º, 13, 14, inciso I, e 19 §§ 1º a 4º, da Resolução CGSN n. 30/2008. Art. 42 da Lei n. 9.430/96. Art. 58 da Medida Provisória n. 66/02 convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/02. Art. 287, §§ 1º a 3º do RIR/99.

(...)

DIFERENÇA DE BASE DE CÁLCULO

(...)

ENQUADRAMENTO LEGAL.

Arts. 3º § 1º, 13 inciso I, 18 §§ 1º, 3º e 4º e 25, da Lei Complementar n. 123/2006 e alterações. Arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º § 1º, 6º e 16 da Resolução CGSN n. 05/2007 e alterações. Arts. 13, 14, inciso II, e 19 §§ 1º a 4º, da Resolução CGSN n. 30/2008.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

(...)

ENQUADRAMENTO LEGAL.

Arts. 3º § 1º, 13 inciso I, 18 §§ 1º, 3º e 4º e 25, da Lei Complementar n. 123/2006 e alterações. Arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º § 1º, 6º e 16 da Resolução CGSN n. 05/2007 e alterações. Arts. 13, 14, inciso II, e 19 §§ 1º a 4º, da Resolução CGSN n. 30/2008.

(...)

DEMONSTRATIVO DE MULTA E JUROS DE MORA

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica

(...)

Enquadramento Legal

MULTAS PASSÍVEIS DE REDUÇÃO

75,00 % Art. 44, inciso I, da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a Redação dada pelo art.14 da Lei no 11.488, de 15 de junho de 2007 c/c com o art.35 da Lei Complementar n. 123/2006 e o art.15 e art.16, inciso I da Resolução CGSN n. 30/2008.

JUROS DE MORA

A PARTIR DE JANEIRO DE 1997 (para Fatos Geradores a partir de 01/01/97): percentual equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

Art. 61, § 3º, da Lei n. 9.430/96 c/c com o art.35 da Lei Complementar n. 123/2006”.

A DRF de Ribeirão Preto- SP lavrou ainda, o Auto de Infração- Contribuição Social sobre o Lucro Líquido no dia 16/novembro/2011, cujos dados seguem abaixo e-fls. 37/51:

“AUTO DE INFRAÇÃO

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido

(...)

DESCRIÇÃO DOS FATOS E ENQUADRAMENTO LEGAL(IS)

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo supracitado, efetuamos o presente Lançamento de Ofício, nos termos do art. 926 do Decreto no 3.000, de 26 de março de 1.999 (Regulamento do Imposto de Renda 1999), c/c art.33 da Lei Complementar no 123/2006 e art.19 §§ 10 , 20 e 30 da Resolução CGSN nº 30/2008, tendo em vista que foi(ram) apurada(s) a(s) infração(ões), abaixo descrita(s), aos dispositivos legais mencionados.

OMISSÃO DE RECEITA

DEPÓSITO BANCÁRIO NÃO ESCRITURADO

(...)

ENQUADRAMENTO LEGAL

Arts. 3º § 1º, 13 inciso III, 18 §§ 1º, 3º e 4º, 25 e 34, da Lei Complementar n. 123/2006 e alterações. Arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º § 1º, 6º e 16 da Resolução CGSN n. 05/2007 e alterações. Arts. 9º, 13, 14, inciso I, e 19 §§ 1º a 4º, da Resolução CGSN n. 30/2008. Art. 42 da Lei n. 9.430/96. Art. 58 da Medida Provisória n. 66/02 convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/02. Art. 287, §§ 1º a 3º do RIR/99.

(...)

DIFERENÇA DE BASE DE CÁLCULO

(...)

ENQUADRAMENTO LEGAL.

Arts. 3º § 1º, 13 inciso III, 18 §§ 1º, 3º e 4º e 25, da Lei Complementar n. 123/2006 e alterações. Arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º § 1º, 6º e 16 da Resolução CGSN n. 05/2007 e alterações. Arts. 13, 14, inciso II, e 19 §§ 1º a 4º, da Resolução CGSN n. 30/2008.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

(...)

ENQUADRAMENTO LEGAL.

Arts. 3º § 1º, 13 inciso III, 18 §§ 1º, 3º e 4º e 25, da Lei Complementar n. 123/2006 e alterações. Arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º § 1º, 6º e 16 da Resolução CGSN n. 05/2007 e alterações. Arts. 14, inciso III, e 19 §§ 1º a 4º, da Resolução CGSN n. 30/2008.

(...)

DEMONSTRATIVO DE MULTA E JUROS DE MORA

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido

(...)

Enquadramento Legal

MULTAS PASSÍVEIS DE REDUÇÃO

75,00 % Art. 44, inciso I, da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a Redação dada pelo art.14 da Lei no 11.488, de 15 de junho de 2007 c/c com o art.35 da Lei Complementar n. 123/2006 e o art.15 e art.16, inciso I da Resolução CGSN n. 30/2008.

JUROS DE MORA

A PARTIR DE JANEIRO DE 1997 (para Fatos Geradores a partir de 01/01/97): percentual equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

Art. 61, § 3º, da Lei n. 9.430/96 c/c com o art.35 da Lei Complementar n. 123/2006”.

A DRF de Ribeirão Preto- SP lavrou ainda, o Auto de Infração- Contribuição para o PIS/PASEP no dia 16/novembro/2011, cujos dados seguem abaixo e-fls. 52/66:

“AUTO DE INFRAÇÃO

Contribuição para o PIS/Pasep

(...)

DESCRIÇÃO DOS FATOS E ENQUADRAMENTO LEGAL(IS)

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo supracitado, efetuamos o presente Lançamento de Ofício, nos termos do art. 926 do Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1.999 (Regulamento do Imposto de Renda 1999), c/c art.33 da Lei Complementar n. 123/2006 e art.19 §§ 1º , 2º e 3º da Resolução CGSN nº 30/2008, tendo em vista que foi(ram) apurada(s) a(s) infração(ões), abaixo descrita(s), aos dispositivos legais mencionados.

OMISSÃO DE RECEITA

DEPÓSITO BANCÁRIO NÃO ESCRITURADO

(...)

ENQUADRAMENTO LEGAL

Arts. 3º § 1º, 13 inciso V, 18 §§ 1º, 3º e 4º, 25 e 34, da Lei Complementar n. 123/2006 e alterações. Arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º § 1º, 6º e 16 da Resolução CGSN no 05/2007 e alterações. Arts. 9º, 13, 14, inciso I, e 19 §§ 1º a 4º, da Resolução CGSN no 30/2008. Art. 42 da Lei n. 9.430/96. Art. 58 da Medida Provisória n. 66/02 convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/02. Art. 287, §§. 1º a 3º do RIR/99.

(...)

DIFERENÇA DE BASE DE CÁLCULO

(...)

ENQUADRAMENTO LEGAL.

Arts. 3º § 1º, 13 inciso V, 18 §§ 1º, 3º e 4º e 25, da Lei Complementar n. 123/2006 e alterações. Arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º § 1º, 6º e 16 da Resolução CGSN n. 05/2007 e alterações. Arts. 13, 14, inciso II, e 19 §§ 1º a 4º, da Resolução CGSN n. 30/2008.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

(...)

Arts. 3º § 1º, 13 inciso V, 18 §§ 1º, 3º e 4º e 25, da Lei Complementar n. 123/2006 e alterações. Arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º § 1º, 6º e 16 da Resolução CGSN n. 05/2007 e alterações. Arts. 14, inciso III, e 19 §§ 1º a 4º, da Resolução CGSN n. 30/2008.

(...)

DEMONSTRATIVO DE MULTA E JUROS DE MORA

Contribuição para o PIS/Pasep

(...)

Enquadramento Legal

MULTAS PASSÍVEIS DE REDUÇÃO

75,00 % Art. 44, inciso I, da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a Redação dada pelo art.14 da Lei no 11.488, de 15 de junho de 2007 c/c com o art.35 da Lei Complementar n. 123/2006 e o art.15 e art.16, inciso I da Resolução CGSN n. 30/2008.

JUROS DE MORA

A PARTIR DE JANEIRO DE 1997 (para Fatos Geradores a partir de 01/01/97): percentual equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

Art. 61, § 3º, da Lei n. 9.430/96 c/c com o art.35 da Lei Complementar n. 123/2006”.

A DRF de Ribeirão Preto- SP lavrou ainda, o Auto de Infração- Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social no dia 16/novembro/2011, cujos dados seguem abaixo e-fls. 67/81:

“AUTO DE INFRAÇÃO

Contribuição para Financiamento da Seguridade Social

(...)

DESCRIÇÃO DOS FATOS E ENQUADRAMENTO LEGAL

CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL(IS)

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo supracitado, efetuamos o presente Lançamento de Ofício, nos termos do art. 926 do Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1.999 (Regulamento do Imposto de Renda 1999), c/c art.33 da Lei Complementar n. 123/2006 e art.19 §§ 1º , 2º e 3º da Resolução CGSN nº 30/2008, tendo em vista que foi(ram) apurada(s) a(s) infração(ões), abaixo descrita(s), aos dispositivos legais mencionados.

OMISSÃO DE RECEITA

DEPÓSITO BANCÁRIO NÃO ESCRITURADO

(...)

Enquadramento Legal

Arts. 3º § 1º, 13 inciso IV, 18 §§ 1º, 3º e 4º, 25 e 34, da Lei Complementar n. 123/2006 e alterações. Arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º § 1º, 6º e 16 da Resolução CGSN n. 05/2007 e alterações. Arts. 9º, 13, 14, inciso I, e 19 §§ 1º a 4º, da Resolução CGSN n. 30/2008. Art. 42 da Lei n. 9.430/96. Art. 58 da Medida Provisória n. 66/02 convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/02. Art. 287, §§. 1º a 3º do RIR/99.

(...)

DIFERENÇA DE BASE DE CÁLCULO

(...)

ENQUADRAMENTO LEGAL

Arts. 3º § 1º, 13 inciso IV, 18 §§ 1º, 3º e 4º e 25, da Lei Complementar n. 123/2006 e alterações. Arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º § 1º, 6º e 16 da Resolução CGSN n. 05/2007 e alterações. Arts. 13, 14, inciso II, e 19 §§ 1º a 4º, da Resolução CGSN n. 30/2008.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

(...)

ENQUADRAMENTO LEGAL

Arts. 3º § 1º, 13 inciso IV, 18 §§ 1º, 3º e 4º e 25, da Lei Complementar n. 123/2006 e alterações. Arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º § 1º, 6º e 16 da Resolução CGSN n. 05/2007 e alterações. Arts. 13, 14, inciso II, e 19 §§ 1º a 4º, da Resolução CGSN n. 30/2008.

(...)

DEMONSTRATIVO DE MULTA E JUROS DE MORA

Contribuição para Financiamento da Seguridade Social

Enquadramento Legal

MULTAS PASSÍVEIS DE REDUÇÃO

75,00 % Art. 44, inciso I, da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a Redação dada pelo art.14 da Lei n. 11.488, de 15 de junho de 2007 c/c com o art.35 da Lei Complementar n. 123/2006 e o art.15 e art.16, inciso I da Resolução CGSN n. 30/2008.

JUROS DE MORA

A PARTIR DE JANEIRO DE 1997 (para Fatos Geradores a partir de 01/01/97): percentual equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

Art. 61, § 3º, da Lei n. 9.430/96 c/c com o art.35 da Lei Complementar n. 123/2006”.

A DRF de Ribeirão Preto- SP lavrou ainda, o Auto de Infração- Contribuição Patronal no dia 16/novembro/2011, cujos dados seguem abaixo e-fls. 82/96:

“AUTO DE INFRAÇÃO

Contribuição Patronal Previdenciária

(...)

DESCRIÇÃO DOS FATOS E ENQUADRAMENTO LEGAL(IS)

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo supracitado, efetuamos o presente Lançamento de Ofício, nos termos do art. 926 do Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1.999 (Regulamento do Imposto de Renda 1999), c/c art.33 da Lei Complementar n. 123/2006 e art.19 §§ 1º , 2º e 3º da Resolução CGSN nº 30/2008, tendo em vista que foi(ram) apurada(s) a(s) infração(ões), abaixo descrita(s), aos dispositivos legais mencionados.

OMISSÃO DE RECEITA

DEPÓSITO BANCÁRIO NÃO ESCRITURADO

(...)

Enquadramento Legal

Arts. 3º § 1º, 13 inciso VI, 18 §§ 1º, 3º e 4º, 25 e 34, da Lei Complementar n. 123/2006 e alterações. Arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º § 1º, 6º e 16 da Resolução CGSN n. 05/2007 e alterações. Arts. 9º, 13, 14, inciso I, e 19 §§ 1º a 4º, da Resolução CGSN n. 30/2008. Art. 42 da Lei n. 9.430/96. Art. 58 da Medida Provisória n. 66/02 convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/02. Art. 287, §§. 1º a 3º do RIR/99.

(...)

DIFERENÇA DE BASE DE CÁLCULO

(...)

Arts. 3º § 1º, 13 inciso VI, 18 §§ 1º, 3º e 4º e 25, da Lei Complementar n. 123/2006 e alterações. Arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º § 1º, 6º e 16 da Resolução CGSN n. 05/2007 e alterações. Arts. 13, 14, inciso II, e 19 §§ 1º a 4º, da Resolução CGSN n. 30/2008.

(...)

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

(...)

Arts. 3º § 1º, 13 inciso VI, 18 §§ 1º, 3º e 4º e 25, da Lei Complementar n. 123/2006 e alterações. Arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º § 1º, 6º e 16 da Resolução CGSN n. 05/2007 e alterações. Arts. 13, 14, inciso II, e 19 §§ 1º a 4º, da Resolução CGSN n. 30/2008.

(...)

DEMONSTRATIVO DE MULTA E JUROS DE MORA

Contribuição Patronal Previdenciária

(...)

ENQUADRAMENTO LEGAL

Enquadramento Legal

MULTAS PASSÍVEIS DE REDUÇÃO

75,00 % Art. 44, inciso I, da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a Redação dada pelo art.14 da Lei n. 11.488, de 15 de junho de 2007 c/c com o art.35 da Lei Complementar n. 123/2006 e o art.15 e art.16, inciso I da Resolução CGSN n. 30/2008.

JUROS DE MORA

A PARTIR DE JANEIRO DE 1997 (para Fatos Geradores a partir de 01/01/97): percentual equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

Art. 61, § 3º, da Lei n. 9.430/96 c/c com o art.35 da Lei Complementar n. 123/2006”.

A DRF de Ribeirão Preto- SP elaborou o Termo de Verificação Fiscal no dia 16/novembro/2011 em face da EMPORIO PAULISTA DE DISTRIBUIÇÃO GRÁFICA LTDA- EPP (e-fls. 97/111), cujo teor segue em síntese:

“I — INTRODUÇÃO E HISTÓRICO

No exercício das funções de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil e em cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal - MPF nº0810900-2011-00534-O, tendo como fundamento legal os artigos 841, 904, 905, 911, 915 e 926, 927 e 928 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 e, os arts. 142 e 144 da lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional), concluiu-se, nesta data, ação fiscal levada a efeito junto ao contribuinte acima identificado relativa ao SIMPLES NACIONAL, focada nas análises definidas no MPF já mencionado, abrangendo o ano-calendário de 2008, tendo adotado os procedimentos, apurado os fatos e analisado toda a documentação, conforme relatado abaixo.

II— DO OBJETO DA AUDITORIA E VERIFICAÇÕES EFETUADAS

A empresa EMPÓRIO PAULISTA DE DISTRIBUIÇÃO GRÁFICA LTDA. - EPP, doravante denominada de "fiscalizada", foi constituída em 1º de março de 2006, na cidade de Ribeirão Preto / SP, sob a forma de Sociedade Limitada - EPP, atualmente sociedade empresária limitada, conforme classificação do Código Civil de 2002. O objeto social principal da fiscalizada é a exploração do ramo de "Comércio atacadista e varejista de artigos de escritório e papelaria, papel comercial, materiais gráficos, banners, faixas, letreiros, placas de sinalização, sinalização empresarial e adesivagem em geral; plotagem; impressão digital; gráfica". A fiscalizada exerceu, durante o ano sob fiscalização, o seguinte regimes de tributação, a seguir detalhado:

- Durante todo o ano de 2008: opção pelo SIMPLES NACIONAL na condição de Empresa de Pequeno Porte - EPP, conforme consta nos sistemas da Secretaria da Receita Federal do Brasil — SRFB;

A fiscalizada possui, conforme cadastro na Receita Federal, a matriz localizada na cidade de Ribeirão Preto / SP e não possui filial.

(...)

V - ANÁLISE DOS DOCUMENTOS COLHIDOS DURANTE O PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO

Com base na documentação apresentada pela empresa, nas informações colhidas junto às instituições financeiras e também nas informações constantes da base de dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil, foram apuradas omissões de receitas nos anos-calendário que se encontram sob fiscalização.

- DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

O Regulamento do Imposto de Renda (RIR, Decreto 3.000/1999) estabelece, com relação a depósitos bancários:

(...)

Pois bem, o lançamento que ora se examina foi feito com base em presunção legal do tipo *juris tantum*, onde o fato conhecido é a existência de depósitos bancários de origem não comprovada e a certeza jurídica decorrente desse fato é a de que tais depósitos foram feitos com rendimentos subtraídos ao crivo da tributação.

Tal presunção pode ser elidida mediante apresentação de prova em contrário, a cargo do autuado.

A partir da Lei nº 9.430, de 1996, portanto, basta a identificação de depósitos bancários cuja origem o titular da conta, regularmente intimado, não logre comprovar, para que o Fisco esteja autorizado a aplicar a presunção de omissão de rendimentos.

Verifica-se, então, que o diploma legal acima citado passa a caracterizar "omissão de receita", sujeitos a lançamento de ofício, os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, quando não comprovada a origem dos recursos utilizados nessas operações. Não se inquire o titular da conta bancária sobre o destino dos saques, cheques emitidos e outros débitos, ou se foram utilizados para consumo, aquisição de patrimônio, viagens etc. A presunção de omissão de receita decorre da existência de depósito bancário sem origem comprovada.

Não basta o Contribuinte alegar que depósitos bancários não são Receita, ou que não há nexo causal entre os depósitos bancários e as Receitas que se presumem omitidas, pois o escopo da Lei, precisamente, é inverter o ônus da prova. É dizer, cabe ao Contribuinte comprovar que os depósitos bancários tiveram origem determinada, tributável ou não, prova sem a qual é lícito ao Fisco presumir a omissão de receita.

Portanto, a partir da publicação desta Lei, os depósitos bancários deixaram de ser modalidade de arbitramento simples - que exigia da fiscalização a demonstração de gastos incompatíveis com a receita, para se constituir na própria omissão de receita (art. 43 do CTN), decorrente de presunção legal, que inverte o ônus da prova em favor da Fazenda Pública Federal.

Ao deixar de justificar os depósitos bancários em suas contas correntes, a empresa autorizou a presunção de omissão de receita estipulada no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. O artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, estipula a presunção de omissão de receita nos casos como o apurado pela fiscalização.

Ressalte-se que a presunção em comento não é absoluta, na medida em que poderia ter sido revertida pelo sujeito passivo com a apresentação de documentos e justificativas válidas, o que não ocorreu neste caso.

A presunção relativa tem o condão de transferir para o sujeito passivo o ônus da prova e a oportunidade de desfazer a presunção. Mas para tanto, mister a presença das provas; que não foram apresentadas pelo sujeito passivo.

Vale registrar que foram proporcionadas ao contribuinte diversas oportunidades para que o mesmo apresentasse documentos e/ou justificativas para os créditos em conta. No entanto, exceção feita a poucos créditos que foram justificados como transferências entre contas de mesma titularidade da empresa, nenhuma outra justificativa foi apresentada a todos os demais créditos. O contribuinte, em momento algum, apresentou qualquer esclarecimento ou justificativa para os créditos questionados.

Manteve o silêncio durante todo o procedimento de fiscalização. Sendo assim, não nos restou outra possibilidade que não fosse a aplicação da presunção legal de omissão de receita a partir de depósitos não comprovados.

Desta forma, não há outra possibilidade que não a oferta destes valores à tributação, acrescidos dos devidos juros e penalidades legais.

VI - DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO

Das constatações acima foram lavrados Autos de Infração referentes SIMPLES NACIONAL - Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte para o período de 10 de janeiro de 2008 a 31 de dezembro de 2008.

Foram apuradas as infrações:

- OMISSÃO DE RECEITA - DEPÓSITOS BANCÁRIO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA
- DIFERENÇA DE BASE DE CÁLCULO
- INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

Os respectivos enquadramentos legais foram detalhados nos devidos "Autos de Infração" de cada tributo.

O Demonstrativo de Apuração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica levou em consideração os valores apurados conforme o presente Termo.

Já no Demonstrativo de Multa e Juros de Mora, há a aplicação de multa de 75% conforme art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96.

VII- CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Com base nestes dados, foram lavrados Autos de Infração relativo ao SIMPLES NACIONAL -Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte para o período de 1º de janeiro de 2008 a 31 de dezembro de 2008 constituindo, de ofício, crédito tributário no montante de R\$ 594.055,24 (quinhentos e noventa e quatro mil, cinqüenta e cinco reais e vinte e quatro centavos), conforme demonstrativo consolidado abaixo e Autos de Infração anexos:

(...)

VIII. REPRESENTAÇÃO PARA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL (LEI 9.317/1996)

Conforme ficou constatado pelo exame da DASN — Declaração de Apuração do Simples Nacional, a fiscalizada ofereceu à tributação apenas parte de sua receita bruta de vendas auferida no ano calendário de 2008, declarando o valor de R\$ 787.050,98 (Setecentos e oitenta e sete mil, cinquenta reais e quarenta e nove e oito centavos), pelo que, pôde beneficiar-se das alíquotas diferenciadas direcionadas a Empresas de Pequeno Porte optantes pelo SIMPLES NACIONAL.

Entretanto, a presente fiscalização apurou que a receita bruta anual, relativa ao ano-calendário de 2006, obtida pela empresa foi de R\$ 2.602.157,49 (Dois milhões, seiscentos e dois mil, cento e cinquenta e sete reais e quarenta e nove centavos). Portanto, a receita auferida pela empresa supera os limites legais de enquadramento admitidos pelo SIMPLES NACIONAL para o ano de 2008, na categoria de EPP — Empresa de Pequeno Porte, conforme determinado pelo Inciso II do artigo 3º da Lei Complementar N° 123, de 14 de dezembro de 2006:

(...)

Deste modo e a fim de que se proceda à exclusão de ofício da contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições — SIMPLES NACIONAL, na condição de Empresa de Pequeno Porte, a partir de 01/01/2009, foi formalizado Termo de Representação para a Exclusão do SIMPLES NACIONAL, o qual foi enviado ao Delegado desta unidade da Receita Federal do Brasil para as necessárias providências. Informamos também que, conforme disposto na Portaria RFB 666/2008, segue em anexo a este processo a REPRESENTAÇÃO PARA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL e seu respectivo ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO (ADE N° 150, de 18 de novembro de 2011) para que a fiscalizada tome ciência e providências que julgar necessárias.

(...)”.

A DRF de Ribeirão Preto- SP elaborou o Ato Declaratório Executivo n°. 150, de 18 de novembro de 2011, excluindo a contribuinte EMPORIO PAULISTA DE DISTRIBUIÇÃO GRÁFICA LTDA- EPP do Simples Nacional, a partir de 1 de Julho de 2009, cujo teor segue abaixo, em síntese (e-fl. 112):

“Ato Declaratório Executivo n° 150, de 18 de novembro de 2011

O Delegado da Receita Federal do Brasil em Ribeirão Preto-SP, no uso das suas atribuições e tendo em vista o disposto no inciso I do art. 12º da Resolução CGSN n° 4, de 30 de maio de 2007, da Lei Complementar n° 123/2006, e do que consta no Processo Administrativo n° 10840.722.920/2011-13, declara:

1- A exclusão da empresa EMPÓRIO PAULISTA DE DISTRIBUIÇÃO GRÁFICA LTDA EPP, CNPJ n° 07.893.979/0001-13, situada na Avenida Eduardo Andréa Matarazzo,

nº 755, Sala 26, Ipiranga, Ribeirão Preto/SP, do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — Simples Nacional, de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, tendo em vista ter auferido no ano-calendário 2006, receita bruta superior a R\$ 2.400.000,00.

2- A exclusão surtirá efeito a partir de 01/07/2009.

3- Poderá a empresa, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência deste ADE, manifestar-se por escrito, sua inconformidade relativamente ao procedimento acima, ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto, protocolada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de sua jurisdição, nos termos do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

4- Não havendo manifestação nesse prazo, a exclusão tornar-se-á definitiva.

(...)”.

Da Impugnação da Contribuinte

A Contribuinte apresentou pedido de revisão do auto de infração do ADE nº. 150 de 18 de Novembro de 2011 contestando a apuração pela fiscalização do valor de R\$ 2602.157,49 (dois milhões, seiscentos e dois mil, cento e cinquenta e sete reais e quarenta e nove centavos) em créditos nas contas correntes da empresa nos bancos Itaú, Brasil e CEF.

Solicitou ainda, que sejam excluídos do montante apurado, os valores de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), relativo a venda da impressora Off Set Bicolor nº 52510371, conforme nota fiscal nº 3185 contabilizada no Livro de Saída e- fl. 49; o valor de R\$ 90.119,25 que teria sido lançado em duplicidade por ser a somatória de todos os cheques devolvidos e reapresentados na conta corrente do Banco Itaú e do montante de R\$ 80.000,00 relativo ao empréstimo realizado pelo sócio Marcelo Rodrigo de Oliveira por meio de transferência entre as contas em duas ocasiões: em 14/11/2008 (R\$ 45.000,00) e 25/11/2008 (R\$ 35.000,00).

Aduziu que não pode ser punida com um formalismo exacerbado, no qual a Autoridade Fiscal ignorou o suporte documental apresentado e deixou de considerar dados necessários para evitar um arbitramento ou mesmo fazê-lo de forma mais adequada à realizada.

Pleiteou a manutenção e permanência da empresa no SIMPLES NACIONAL, asseverando que no ano calendário não auferiu o valor do teto de R\$ 2.400.00,00, mas tão somente o valor de R\$ 2.307.038,24 (dois milhões, trezentos e sete reais e trinta e oito reais e vinte e quatro centavos).

Por fim, pugnou que seja recalculado os valores do auto de infração, bem como que seja excluído todos os impostos devidos a empresa de lucro presumido que constam dos autos.

DO ACÓRDÃO PROLATADO Nº. 12-104.299- DRJ/RJO

A DRJ analisou a impugnação apresentada, julgando-a improcedente (e-fls. 537/541).

Inconformada com a decisão da DRJ, a Contribuinte apresentou Recurso Voluntário (e-fls. 549/579), destacando, em síntese, que:

“ILMOS. SRS. MEMBROS DO E. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 10840.722920/2011-13

EMPÓRIO PAULISTA DE DISTRIBUIÇÃO GRÁFICA EIRELI, já devidamente qualificada, por seus advogados que a esta subscrevem, nos autos do processo administrativo em epígrafe, vem respeitosamente à presença de V. Sas., em face do v. acórdão DRJ/SDR nº 12-104.299, interpor RECURSO para apreciação do E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, com fundamento no artigo 33 e seguintes, do Decreto nº 70.235, de 06.03.1972, fazendo-o consoante razões a seguir aduzidas. I - DA HIPÓTESE EM JULGAMENTO Consoante se verifica pela análise do referido Auto de Infração, a fiscalização procedeu ao lançamento IRPJ e tributação reflexa (PIS, COFINS, IRPJ, CSSL e INSS), sob alegação de omissão de receitas apuradas em todos os meses do ano -calendário de 2008, decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada, diferenças de base de cálculo nestes meses e insuficiência de recolhimento nos meses de fevereiro a dezembro de 2008.

Sendo assim, vê-se que o auto de infração ora recorrido utiliza-se de frágil presunção, com supedâneo em extratos bancários para chegar à equivocada ilação no sentido de que existiram omissões de receitas. Após a apresentação da impugnação, no caso vertente, houve por bem o D. Julgador de primeira instância julgá-las improcedente, mantendo o lançamento efetuado. Contudo, totalmente improcedente o lançamento fiscal, conforme veremos adiante.

II - DAS RAZÕES PARA REFORMA

II. a. Ilegalidade integral do Auto de Infração. Quebra do Sigilo Bancário. Ofensa ao Art. 6º, Lei Complementar n. 105/2001.

A quebra do sigilo bancário da recorrente deu-se em desconformidade com o art. 6º da Lei Complementar n. 105/2001, que exige ato administrativo da Delegacia da Receita Federal justificando as razões para sua quebra. Mais do que isso, a fundamentação para quebra deve demonstrar a indispensabilidade de tal ato.

Sendo assim, há evidente ilicitude em referida conduta, pois a Lei Complementar n. 105/2001, em seu “caput” do art. 6º dispõe que:

(...)

Por sua vez, o Decreto n. 3724/2001, preceitua em seu art. 2º que: “A Secretaria da Receita Federal, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis.” Ora, no presente caso, não se encontram presentes os requisitos legais para a quebra administrativa do sigilo bancário. A fiscalização apenas afirma que solicitou as informações bancárias diretamente as instituições financeiras, diante da negativa do contribuinte (Veja Termo de Encerramento fiscal – datado de 18/11/2011).

Não houve ato administrativo, devidamente fundamentado em razões fáticas e jurídicas, conforme legislação vigente, expedido por Coordenador-Geral, Superintendente, Delegado ou Inspetor, integrante da estrutura de cargos e funções da Secretaria da Receita Federal, que possa legitimar quebra de sigilo realizada. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, sob a relatoria do MINISTRO HERMAN BENJAMIN, reconheceu a ilegalidade da quebra do sigilo bancário do contribuinte, por ausência de cumprimento da legislação de regência:

(...)

Não houve no presente caso, conforme se podem verificar do auto de infração e da fiscalização o cumprimento das determinações legais. Desde o início, já se valeu da quebra do sigilo bancário e de dados para fins de fiscalização e lançamento tributário, sem observar a legislação regente.

A fiscalização já iniciou com o pedido de apresentação dos extratos bancários, em total inversão ao disposto na legislação. Não ficou demonstrada a imprescindibilidade das informações bancárias.

Vale dizer, na primeira intimação já foram solicitadas as informações bancárias, por mera comodidade da fiscalização.

Todo o processo baseou-se unicamente nos extratos bancários, sem em nenhum momento ser demonstrada a sua imprescindibilidade. Em tais condições, há evidente ilegalidade do ato de quebra de sigilo bancário, eis que não se observou o art. 6º da Lei Complementar n. 105/2001, em específico, ato administrativo expedido por autoridade competente apresentando razões fáticas e jurídicas indispensáveis à quebra do sigilo bancário. II. b. diferenças de base de Presunção de Omissão de Receitas e cálculo e insuficiência de recolhimento nos meses de fevereiro a dezembro de 2008.

Ainda que superadas as questões elencadas quanto às nulidades, quanto ao mérito, o Auto de Infração também não merece prosperar. Como cediço, de conformidade com o art. 142, do Código Tributário Nacional, é de competência privativa da autoridade administrativa constituir o crédito tributário, mediante ato administrativo do lançamento, devendo verificar a ocorrência do fato

imponível tributário, determinando a matéria tributável, o montante do tributo devido, identificando o sujeito passivo. Bem por isso, segundo o eminente professor JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELLO, quando do lançamento tributário pela autoridade competente,

(...)

Ocorre, porém, que, no presente caso, a autoridade administrativa lavrou auto de infração tendo, exclusivamente, por supedâneo, a mera presunção, sem demonstrar, cabalmente, como era de sua competência, os elementos que compõem o fato tributário. Isto porque, como já referido por José Eduardo Soares de Melo, o ônus de demonstrar os elementos que deram ensejo à ocorrência do fato gerador é do Poder Público.

Em tais condições, não seria possível a autoridade administrativa, por meras conjecturas, lavrar auto de infração contra a Recorrente. Deveras, a autoridade administrativa preferiu, ao seu livre talante, em detrimento da ordem jurídica, adotar presunção “ad hominis”, que nem mesmo é legal.

(...)

Destarte, não basta a simples presunção “ad hominis” levantada pela autoridade administrativa de que houve omissão de receitas para dar fundamento ao auto de infração lavrado. É preciso que a fiscalização apresente ELEMENTOS COMPROBATÓRIOS SEGUROS da suposta omissão de receitas, o que não foi feito. Estamos, indubitavelmente, diante de um caso em que as autoridades fiscalizadoras buscaram recurso na presunção para fundamentar a autuação imposta ao Recorrente, o que é arbitrário, inadmissível e ilegal. Para melhor compreender a aplicação ou não das presunções em Direito Tributário, impõe-se, inicialmente, definir o instituto, nos seguintes termos:

(...)

As presunções legais, que interessam ao caso concreto, são as consequências que a lei, ou o juiz, deduz de um fato conhecido, ou, em outras palavras, são conjecturas sobre uma coisa duvidosa que possa ter pelo menos confronto com o verdadeiro.

Ora, no presente caso, a conclusão do Sr. Agente Fiscal não está fundamentada em qualquer norma jurídica que consagre a presunção de infração fiscal. Melhor dizendo, a conclusão do Sr. Fiscal decorre de meros indícios, e não de determinação legal, como é o caso das presunções legais. Não houve prova concreta da suposta renda não declarada pelo autor, mas, pelo contrário, mostrou-se a coerência de seus atos.

Ad argumentandum, caso houvesse uma presunção legal da suposta infração, ainda assim não poderia subsistir a autuação aludida. Vejamos.

As presunções legais podem ser absolutas ou relativas; as absolutas (iuris et de iure) não admitem prova em contrário, enquanto as relativas a admitem. As

presunções absolutas se assemelham às ficções legais, mas com elas não se confundem, já que as primeiras conferem certeza jurídica a algo que é provável, enquanto as segundas (ficções) dão como certo algo que se sabe não sê-lo.

Contudo, para a generalidade dos efeitos jurídicos, a presunção absoluta e a ficção legal têm natureza equivalente, como diz ALBERTO XAVIER, não sendo, em rigor, meios de prova, mas verdadeiras normas dispositivas que visam atribuir certos efeitos jurídicos a determinados fatos, dispensando prova.

Ora, a fixação de condições que, uma vez ocorridas, dariam ensejo à omissão de receita (pela simples somatória de valores constantes de extratos bancários), é uma presunção legal absoluta ou uma ficção jurídica. Ela não faz prova, em cada caso concreto, de que teria ocorrido efetivamente o fato alegado, mas, pelo contrário, substitui-se à prova, dando como provado aquilo que se pretende provar!

Essa conclusão encontra fundamento na lição de RUBENS GOMES DE SOUSA, inesquecível autor do Código Tributário Nacional, para quem tanto a presunção absoluta, como a ficção legal, são normas substitutivas: "nos dois casos, a norma substitui uma "verdade legal", criada pelo legislador, à "verdade material", decorrente da natureza das coisas." (Revista de Direito Público, vol. 11/11).

No caso em exame, a "verdade legal" (que não existe, como já pudemos demonstrar anteriormente), versa sobre condições que, uma vez ocorridas, presumiriam uma omissão de receita; por outras palavras, ao estabelecer requisitos inafastáveis para a caracterização da "verdade legal", as considerações do Sr. Agente Fiscal substituíram a verdade material pela verdade legal, o que é absolutamente inaceitável.

Com efeito, a doutrina já consagrou a aplicação do princípio da legalidade a todo o Direito Tributário, tendo em vista a proteção dos direitos do contribuinte contra os arbítrios da Administração Pública. Em razão disso, é inafastável a investigação de fatos, submetidos a um princípio inquisitório, e a valorização desses mesmos fatos a um princípio de verdade material. Por isso, com a clareza e a precisão que lhe são próprios, ALBERTO XAVIER escreveu:

(...)

Por força do princípio da verdade material, o exame da existência ou não dos fatos alegados pela fiscalização deve ser fixada através de uma livre e completa investigação no caso concreto, independentemente de regras pré-determinadas. Essas afirmações encontram respaldo no próprio Código Tributário Nacional, cujo artigo 148 prescreve, "in verbis":

(...)

Ora, o que o C.T.N. consagra é o princípio da verdade material, afastado apenas nos casos taxativamente enumerados no artigo 148 retro transcrito. Por conseguinte, não pode a Administração Pública ordenar o recurso a regras que

dispensem ou substituam a valoração do caso concreto, como a presunção legal absoluta (ou ficção) de que, exatamente e em qualquer circunstância, aos valores constantes da conta bancária do autor representariam renda omitida, sem apresentar qualquer prova nesse sentido, apenas supostos indícios.

Não deve ser esquecido, ainda, que o artigo 148 retro transcrito adverte que a autoridade lançadora deverá se valer, quando for o caso, de processo regular. Tal lembrança serve para repisar a natureza vinculada de toda a atividade administrativa referente ao lançamento.

Ora, se a Fazenda Federal tem o direito de haver o tributo nos estritos termos da lei (princípio da legalidade), também o contribuinte só pode ser constrangido a pagar a referida obrigação tributária, se o seu cálculo levar em consideração a materialidade dos fatos praticados, que se subsume à lei e traduz a sua capacidade contributiva, que, no dizer de GERALDO ATALIBA, é o princípio inserido nas dobras do princípio da igualdade.

No presente caso, para derrubar a presunção adotada no Auto de Infração, basta uma análise perfunctória do processo administrativo. A título de ilustração, conforme abaixo demonstrado, foram considerados como renda pela fiscalização, venda de equipamentos do ativo, duplicidade de créditos, empréstimos realizados pelos sócios. Ou seja, foram considerados como renda, inclusive valores que não entraram na conta corrente do contribuinte – documentos fls. 333/529.

- Valor de R\$ 125.000,00

– Venda bem do Ativo – NF 3185;

- Valor de R\$ 90.119,25 – cheques devolvidos – Créditos em duplicidade;

- Valor de R\$ 80.000,00 – Empréstimo dos sócios.

A tributação deve-se dar por fatos concretos. A aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica a que se reporta o artigo 43 do Código Tributário Nacional deve ser efetiva, plenamente demonstrada pela fiscalização. Não há margem jurídica para a tributação em mera presunção, ainda mais quando não prevalece perante uma perícia apurada.

Assim sendo, na rara e improvável hipótese de serem superados os argumentos acima, requer-se a conversão do julgamento e diligência, para realização da competente prova pericial.

II. c. Suposta Omissão de receitas por presunção legal - Depósitos bancários não contabilizados. Omissão de receitas da atividade escriturada e não declarada. Acaso superadas as alegações acima, é preciso também ter em mente que, para a apuração de renda (no sentido do artigo 43 do CTN, como aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica), pesam preponderantemente o confronto entre entradas e despesas, ambas devidamente identificadas.

Contudo, no Relatório Fiscal integrante do Auto de Infração, o Sr. Fiscal não disfarça o fato de ter se esquecido das despesas, pois, em nenhum momento, faz alusão a elas.

Somente por isso, já resta evidente a total inconsistência do Auto de Infração lavrado contra a recorrente.

Noutro giro, o lançamento com base em extratos bancários vem sendo rechaçado pela jurisprudência. Como se sabe, no giro bancário, o valor atual contém o valor anterior.

E mais, os valores indicados em extrato bancário correspondem, sempre, à movimentação do dinheiro, e não à “renda” efetivamente percebida. Trata-se da “fotografia” estática de uma situação, que não guarda qualquer correspondência com a identificação da “renda” do correntista.

Os valores espelhados nos extratos bancários, que serviram de base para a autuação, representam O MESMO DINHEIRO, que foi e voltou da conta inúmeras e repetidas vezes.

Ademais, conforme informado durante a fiscalização, embora discorde da irregular quebra do sigilo bancário, fato é que a fiscalização não realizou a exclusão de diversas movimentações financeiras evidentemente equivocadas: (I) valores recebidos como liberação de empréstimos; (III) venda de ativos (não tributável); e (IV) valores em duplicidade.

Exatamente por isso que o CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS já pacificou entendimento no sentido de não admitir os depósitos bancários como suposto indicativo de omissão de receita, para fins de lançamento tributário.

(...)

Assim, como a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, a que se reporta o artigo 43 do Código Tributário Nacional, deve ser efetiva, não há margem para manutenção do lançamento.

II. d. Tributação Reflexa – PIS, COFINS, CSLL e INSS

A recorrente reitera todos os argumentos já ventilados quanto às demais matérias, negando totalmente o crédito tributário constituído. Porém, existem matérias que devem ser discutidas de plano.

II. d. 1 . Presunção de Omissão de Receitas – PIS/COFINS, CSLL e INSS – Falta de previsão legal

No presente caso, o auto de infração foi lavrado exclusivamente, por supedâneo, a mera presunção, com fulcro no artigo 42 da Lei nº 9.430/1996. Porém, referido artigo somente permite a presunção para efeitos de apuração de eventual omissão de renda e a consequente apuração do imposto sobre a renda.

A presunção, por falta de previsão legal, não pode ser estendida para a tributação de PIS, COFINS, CSLL e dos demais tributos. Para comprovar a falta de previsão

legal, somente com a edição da Lei nº 11.941/009 (MP 449/2008), há previsão legal para a presunção de omissão receitas para as contribuições sociais:

(...)

Desta forma, somente após a edição da Lei nº 11.941/2009 (MP 499/2008), é permitido a aplicação da presunção legal de omissão de receitas para fins apuração do PIS, da COFINS e da CSLL. Portanto, de rigor a insubsistência do Auto de Infração lavrado quanto ao PIS, COFINS e CSLL, por falta de previsão legal para presunção de omissão de receitas.

II. d. 1 . Exclusão ICMS/ISS da base de Cálculo de PIS/COFINS

De longa data, há exigência da inclusão do ICMS/ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Ora, é cediço que toda outorga de competência impositiva tributária atribuída aos entes tributantes tem um sentido positivo e um sentido negativo: positivo, no caso, na medida em que permite criar uma contribuição sobre o faturamento, e negativo, porque impede que se possa criar contribuição sobre coisa diversa do faturamento.

Assim, nesse sentido negativo, a atribuição de competência integra o estatuto do contribuinte, que tem o direito de não ser tributado para além do que o Poder Público está constitucionalmente autorizado.

Portanto, com relação ao faturamento - que é o que ora nos interessa particularmente -, impossível questionar-se seu conceito único, perfeitamente delimitado na legislação do Imposto de Renda, como sendo o resultado, auferido pelas empresas, nas vendas de mercadorias e/ou de serviços.

Restringia-se, por determinação expressa do legislador constituinte, o âmbito de incidência da COFINS, e, por consequência, do PIS, de modo a não permitir a inclusão de outros valores, de natureza diversa, naquele conceito.

Tal faturamento é composto, exclusivamente, das receitas resultantes da venda de mercadorias e da prestação de serviços, conforme já fixado, em caráter definitivo, pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em inúmeras ocasiões, valendo destacar os seguintes precedentes:

a) - O primeiro precedente analisou o conceito de faturamento a propósito da contribuição ao FINSOCIAL das empresas prestadoras de serviços (RE n. 150.755, RTJ 149/259), ocasião em que foi decidido que a equiparação do conceito de receita bruta ao conceito de faturamento só é possível quando aquela seja definida nos limites da incidência a que se refere o artigo 195, inciso I (o faturamento).

Como, no caso, havia definição legal aplicável, que indicava como base de cálculo a receita bruta das vendas de bens e de serviços (alínea "a" do art. 22 do Decreto-lei nº 2.397/87), a Suprema Corte concluiu pela equivalência entre os conceitos de faturamento e receita bruta (já que essa se encontrava nos limites da noção

daquele), e só por isso validou a exigência da contribuição ao FINSOCIAL das empresas prestadoras de serviços.

b) - Relativamente à COFINS, o Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em sede da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 01-1/DF (RTJ 156/722), voltou a reafirmar a noção restritiva de faturamento, nos limites da receita bruta da venda de bens e serviços, como consta do seguinte voto do Ministro Relator MOREIRA ALVES:

(...)

c) - posteriormente, a propósito do julgamento da ADIN nº 1.103-1-D.F., sobre a exação referida no parágrafo 8º do art. 195 da Constituição, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL declarou inconstitucional a contribuição instituída sobre a parte agrícola das empresas rurais, que tomava por base) - posteriormente, a propósito do julgamento da ADIN nº 1.103-1-D.F., sobre a exação referida no parágrafo 8º do art. 195 da Constituição, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL declarou inconstitucional a contribuição instituída sobre a parte agrícola das empresas rurais, que tomava por base de cálculo o "valor estimado da produção agrícola própria, considerando seu preço de mercado", tal como previsto no § 2º do art. 25 da Lei nº 8.870/94. O fundamento da decisão reside exatamente em considerar a referida base de cálculo (valor estimado da produção) incompatível com o conceito de faturamento, nem mesmo por extensão do conceito de receita bruta.

d) - o próprio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, quando do julgamento da incidência da COFINS sobre a comercialização de imóveis, entendeu que: "O Excelso Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades, no que se refere às empresas vendedoras de mercadorias e/ou prestadoras de serviços, quanto ao campo de incidência da Cofins ou do extinto Finsocial, equiparou faturamento à receita bruta, o que desautoriza a conclusão de que faturamento havia sido empregado em sentido restrito." (Embargos de divergência em Resp nº 156.384/RS, Relator Ministro Franciulli Netto).

Como se vê, a expressão "faturamento", ao ser empregada pelo legislador constituinte, o foi no seu sentido técnico já amplamente discutido, analisado e firmado na doutrina e na jurisprudência, como já se viu alhures; a propósito, veja-se a seguinte decisão:

(...)

À luz destes precedentes, é de se concluir que a Suprema Corte já estabeleceu, em caráter definitivo, o conceito constitucional de faturamento, nos limites da receita bruta da venda de bens e de serviços, no que não se incluem as demais receitas da recorrente. Não é possível acolher como em consonância com faturamento a totalidade de receitas! Se a definição de faturamento é a soma das receitas brutas das vendas de mercadorias e/ou serviços de uma determinada empresa, e se foi com estas características que o constituinte originário adotou o

termo, não poderia o legislador ordinário modificar este conceito, ao sabor de suas conveniências momentâneas. Ora, não se deve olvidar do que dispõe o art. 110 do Código Tributário Nacional:

(...)

A regra irretorquível que emana desse dispositivo é a de que a lei de tributação - quer a ordinária, quer a complementar - não pode, em circunstância alguma, alterar, alargando ou restringindo, o sentido e o alcance de institutos ou conceitos de direito privado adotados pela Constituição Federal, para o exato fim de delimitar seu campo de competência tributária, como bem pondera LUCIANO AMARO3.

Assim, considerando-se o disposto no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, cuja redação originária estava em vigor quando da edição da Lei n. 9.718/98, bem como a noção incontroversa e técnica de faturamento anteriormente demonstrada, aquela lei não se sustenta juridicamente, na medida em que não encontra respaldo constitucional.

“In casu”, o legislador tinha competência para criar uma contribuição social que tivesse por base de cálculo o faturamento (redação original do art. 195, inciso I, da Constituição Federal), ou seja, as contribuições não poderiam fugir deste arquétipo constitucional, sob pena de padecer do pior dos vícios, por ir além da moldura constitucionalmente delineada.

Assim, como não foi respeitado o limite estabelecido originariamente pelo art. 195, I, da Carta Constitucional, as modificações instituídas pela Lei n. 9718/98 não podem prevalecer, restando inquinada por vício de inconstitucionalidade.

Neste sentido, o Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já decidiu que:

(...)

Portanto, é possível concluir que os valores de ICMS/ISS não podem ser incluídos na base de cálculo de PIS e COFINS, uma vez que não configuram faturamento, de modo que por força do art. 195, I, da Constituição Federal (redação anterior à EC 20/98), são inconstitucionais tais exigências.

II. f. Dos Juros Selic Aplicados

Os juros são devidos à razão de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, sendo de total improcedência o lançamento realizado.

Tal entendimento tem como pressuposto o fato de que a taxa de 1% (um por cento), prevista no referido dispositivo legal, é limite máximo para sua fixação, e não mero parâmetro para tanto.

Ainda que assim não seja, quando menos, a taxa de juros precisa estar quantificada em lei.

É que não apenas a concretização do fato tributário exige a descrição rigorosa dos seus elementos constitutivos, mas também os encargos a que os contribuintes são submetidos em caso de inadimplência. Trata-se de uma questão de segurança jurídica.

Admitir, em matéria tributária, que os juros sejam equivalentes a taxas do mercado financeiro, implica admitir também que o valor final da obrigação seja fixado pelo próprio Ente Tributante, que controla aludido mercado, e não pelo Poder Legislativo, numa demonstração inequívoca de desrespeito ao artigo 150, inciso I, da Constituição Federal.

Ademais, o artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, é expresso no sentido de que se a Lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora serão calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês. No Direito Tributário a segurança jurídica exige que a lei contenha em si mesma não só o fundamento da decisão, mas também o próprio critério de como decidir. Em outras palavras, a tipificação há de incidir tanto nas situações jurídicas iniciais como nas finais, conforme restou salientado.

II. g. Da multa confiscatória aplicada. Inocorrência do intuito de fraude.

É certo que, por força da total improcedência do lançamento realizado, o presente auto de infração sucumbe por reflexo. Mesmo assim, convém realizar algumas ponderações acerca das multas aplicadas no presente caso.

A multa aplicada, no auto de infração, ofende aos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade (art. 5º, inciso LIV) e da proibição do confisco (art. 150, inciso IV), previstos na Constituição Federal.

Isto porque, o valor da multa imputado é de evidente irrazoabilidade e confisco. O Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, tendo como relator o Ministro ILMAR GALVÃO, decidiu que:

(...)

Portanto, forçoso o cancelamento da multa imposta. No entanto, “ad argumentandum tantum”, tendo em vista seu caráter confiscatório, esta deve ser reduzida, no mínimo, ao patamar de 20% (vinte por cento), de conformidade com o art. 61, § 2º, da Lei n. 9.430/96, retificando-se o auto de infração lavrado.

I I. h. Da não incidência de juros sobre a multa

Conforme se observa das informações contidas no Auto de Infração lavrado, haverá incidência de juros SELIC sobre o montante cobrado a título de multa.

Não há previsão legal para o cômputo de juros sobre a multa de ofício, pois o art. 61, da Lei n. 9.430/96 dispõe:

(...)

O que se percebe facilmente é que não existe previsão legal para a incidência de juros sobre a multa de ofício exigida conjuntamente com a contribuição (tributo) supostamente devido, como no caso concreto.

Do mesmo modo, em recente decisão, o CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS afirma que:

(...)

Não há fundamento legal, portanto, para aplicar juros sobre a multa de ofício lavrada.

III - DO PEDIDO

POSTO ISTO, requer seja conhecido e provido o recurso, especialmente, julgando improcedente o lançamento tributário, relevando-se as questões acima expostas, bem como a documentação acostada aos autos, tendo em vista sua insubsistência como medida de legalidade.

Requer, outrossim, seja reconhecida a inaplicabilidade da Taxa SELIC, bem como, acaso superado o entendimento acima, seja reconhecido o caráter confiscatório da multa, devendo a mesma ser redimensionada para 20% de conformidade com o art. 61, § 2º, da Lei n. 9.430/96, retificando-se o auto de infração lavrado.

Termos em que, pede deferimento.

Ribeirão Preto - SP, 06 de fevereiro de 2019.

(...)"

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Gustavo de Oliveira Machado, Relator.

Das Matérias suscitadas na Impugnação

Em sede de defesa (e-fls. 330/332), a Contribuinte pediu a revisão da análise dos créditos bancários de R\$ 125.000,00 relativo à venda da impressora Off Set Bicolor nº 52510371, conforme nota fiscal nº 3185 contabilizada no Livro de Saída e- fl. 49; do montante de R\$ 90.119,25 que teria sido lançado em duplicidade por ser a somatória de todos os cheques devolvidos e reapresentados na conta-corrente do Banco Itaú e do valor de R\$ 80.000,00 relativo ao empréstimo realizado pelo sócio Marcelo Rodrigo de Oliveira por meio de transferência entre as contas em duas ocasiões: em 14/11/2008 (R\$ 45.000,00) e 25/11/2008 (R\$ 35.000,00).

Solicitou ainda, a manutenção da empresa no Simples Nacional, vez que alegou não ter excedido o limite de R\$ 2.400.000,00 e que seja recalculado o valor do auto de infração, bem como que sejam excluídos os impostos lançados com base no lucro presumido.

A DRJ analisou a impugnação, julgando-a improcedente, mantendo o crédito tributário, cujo teor segue abaixo, em síntese:

“(…)

Da Conclusão:

Face a todo o exposto, VOTO por NEGAR PROVIMENTO À IMPUGNAÇÃO e MANTER OS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS exigidos de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica-IRPJ- SIMPLES, no valor de R\$ 20.298,35; Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS- SIMPLES no valor de R\$ 14.342,82; Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL- SIMPLES, no valor de R\$ 20.298,35; Contribuição para Financiamento da Seguridade Social-COFINS-SIMPLES, no valor de R\$ 60.313,70; Contribuição para a Seguridade Social-INSS – SIMPLES no valor de R\$ 173.113,48; todos acrescidos da Multa de ofício, no percentual de 75%; sobre os tributos e contribuições exigidos e demais acréscimos moratórios conforme legislação vigente, bem como a exclusão da interessada do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte-Simples, com efeitos a partir de 01 de julho de 2009, conforme Ato Declaratório Executivo nº 150, de 18 de novembro de 2011, da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Ribeirão Preto-SP (fl. 112)”.

Inconformada com o teor do acórdão recorrido, a Contribuinte interpôs Recurso Voluntário, alegando que “a título de ilustração, conforme demonstrado, foram considerados como renda pela fiscalização, venda de equipamentos do ativo, duplicidade de créditos, empréstimos realizados pelos sócios. Ou seja, foram considerados como renda, inclusive valores que não entraram na conta corrente do contribuinte – documentos fls. 333/529. - Valor de R\$ 125.000,00 – Venda bem do Ativo – NF 3185; - Valor de R\$ 90.119,25 – cheques devolvidos – Créditos em duplicidade; - Valor de R\$ 80.000,00 – Empréstimo dos sócios”.

Asseverou que “a tributação deve-se dar por fatos concretos a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica a que se reporta o artigo 43 do Código Tributário Nacional deve ser efetiva, plenamente demonstrada pela fiscalização”.

Aduziu que “ademais, conforme informado durante a fiscalização, embora discorde da irregular quebra do sigilo bancário, fato é que a fiscalização não realizou a exclusão de diversas movimentações financeiras evidentemente equivocadas: (I) valores recebidos como liberação de empréstimos; (III) venda de ativos (não tributável); e (IV) valores em duplicidade”.

Pois bem.

Insta destacar, que a Recorrente não logrou êxito em comprovar a origem dos valores apontados na impugnação, não colacionando documentos hábeis e idôneos para comprovar o direito alegado.

Em sede recursal, repetiu as razões e fundamentos apresentados em sede de defesa, assim, como a autoridade julgadora de primeira instância tratou da omissão de receitas da contribuinte com base em créditos bancários de maneira cirúrgica e precisa no acórdão proferido, coaduno com os argumentos expostos pelo julgador a quo e adoto como minhas razões de decidir a decisão recorrida, pelos seus próprios fundamentos, utilizando da faculdade prevista ao Conselheiro Relator nos termos do parágrafo 12 do art.114 do Regimento Interno do CARF, senão vejamos:

“Art. 114. As decisões dos colegiados, em forma de acórdão ou resolução, serão assinadas pelo presidente, pelo relator, pelo redator designado ou por conselheiro que fizer declaração de voto, devendo constar, ainda, o nome dos conselheiros presentes, ausentes e impedidos ou sob suspeição, especificando-se, se houver, os conselheiros vencidos, a matéria em que o relator restou vencido e o voto vencedor.

§12. A fundamentação da decisão pode ser atendida mediante:

I - declaração de concordância com os fundamentos da decisão recorrida;”.

Outrossim, transcrevo e adoto, como razão de decidir, o voto proferido no Acórdão de nº 12-104.299 proferido pela 2ª Turma da DRJ/RJO em 13/12/2008, como razão de decidir:

“Do mérito:

A interessada somente juntou à sua impugnação: (a) Documentos de representação, cópias do ADE, dos autos de infração e do TVF (333/446); (b) Destaque na planilha de intimação da Fiscalização dos créditos bancários que protesta em sua impugnação (fls. 447/473); (c) extrato de contas correntes (fls. 474/528); e (d) seu Livro Registro de Saídas de julho de 2008 (fl. 529).

Tais documentos não são suficientes para comprovar a origem dos valores destacados pela interessada em sua impugnação, uma vez que se tratam dos próprios extratos bancários, de documentos oriundos da Fiscalização da DRF/Ribeirão Preto-SP para autuação e exclusão do Simples ou emitido pela própria interessada (Livro Registro de Saídas).

Face ao exposto, voto pela manutenção da autuação de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica-IRPJ.

Cumprе destacar ainda que os lançamentos foram feitos pela sistemática do Simples e não com base em lucro presumido, como protesta a interessada.

Dos lançamentos de CSLL, PIS, Cofins e INSS:

Com relação aos lançamentos de Programa de Integração Social – PIS, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido-CSLL, Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS e Contribuição para Seguridade Social – INSS, por não apresentarem fato novo que suscite conclusão diversa, devem os mesmos

acompanhar o decidido quanto ao lançamento matriz de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica-IRPJ, por terem suporte fático comum.

Da exclusão do Simples:

Concluído nos autos que a interessada auferiu no ano calendário de 2008 receita bruta superior ao limite previsto na legislação pertinente aos optantes pelo SIMPLES, e que nos termos do art.13, II, “a”, da Lei nº 9.317, de 1996, tal fato implica sua exclusão obrigatória de tal sistema, com efeitos a partir do ano calendário subsequente (art.15. IV, da mesma Lei), deve ser mantido o Ato Declaratório Executivo nº 11, de 18 de janeiro de 2011, da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Niterói-RJ (fl. 704), cientificado à interessada em 28 de janeiro de 2011, conforme Termo de Ciência de fl. 705, que, obedecendo a todos os requisitos de validade dos atos jurídicos, levou a efeito a exclusão da empresa do SIMPLES.

Da Conclusão:

Face a todo o exposto, VOTO por NEGAR PROVIMENTO À IMPUGNAÇÃO e MANTER OS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS exigidos de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica-IRPJ- SIMPLES, no valor de R\$ 20.298,35; Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS- SIMPLES no valor de R\$ 14.342,82; Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL- SIMPLES, no valor de R\$ 20.298,35; Contribuição para Financiamento da Seguridade Social-COFINS- SIMPLES, no valor de R\$ 60.313,70; Contribuição para a Seguridade Social-INSS – SIMPLES no valor de R\$ 173.113,48; todos acrescidos da Multa de ofício, no percentual de 75%; sobre os tributos e contribuições exigidos e demais acréscimos moratórios conforme legislação vigente, bem como a exclusão da interessada do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte-Simples, com efeitos a partir de 01 de julho de 2009, conforme Ato Declaratório Executivo nº 150, de 18 de novembro de 2011, da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Ribeirão Preto-SP (fl. 112)”.

Ante o exposto, deve ser mantido o acórdão recorrido neste tópico, devendo ser mantidos os lançamentos realizados de IRPJ e decorrentes de CSLL, PIS/PASEP, COFINS e Contribuição Patronal.

Das Matérias não Suscitadas na Impugnação

A Contribuinte irresignada com a decisão de primeira instância, interpôs Recurso Voluntário apresentando diversas matérias não suscitadas em sede de impugnação, abaixo relacionadas a saber:

-Ilegalidade integral do Auto de Infração, Quebra do Sigilo Bancário. Ofensa ao Art. 6º, Lei Complementar n. 105/2001;

- Presunção de Omissão de Receitas e diferenças de base de cálculo e insuficiência de recolhimento nos meses de fevereiro a dezembro de 2008;

-Suposta Omissão de receitas por presunção legal - Depósitos bancários não contabilizados. Omissão de receitas da atividade escriturada e não declarada;

- Tributação Reflexa – PIS, COFINS, CSLL e INSS; Presunção de Omissão de Receitas – PIS/COFINS, CSLL e INSS – Falta de previsão legal;

-Exclusão ICMS/ISS da base de Cálculo de PIS/COFINS;

-Dos Juros Selic Aplicados;

- Da multa confiscatória aplicada. Inocorrência do intuito de fraude.

- Da não incidência de juros sobre a multa.

Ocorre que, as referidas matérias somente foram ventiladas em sede recursal, desta forma como não tais questões não foram suscitadas e discutidas no juízo de primeiro grau, torna-se inadmissível em grau de recurso, modificar a decisão de primeiro grau com base em novos fundamentos que não foram objeto da defesa, e que, por óbvio, sequer foram discutidos na origem.

Desta feita, conhecer da alegação da Recorrente em fase recursal levaria a apreciar inovação processual, assim, não conheço tais matérias em face da manifesta preclusão processual.

Dispositivo

Ante o exposto, voto, em conhecer parcialmente do Recurso Voluntário, não conhecendo apenas em relação à parte dos fundamentos jurídicos não deduzidos na impugnação e, na parte conhecida, no mérito, em negar-lhe provimento.

Assinado Digitalmente

Gustavo de Oliveira Machado – Relator