



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10930.001114/2003-81
SESSÃO DE : 15 de junho de 2004
ACÓRDÃO Nº : 302-36.160
RECURSO Nº : 129.212
RECORRENTE : TRANSPORTADORA YOUSSEF LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CURITIBA/PR

SIMPLES. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE EXCLUSÃO.

O procedimento administrativo de exclusão de empresas do SIMPLES segue o rito do Processo Administrativo Fiscal de que trata o Decreto nº 70.735/72 e alterações posteriores, cuja primeira fase é inquisitória, estabelecendo-se o litígio somente com a impugnação tempestiva da empresa excluída, onde é livre e ampla a defesa.

EXCLUSÃO. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.

É motivo de exclusão do SIMPLES a prática reiterada de infração à legislação tributária, caracterizada pela falta de escrituração da movimentação bancária por quatro anos seguidos.

NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 15 de junho de 2004

HENRIQUE PRADO MEGDA
Presidente

WALBER JOSÉ DA SILVA
Relator

09 SET 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO, LUIS ANTONIO FLORA, MARIA HELENA COTTA CARDOZO, SIMONE CRISTINA BISSOTO, PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES e LUIS ALBERTO PINHEIRO GOMES E ALCOFORADO (Suplente). Ausente o Conselheiro PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional PEDRO VALTER LEAL.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 129.212
ACÓRDÃO Nº : 302-36.160
RECORRENTE : TRANSPORTADORA YOUSSEF LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CURITIBA/PR
RELATOR(A) : WALBER JOSÉ DA SILVA

RELATÓRIO

Por bem descrever a matéria, adoto o relatório da decisão de primeiro grau que transcrevo:

Este processo iniciou-se com a representação fiscal de fls. 01-02, por meio da qual noticiou-se ao Delegado da Receita Federal em Londrina (PR) que esta contribuinte movimentou, nos anos-calendário de 1997 a 2000, vultosos valores em suas contas bancárias, mantidas à margem de sua escrituração. Segundo a fiscalização, a omissão dos registros do movimento bancário materializa uma clara estratégia de fuga dos compromissos tributários, posto que possibilita ocultar do Fisco valores que compunham a base de cálculo de tributos e contribuições devidos.

Para a fiscalização, a atitude – inúmeras vezes adotada – consistente na prática de omissão de receita, caracterizada pela existência de ativos financeiros à margem de sua regular escrita, tipifica a prática reiterada de infração à legislação tributária, conforme definido no artigo 14, inciso V, da lei nº 9.317, de 1996, combinado com o artigo 23, inciso V, da Instrução Normativa SRF nº 250, de 2002. Por essa razão, recomenda a exclusão de ofício da contribuinte do SIMPLES, com efeitos a partir do mês de apuração das irregularidades, em janeiro de 1998, conforme artigo 15, V, da Lei nº 9.317, de 1996, e artigo 24, inciso V, da Instrução Normativa nº 250, de 2002.

Foram anexados os documentos constantes de fls. 03-81.

Em 07/03/2003, por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/LON nº 06, a contribuinte foi excluída de ofício do Simples, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 1998. Aludido ADE figura nestes autos, em via original, às fls. 82, e por reprodução da publicação no Diário Oficial da União, às fls. 83.

Cientificada em 08/05/2003, conforme Aviso de Recebimento acostado às fls. 87, a contribuinte protocolizou, em 22/05/2003, a petição de fls. 88, pela qual encaminhou procuração e requereu

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 129.212
ACÓRDÃO Nº : 302-36.160

fornecimento de cópias dos autos. As cópias foram pagas, conforme DARF de fls. 90, e entregues, conforme comprovante de fls. 91.

Em 09/06/2003, a contribuinte apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 94-136, na qual descortinou as alegações adiante sintetizadas:

1. Da violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Exclusão indevida do Simples.
 - não houve qualquer oportunidade para que a impugnante se manifestasse acerca da pretensão do Fisco de excluí-la do regime do Simples, sendo-lhe oportunizada apenas agora, após a publicação do ato de exclusão, a possibilidade de manifestação sobre as razões que motivaram o fisco a praticar o ato administrativo em questão;
 - o art. 14 da Lei nº 9.317, de 1996, não permite, e nem poderia, que a exclusão do Simples fosse procedida sem a prévia instauração de procedimento administrativo, com a notificação do sujeito passivo e concessão de oportunidade para concretização dos corolários do contraditório e da ampla defesa. Como não se vislumbra, no caso concreto, a garantia do exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, anteriormente ao ato de exclusão do Simples, forçosa é a conclusão pela invalidade do ato administrativo;
2. Inexistência de decisão administrativa a respeito das supostas infrações à legislação tributária cometidas pela contribuinte. Crédito tributário com exigibilidade suspensa, ex vi do art. 151, inciso III, do CTN
 - a norma sancionatória possui as mesmas características da regra matriz de incidência tributária. Para que se possa ser aplicada a sanção, é necessária a comprovação da ocorrência do fato ilícito e a conseqüente decisão administrativa definitiva acerca da existência de fraude contra o Fisco. No caso concreto, entretanto, não há qualquer decisão administrativa que tenha imputado à contribuinte prática de infração à legislação tributária. Pelo contrário, a contribuinte recorreu do auto de infração lavrado contra si, o que implica a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a teor do art. 151, III, do CTN;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 129.212
ACÓRDÃO Nº : 302-36.160

- se a interposição de impugnação ou recurso administrativo suspendeu a exigibilidade do crédito tributário e do ato administrativo de exclusão do regime do SIMPLES, não se pode considerar a suposta devedora em mora. Sequer se pode cogitar da possibilidade de imputar-lhe qualquer outra sanção, enquanto esta situação perdurar. O Conselho de Contribuintes vem decidindo que o contribuinte somente pode ser penalizado com a exclusão do SIMPLES quando restar provada a inscrição do débito em dívida ativa;
3. Da impossibilidade de imputação de sanção à impugnante: ausência de infração à legislação tributária.
- o Fisco olvidou-se de provar a suposta ocorrência do fato gerador do IRPJ e das contribuições; baseou-se tão-somente em extratos bancários, meras conjecturas, frágeis indícios, insuficientes para extrair a verdade material acerca dos fatos. Não há qualquer decisão que tenha imputado a prática de infração à legislação tributária pela impugnante, até porque a suposta ocorrência do fato gerador dos tributos em questão sequer foi provada;
 - a norma veiculada pelo artigo 14, inciso V, da Lei nº 9.317, de 1996, elegeu como fato ilícito, ou seja, como fato gerador da sanção (exclusão do Simples), a ocorrência de prática reiterada de infração à legislação tributária. Contudo, no caso concreto não há prova da ocorrência do fato jurídico necessário e suficiente à incidência daquela norma (prática reiterada de infração à legislação tributária). Do mesmo modo, não há sequer decisão da própria Administração Pública que impute à contribuinte a prática de infração à legislação tributária;
 - assim como um tributo pode ser exigido apenas quando um fato ajusta-se, perfeita e rigorosamente, à hipótese de incidência tributária, a sanção apenas pode ser aplicada quando há a ocorrência de um fato ilícito que se ajuste perfeitamente à hipótese contida na norma sancionatória. Não havendo certeza acerca da ocorrência da infração tributária, posto que o Fisco apresentou apenas frágeis indícios, e também porque não há decisão definitiva da Administração Pública a respeito da matéria, não há que se cogitar da imposição de penalidade alguma à contribuinte;
4. Inexistência do fato jurídico “prática reiterada de infração à legislação tributária”

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 129.212
ACÓRDÃO Nº : 302-36.160

- o agente fiscal apenas lavrou contra a contribuinte auto de infração concernente a suposta omissão de receitas ocorrida no ano de 1997. Todavia, procedeu à exclusão da contribuinte do Simples por prática reiterada de infração à legislação tributária. A palavra reiterada quer aludir às condutas efetuadas mais de uma vez, repetidamente, por longo período de tempo. Entretanto, no caso concreto não há qualquer prática reiterada de infração à legislação tributária;
- mesmo que se confirmasse a prática de infração no ano de 1997, não se vislumbra, pela análise dos autos da representação fiscal, a lavratura de qualquer auto de infração no que concerne à ocorrência nos anos de 1998, 1999 e 2000. Todavia, para que se configurasse prática reiterada de infração, far-se-ia necessária a confirmação da ocorrência de infrações durante os anos seguintes;

5. Das supostas infrações cometidas pela contribuinte

5.a) Extratos bancários. Meros indícios

- o único elemento de prova que dá suporte às imputações são os inúmeros extratos bancários juntados aos autos. O indício somente tem cabimento como ponto de partida e desde que agregado a outros elementos que o consubstanciem, permitindo a formação de um juízo de certeza e convicção acerca da existência de um fato. No caso dos autos não se demonstrou a existência de relação de causalidade entre os supostos indícios (baseados em extratos bancários) e a efetiva ocorrência de fatos geradores tributários ou de fraude contra o Fisco. Logo, não restou comprovada a conduta fraudulenta da impugnante;

5.b) Do ônus da prova

- cabe ao Fisco o ônus de produzir as provas da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e dos fatos que motivam a imposição de sanção. Entretanto, ao lavrar os autos de infração e editar o ato de exclusão do SIMPLES, o Fisco olvidou-se de provar a ocorrência do próprio fato jurídico tributário, o auferimento de receita por meio de um conjunto probatório convincente;

RECURSO Nº : 129.212
ACÓRDÃO Nº : 302-36.160

6 – Da aplicação do art. 112 do CTN

- ante aos meros indícios apurados e a ausência de decisão que impute à impugnante a prática de infração à legislação tributária, há fundadas dúvidas sobre a ocorrência do fato ensejador, tanto dos tributos, quanto da multa e juros, além da exclusão do SIMPLES. Destarte, tendo-se em vista a dúvida acerca da verdade material, dado o quadro fático eivado de dúvidas acerca da ocorrência ou não do fato, presume-se a inocência da contribuinte, por meio da interpretação mais benéfica ao acusado, prevista no art. 112 do CTN;

7 - Relativização da responsabilidade objetiva. Inconstitucionalidade do art. 136 do CTN, em face do princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF). Consideração na espécie, de aspectos subjetivos

7.a) Inconstitucionalidade do art. 136 do CTN, em face do princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF)

- assim como no direito penal vigora o princípio constitucional da individualização da pena, o direito tributário também deve adequar a pena ao caso concreto, em conformidade com o grau de culpabilidade do sujeito passivo. O art. 136 do CTN é incompatível com a Constituição Federal de 1988, não devendo ser aplicado;

7.b) Dos roubos e furtos de carga

- ainda que a impugnante houvesse cometido infração, não poderia ser penalizada, uma vez que, em virtude dos inúmeros roubos e furtos de carga sofridos, passou por situações financeiras difíceis, faltando recursos até mesmo para pagamentos essenciais. Alega que a documentação anexa comprova a ocorrência de nove furtos e roubos. Uma empresa que é vítima de nove crimes contra o patrimônio não pode ser considerada infratora contumaz. É o Estado que está obrigado a proporcionar-lhe segurança;
- com a relativização da responsabilidade objetiva consagrada pelo art. 136 do CTN, torna-se possível considerar aspectos subjetivos, permitidos pelo art. 14, inciso V, da Lei nº 9.317, de 1996. À toda evidência, é impossível a apuração desse fato sem a intromissão em dados subjetivos do suposto infrator;

RECURSO Nº : 129.212
ACÓRDÃO Nº : 302-36.160

8 - Efeitos, no tempo, do ato sancionatório de exclusão do Simples

- a circunstância de não existir decisão administrativa definitiva imputando à contribuinte a prática de infração à legislação tributária, e mesmo prova substancial acerca da verdade material dos fatos, impossibilita a aplicação de sanção, tendo em vista a ausência de qualquer fato ilícito;
- o art. 106 do CTN beneficia o contribuinte cujo ato (ou fato) não esteja definitivamente julgado, determinando aplicação retroativa dos efeitos de lei mais benéfica. Logo, como se conceber a possibilidade da aplicação de um ato sancionatório, com efeitos retroativos, a um caso que não se encontra definitivamente julgado, e no qual não se vislumbra o fato ilícito ensejador da sanção?
- é abusiva a conduta da fiscalização, ao aplicar sanção contrariamente à orientação do CTN, sem possuir provas da ocorrência do fato ilícito que ensejaria a penalidade aplicada, presumindo a existência de infrações. Mesmo que houvesse comprovação das infrações, a penalidade poderia ser aplicada a partir da incidência da lei tributária;
- no caso concreto, o fenômeno da incidência tributária ocorreu apenas no instante em que o servidor lavrou a representação fiscal. Só a partir de então pode ser aplicada a exclusão do Simples. A penalidade não pode retroagir à data do evento, devendo ser aplicada da data da incidência em diante.

Finaliza requerendo o reconhecimento da improcedência da representação fiscal e sua reinclusão no Simples.

A 2ª Turma de Julgamento da DRJ Curitiba - PR indeferiu a solicitação da Recorrente, nos termos do Acórdão DRJ/CTA nº 4.796, de 29/10/2003 – fls. 245/255.

Dentre outros, o ilustre Relator do Acórdão fundamenta seu voto com os seguintes argumentos, em síntese:

1. Não existe sentido e nem necessidade de um contraditório anterior à edição do ato excludente. O contraditório constitucional está sendo exercitado neste exato momento, com a oferta de oportunidade para a mais ampla defesa e possibilidade de recurso a instância superior, e ao próprio Poder Judiciário.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 129.212
ACÓRDÃO Nº : 302-36.160

2. Não alcanço o sentido da alegação de que somente poderia ocorrer a exclusão após decisão definitiva acerca da irregularidade fiscal. Penso que aqui a contribuinte reincide no mesmo equívoco de sua tese anterior. Com efeito, se o ato de exclusão fosse definitivo e não sujeito a contraditório e ampla defesa, aí sim, com certeza somente poderia ser implementado após decisão definitiva da existência da irregularidade que lhe é imputada.
3. Descarte-se desde logo, portanto, qualquer influência nestes autos da suspensão da exigibilidade de eventuais lançamentos tributários contra a contribuinte. Essa suspensão implica apenas o impedimento de a Fazenda Pública exercer desde logo seu poder potestativo de cobrança de seu crédito tributário. Não possui o menor efeito sobre a formação do convencimento do julgador.
4. Da mesma forma, é impertinente a alegação de que a exclusão do Simples tratada nestes autos sofre óbice por falta de inscrição do débito em dívida ativa. Essa alegação somente seria pertinente se a exclusão tivesse sido motivada por dívida com exigibilidade não suspensa, cujo fundamento legal é o inciso I do art. 14 da Lei nº 9.317, de 1996. Entretanto, a causa da exclusão aqui apreciada repousa no inciso V do mesmo artigo. Logo, a alegação deve ser rejeitada.
5. O ingresso e permanência no Simples obriga a escrituração de toda a movimentação financeira, inclusive a bancária, em livro caixa. Assim sendo, a constatação de que múltiplas contas bancárias, com movimentos de vulto, deixaram de ser escrituradas, autorizam desde logo concluir que houve inequívoca infração à lei tributária. Por outro lado, se essa infração se perpetuou no tempo, por anos a fio, é fora de dúvida que se trata de prática reiterada, assim entendida a prática repetida, renovada, na correta acepção semântica demonstrado pela contribuinte às fls. 112.
6. Fora de dúvida, portanto, que a contribuinte infringiu sim, e de forma repetida, a norma legal que lhe impunha o dever de escriturar suas contas bancárias. Deveria, portanto, tentar justificar as razões de manter as contas à margem da escrituração.
7. Não existe dúvida de que a contribuinte infringiu o comando legal que condicionava sua permanência no Simples à escrituração de suas contas bancárias, e que o fez de forma

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 129.212
ACÓRDÃO Nº : 302-36.160

reiterada. Assim sendo, é por completo descabido cogitar da aplicação, neste caso concreto, do artigo 112 do CTN.

8. Não compete ao julgador administrativo reconhecer a inconstitucionalidade de dispositivos legais a que se encontre vinculado. Essa tarefa, como se sabe, é privativa do Poder Judiciário.

9. O legislador encarregou-se de estabelecer o momento a partir do qual a exclusão deveria operar efeitos. Assim sendo, não existe o menor grau de discricionarismo para o intérprete eleger outro momento como termo de início da exclusão.

A recorrente tomou ciência da decisão de primeira instância no dia 18/11/2003, conforme AR de fls. 259.

Discordando da referida decisão de primeira instância, a interessada apresentou, no dia 04/12/2003, o Recurso Voluntário de fls. 260/302, onde reprisa os argumentos da Manifestação de Inconformidade e ainda:

1. Que o ato de exclusão do SIMPLES, por ser puramente sancionatório, não obedece ao mesmo procedimento ao qual está submetido o auto de infração. O Decreto nº 70.235/72 regula o processo administrativo relativo à determinação e à exigência de créditos tributários federais, de empréstimos compulsórios e de consulta.
2. Que o ato administrativo de exclusão do regime do SIMPLES, muito embora seja ato tendente à produção de efeitos fiscais, não é regulado pelo Decreto nº 70.235/72. O procedimento a ser adotado, no que tange à oportunidade ao contraditório e à ampla defesa, é o determinado pela Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo em geral, no âmbito federal.
3. Que, ao contrário do que pretende demonstrar a Turma Julgadora, a exclusão do regime do SIMPLES não pode ser efetuada de ofício pela autoridade competente se esta não instaurar o procedimento administrativo específico para o caso e se não existir qualquer decisão administrativa que impute tal sanção ao contribuinte.
4. Que para ser aplicada norma sancionatória, faz-se necessária a comprovação da ocorrência do fato ilícito.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 129.212
ACÓRDÃO Nº : 302-36.160

5. Que a Turma Julgadora foi mais tendenciosa que o Agente Fiscal, que a excluiu do SIMPLES, ao afirmar, categoricamente, que a contribuinte omitiu sim, e por reiteradas vezes, receitas.
6. Como não houve prova acerca do cometimento do ilícito, resta evidenciada a ilegalidade da exclusão da recorrente do regime do SIMPLES.
7. Acerca da alegação da Recorrente, em sede de impugnação, de que é ônus do Fisco provar a ocorrência da fraude, a turma Julgadora alegou haver a presunção de omissão de receitas pela contribuinte, haja vista que considerou ser ônus da mesma (inversão do ônus da prova) provar que as receitas estão devidamente escrituradas, alegação esta que não merece prosperar.
8. Que foram juntados extratos e mais extratos das contas bancárias da contribuinte; contudo, em nenhum momento o Fisco logrou provar, por meio de prova cabal, o (s) suposto(s) ilícito(s) praticado(s) pela recorrente.
9. Que a presunção não pode se aplicada, contrariamente à pretensão da Turma Julgadora, nem em matéria penal, nem em matéria tributária. Isto porque ambos os ramos do direito visam privar o indivíduo de algum direito ou garantia individual.
10. Que muito embora o sigilo bancário da recorrente tenha sido quebrado por decisão judicial, não é possível tomar por base apenas os extratos bancários para fins de lançamento de ofício de outros tributos (que não a CPMF) e imposição de qualquer penalidade cujos fatos geradores ocorreram anteriormente à edição da Lei nº 10.174/01.

O Processo foi a mim distribuído no dia 12/05/2004, conforme despacho exarado na última folha dos autos – fls. 310.

É o relatório.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 129.212
ACÓRDÃO Nº : 302-36.160

VOTO

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Como relatado, a empresa interessada foi excluída do simples pelo fato de deixar de escriturar sua movimentação bancária nos anos de 1997 a 2000, caracterizando prática reiterada de infração à legislação tributária.

Discordando da exclusão, a empresa ingressou com manifestação de inconformidade, indeferida pela DRJ/Curitiba-PR.

Os argumentos trazidos pela Recorrente em sua manifestação de inconformidade, cujo resumo fiz constar no meu Relatório, lido em sessão, foram brilhantemente combatidos e rejeitados pela Turma Julgadora, cujos fundamentos acolho e adoto neste voto, como se nele constasse. Para perfeito conhecimento dos meus pares, leio em sessão o voto condutor do Acórdão recorrido, da lavra do Ilustre AFTN Dr. Wanaldir Aparecido Maia.

Quanto aos argumentos trazidos no Recurso Voluntário, contra as razões de fato e de direito aduzidas no Acórdão recorrido, passo a apreciar cada um deles.

A contrário do que sustenta valentemente a Recorrente, o processo de exclusão de empresas da sistemática do SIMPLES segue, sim, o rito estabelecido no Decreto nº 70.235/72, por força do que estabelece o § 3º, do artigo 15, da Lei nº 9.317/96, incluído que foi pelo art. 3º da Lei nº 9.732/88, *in verbis*:

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

.....
§ 3º. A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.

A exclusão da Recorrente da sistemática do SIMPLES se processou a partir de um regular processo de fiscalização, onde ela teve a liberdade de prestar todas as informações que desejasse, além daquelas solicitadas pela fiscalização, inclusive sobre sua movimentação bancária.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 129.212
ACÓRDÃO Nº : 302-36.160

Desta forma, não há que se falar em julgamento antes do ato de exclusão, a que se refere o inciso III, do artigo 3º, da Lei nº 9.784/99, até porque esta lei prevê, em seu artigo 69, que os processos administrativos específicos, como é o caso do processo de apuração de infrações à legislação tributária, continuarão a reger-se por lei própria.

Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

Neste particular, portanto, não tem razão a Recorrente. Está claro, cristalino que o procedimento de exclusão de empresas do SIMPLES segue o rito do Processo Administrativo Fiscal, que tem lei própria (Decreto nº 70.735/72 e alterações posteriores), cuja primeira fase é inquisitória, estabelecendo-se o litígio somente com a impugnação da empresa excluída, onde é livre e ampla a defesa.

Tem razão a Recorrente quando afirma que o ônus da prova é do Fisco e que a exclusão somente pode ser realizada quando comprovado a ocorrência do ato ilícito.

Às empresas optantes pelo SIMPLES foi imposto algumas obrigações acessórias. Dentre elas, a de escriturar sua movimentação financeira, inclusive bancária, em livro caixa, prevista na alínea "a", do § 1º, do artigo 7º da Lei nº 9.317/96.

Art. 7º. A microempresa e a empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES apresentarão, anualmente, declaração simplificada que será entregue até o último dia útil do mês de maio do ano-calendário subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores dos impostos e contribuições de que tratam os arts. 3º e 4º.

§ 1º. A microempresa e a empresa de pequeno porte ficam dispensadas de escrituração comercial desde que mantenham, em boa ordem e guarda e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes:

a) Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária;

b) Livro de Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário;

RECURSO Nº : 129.212
ACÓRDÃO Nº : 302-36.160

c) todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos livros referidos nas alíneas anteriores.

Ressalte-se que na escrita comercial também é obrigatória a escrituração da movimentação financeira, inclusive bancária, nos termos dos artigos 10, 12 e 14 do Código Comercial.

O fato imputado à Recorrente só é um: **deixou de cumprir a obrigação prevista na alínea “a”, do § 1º, do artigo 7º, da Lei nº 9.317/96, nos anos de 1997, 1998, 1999 e 2000.** Mais especificamente: **deixou de escriturar sua movimentação bancária mantida no Banco Noroeste e no Banco do Estado do Paraná nos anos de 1997, 1998, 1999 e 2000.**

Observe-se que a exclusão não se deveu à suposta omissão de receita no ano de 1997, objeto de auto de infração, contestado pela Recorrente. É irrelevante, para o objeto deste processo, que tenha havido ou não omissão de receita. Que o fisco tenha ou não prova da omissão de receita. O fato imputado à Recorrente neste processo é a falta de escrituração de sua movimentação bancária por 04 (quatro) anos seguidos. Só e somente só. Eventual improcedência do auto de infração lavrado contra a Recorrente em nada afeta o ato de exclusão da sistemática do SIMPLES.

As provas do delito fiscal cometido pela Recorrente são os extratos bancários (não contestado a titularidade dos mesmos) e os livros fiscais da Recorrente. Neste caso, não há que se falar que o Fisco utilizou “mera presunção” para aplicação, *in concreto*, do comando contido no inciso V, do artigo 14, c/c inciso V, do artigo 15, ambos da Lei nº 9.317/96, *in verbis*:

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

.....

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;

.....

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

.....

V - a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior.

Não tem nenhuma razão a Recorrente quando afirma que a Turma de Julgamento inverteu o ônus da prova. O Fisco constatou um ato omissivo da Recorrente, proibido pela legislação tributária, tendo como base sua escrituração fiscal e seus extratos bancários.

É evidente que a defesa da Recorrente deveria ser no sentido de provar que escriturou toda sua movimentação bancária dos anos de 1997 a 2000, no

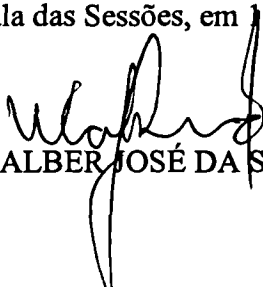
MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 129.212
ACÓRDÃO Nº : 302-36.160

tempo e na forma que determina a Lei do SIMPLES. No entanto, em toda sua defesa não houve contestação e nem prova efetiva sobre o fato que lhe foi imputado: **falta de escrituração da movimentação bancária nos anos de 1997 a 2000.**

Face ao exposto e por tudo o mais que do processo consta, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário.

Sala das Sessões, em 15 de junho de 2004


WALBER JOSÉ DA SILVA - Relator