



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

Processo n° 10930.720942/2014-74
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-002.507 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de setembro de 2018
Matéria OMISSÃO DE RECEITAS - SIMPLES NACIONAL
Recorrente P F COMERCIO DE CARNES LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010, 2011

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE LIVRO CAIXA. FALTA DE REGISTRO DE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA.

Constatada hipótese legal de exclusão do Simples Nacional, cuja ocorrência não foi afastada pela defesa, mantém-se a exclusão regularmente formalizada pela autoridade competente.

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Não ocorre a nulidade do auto de infração quando forem observadas as disposições do artigo 142 do Código Tributário Nacional e os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

USO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. SIGILO. LEGITIMIDADE.

A utilização de informações regularmente obtidas junto a administradoras de cartões de crédito e débito não caracteriza violação de sigilo bancário, sendo desnecessária prévia autorização judicial. Precedente vinculante do STF.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL

Nos termos da lei, caracteriza-se como omissão de receita os valores creditados em conta bancária, na hipótese do titular, após intimado, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, a sua respectiva origem.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA.

A apreciação de argumentos de inconstitucionalidade resta prejudicada na esfera administrativa, conforme Súmula CARF n° 2: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eva Maria Los, José Carlos de Assis Guimarães, Luis Henrique Marotti Toselli, Rafael Gasparello Lima, Gisele Barra Bossa, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Luis Fabiano Alves Penteado e Ester Marques Lins de Sousa (Presidente).

Relatório

Contra a Recorrente acima identificada foi emitido o Ato Declaratório Executivo - ADE nº 57, de 08 de maio de 2014 (fls.1.117), para fins de sua exclusão do regime de tributação do SIMPLES NACIONAL, com fundamento no artigo 29, incisos II e VIII, da Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006.

De acordo com a Representação Fiscal de Exclusão do Simples Nacional (fls. 1.118/1.121):

2 - DAS DIVERGÊNCIAS ENTRE RECEITAS DECLARADAS E MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA

Para fins de seleção de contribuintes, a Receita Federal do Brasil realizou o cruzamento de informações entre as Declarações de Movimentações Financeiras (DIMOF) e as Declarações de Informações do Simples Nacional (DASN). Em relação ao contribuinte em questão verificou-se que o mesmo recebeu recursos em suas contas correntes em valores muito superiores aos declarados, conforme quadro abaixo:

Ano-calendário	Movimentação Financeira (MF) - Créditos em conta corrente ¹ - R\$	Receita Bruta (RB) - R\$ Informada na DASN	Proporção MF/RB	MF (-) RB - R\$
2010	22.235.216,47	188.120,67	118 vezes	22.047.095,80
2011	24.670.545,87	159.202,31	155 vezes	24.511.343,56

Conforme demonstrado acima, em 2010 o total movimentado em conta corrente é 118 vezes maior que o declarado e em 2011 o total movimentado é 155 vezes maior que a receita declarada.

[...]. Em razão da recusa com contribuinte entrega os extratos, em 10/03/2014 houve a Solicitação de Emissão de Requerimento de Informação Sobre Movimentação Financeira (RMF). Os extratos foram enviados pelos bancos Itau, HSBC e Banco do Brasil.

A fiscalização confrontou os dados constantes nos livros Razão e Diário apresentados e os extratos bancários, constatando que a elevada movimentação financeira não foi registrada. O contribuinte registrou somente os valores ínfimos apresentados nas DASN.

Diante da falta de escrituração dos créditos em conta corrente, em 24/03/2014 o contribuinte foi intimado a apresentar os documentos comprobatórios de créditos e débitos de todas as contas correntes mantidas junto às instituições financeiras. O contribuinte recebeu a intimação em 25/03/2014 e o prazo para atendimento foi de 10 (dez) dias. Não houve atendimento da intimação ou qualquer manifestação do contribuinte quanto à entrega da documentação solicitada.

Em 04/04/2014 foi emitido o Termo de Intimação Fiscal, intimando o contribuinte a, no prazo de 20 (vinte) dias, informar a que se referem os créditos em contas bancárias mantidas junto às instituições financeiras, bem como comprovar, mediante apresentação de documentos hábeis e idôneos, a origem dos recursos creditados na contas correntes mantidas nas instituições bancárias. O contribuinte recebeu a intimação em 08/04/2014 conforme Aviso de Recebimento dos Correios nº SA 78798912 5 BR. Não houve atendimento da intimação.

4 - DOS MOTIVOS PARA EXCLUSÃO DO CONTRIBUINTE DO SIMPLES NACIONAL

A situação em comento revela hipóteses de exclusão do Simples Nacional. A seguir detalha-se o suporte fático e legal que suportam tal conclusão

4.1 - Recusa injustificada de apresentar as informações da movimentação financeira

[...] Tal comportamento também evidencia a hipótese de exclusão prevista no inciso II do artigo 29 da Lei Complementar 123/2006:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando: II- for oferecido embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiverem obrigadas, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade que estiverem intimadas a apresentar, e nas demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública (grifo nosso)

4.2 - Falta de apresentação de escrituração bancária

Verifica-se que a movimentação financeira do contribuinte foi, aproximadamente, 118 (cento e dezoito) vezes maior que a declarada no ano de 2010 e 155 (cento e cinquenta e cinco) vezes superior no ano de 2011.

Intimado, o contribuinte não apresentou qualquer documento relativo à escrituração bancária obrigatória, principalmente em decorrência de valores tão distorcidos. Desta forma, não é possível identificar a origem da movimentação financeira.

Esta situação caracteriza hipótese de exclusão do Simples Nacional, prevista no inciso VIII do artigo 29, da Lei Complementar 123/2006:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

VIII- houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;

5 - DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO DO CONTRIBUINTE DO SIMPLES NACIONAL

A exclusão deverá ter efeito a partir do mês de janeiro de 2010, como preceitua o parágrafo 1º do artigo 29, da Lei Complementar nº 123/2006, vigendo nos três anos-calendário subsequentes ao da exclusão.

§1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

A exclusão do SIMPLES NACIONAL, segundo o ADE, possui efeitos a partir de janeiro de 2010.

Houve impugnação pelo contribuinte (fls. 1.144/1.146), que alega ausência de base legal para a exclusão; que não houve embargo e muito menos recusa de atendimento durante a fiscalização; que houve, sim, indevida quebra de sigilo bancário e que a base de cálculo não está devidamente identificada.

Com base na presunção de omissão de receita prevista no artigo 42, da Lei n 9.430/1996 (depósitos bancários de origem não comprovada), o fisco também emitiu Autos de Infração (fls. 1.231/1.277) que exigem os tributos da sistemática do Simples Nacional, referente aos anos calendários de 2010 e 2011, em conformidade com o relato constante do Termo de Verificação Fiscal de fls. 1.147/1.154.

A empresa apresentou defesa (fls. 1.331/1.333). Em preliminar, reitera a quebra de sigilo ilegal. No mérito, reforça a alegação de ausência de fundamento legal para a exclusão na sistemática simplificada e pede a exclusão dos valores já pagos.

A impugnação aos Autos de Infração e a manifestação de inconformidade contra o ADE de exclusão do Simples foram julgadas improcedentes por meio de Acórdão da DRJ de fls. 1.346/1.357, cuja ementa foi assim redigida:

NULIDADE

Não há que se cogitar de nulidade do procedimento fiscal, quando não restou caracterizada nenhuma das hipóteses previstas no artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO. EXCLUSÃO DA PESSOA JURÍDICA DA SISTEMÁTICA DO SIMPLES POR INICIATIVA DA AUTORIDADE FISCAL

Conforme disposto na legislação de regência, a pessoa jurídica poderá ser excluída da sistemática do SIMPLES, por iniciativa da autoridade administrativa, quando der causa a embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiver obrigada, bem assim pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimada.

SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. INOCORRÊNCIA. PREVISÃO LEGAL. EMISSÃO DE RMF. FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

O fornecimento de informações pelas instituições financeiras sobre a movimentação do sujeito passivo, na forma da Lei Complementar nº. 105, de 2001, não constitui quebra de sigilo. Trata-se de medida que prescinde de autorização judicial, quando promovida nos termos da lei, durante procedimento fiscal em curso no qual a autoridade tributária constate ser indispensável o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras.

Cientificada da decisão de primeiro grau em 16 de maio de 2017 (fls. 1.368), a contribuinte interpôs recurso voluntário em 16 de junho de 2017 (fls. 1.385/1.389), reiterando as alegações de defesa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Relator.

O recurso voluntário interposto é tempestivo e cumpre os demais requisitos de admissibilidade. Dele, portanto, conheço.

Nulidade

Da leitura do recurso voluntário, nota-se que a Recorrente invoca argumentos de nulidade do ADE e dos Autos de Infração correlato, a saber: (i) indevida e inconstitucional quebra de sigilo bancário; (ii) utilização de prova ilícita; e (iii) ausência de fundamento legal e identificação clara da base de cálculo.

Razão, porém, não lhe assiste.

A possibilidade do fisco utilizar dados bancários dos contribuintes sem autorização judicial foi introduzida inicialmente no ordenamento jurídico pelo artigo 8º da Lei n. 8.021/90, e posteriormente pelos artigos 5º e 6º da Lei Complementar n. 105/2001, dispositivos estes que possuem a seguinte redação:

Art. 8º Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Parágrafo único. As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento desse prazo, a penalidade prevista no § 1º do art. 7º.

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;

[...]

§ 2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

§ 3º Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá

requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

O direito constitucional ao "sigilo bancário" e sua quebra no contexto da política de fiscalização tributária constitui tema que não raramente desperta interesse doutrinário e que já contou (e certamente ainda contará) com longas discussões no Poder Judiciário.

No âmbito do STJ, prevaleceu o entendimento favorável à quebra de sigilo para fins tributários, proferido em 2009 no REsp n. 1134665/SP, e julgado pela Primeira Seção na sistemática de recursos repetitivos. A decisão recebeu a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN. [...]

Posteriormente o STF foi instado a definir a questão do acesso da administração tributária aos dados bancários dos contribuintes, sem ordem judicial prévia, o que ocorreu com o julgamento do Recurso Extraordinário (RE n. 601.314), que teve

repercussão geral reconhecida e cujo resultado foi no mesmo sentido do referido precedente do STJ. Veja-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01.

1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo.

2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.

3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.

4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional.

6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”.

7. Fixação de tese em relação ao item "b" do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: "A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN".

8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Por maioria de votos (9 X 2, vencidos os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio), ganhou a tese de que a Lei Complementar n. 105 é compatível com a Constituição Federal, não havendo quebra de sigilo bancário propriamente dito o acesso, pelo fisco, de informações bancárias obtidas diretamente de instituições financeiras.

Da leitura do inteiro teor desse Acórdão paradigma, nota-se que prevaleceu o argumento de que a obrigatoriedade das instituições financeiras prestarem informações para exercício regular de fiscalização pela administração fazendária não deve ser vista como violação a direito fundamental, mas sim como procedimento apto e legítimo a perquirir a efetiva capacidade contributiva.

O acesso aos dados bancários sem autorização judicial, portanto, pode ser feito pelo fisco para fins de constituição de crédito tributário, devendo tal procedimento ser fundamentado e as informações assim obtidas preservadas.

Tanto é assim que o CTN, disciplinou, em seu artigo 197¹, as formas de acesso da Administração tributária aos bancos de dados de terceiros, dentre eles de informações bancárias.

No artigo 198² do CTN ficou resguardada a inviolabilidade da informação fornecida ao Fisco, proibindo a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades.

Os dados bancários utilizados nesse caso concreto estão protegidos (o público não tem acesso aos processos dessa natureza), foram acessados com respaldo na referida lei julgada constitucional e houve motivação adequada para utilização desse expediente.

Os argumentos trazidos pelos contribuintes no sentido de que o fisco não teria cumprido os requisitos para proceder com a "quebra de sigilo bancário" e que esta prova

¹ "Artigo 197 - Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

[...]

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras."

² "Artigo 198 - Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

seria ilícita, segundo penso, não se sustentam em face dos elementos probatórios trazidos aos autos, dos permissivos legais autorizadores dessa prática e da jurisprudência judicial acima indicada e que vincula o presente Julgador.

Nos termos da lei, e de acordo com a jurisprudência dominante, caracterizam-se como omissão de receita os valores creditados em conta bancária, identificados pela fisco de forma individualizada, na hipótese do titular, após intimado, não comprovar com documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, a sua respectiva origem.

Quanto à nulidade, do ponto de vista do processo administrativo fiscal federal, dispõem os artigos 10º e 59, ambos do Decreto nº 70.235/72, que:

“Artigo 10 - O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula”.

“Artigo 59 - São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa”.

Não verifico, no presente caso, qualquer nulidade formal ocasionada pela inobservância do disposto no art. 10º acima, bem como não se faz presente nenhuma das nulidades previstas no art. 59.

O Auto de Infração foi emitido com observância de seus requisitos formais e essenciais, como prescreve o artigo 142 do Código Tributário Nacional, *verbis*:

“Artigo 142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. *A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”.*

Mais precisamente, a fiscalização, após instauração de regular procedimento fiscalizatório, identificou depósitos bancários cuja origem não foi comprovada pela contribuinte e daí apurou omissão de receitas com fundamento no artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

Não se vislumbra, ademais, nenhum prejuízo ao contribuinte, que notoriamente compreendeu a imputação e teve assegurado seu direito de defesa.

E, ao contrário do que quer fazer crer a Recorrente, durante a fiscalização (fls. 820), assim como no demonstrativo de apuração dos valores não recolhidos, integrante dos Autos de Infração, estão demonstrados os valores individualizados dos lançamentos credores.

Também os valores dos tributos já recolhidos pelo contribuinte foram abatidos, conforme esclarecido pela decisão de piso às fls. 1.356.

Não existe, portanto, qualquer incorreção na motivação e disposição legal infringida, razão pela qual rejeito a preliminar de nulidade.

Omissão de receitas

A Recorrente, nos anos-calendário de 2010 e 2011, optou pelo SIMPLES, mas foi selecionada para procedimento fiscal de auditoria em razão da apresentação de movimentação financeira incompatível com a receita declarada.

Segundo disposição legal (art. 34 da Lei Complementar nº 123/06 e art. 42 da Lei nº 9.430/96), as empresas optantes pelo SIMPLES são obrigadas a manter livro-caixa em que será escriturada sua movimentação financeira e bancária (parágrafo 2º do art. 26 da LC nº 123/06) e guardar em boa ordem, enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações pertinentes, todos os documentos suporte da escrita.

Uma das causas de exclusão do Simples Nacional, aliás, é justamente a constatação de falta de escrituração do livro-caixa ou este não permitir a identificação do fluxo financeiro e bancário da empresa (inciso VIII do art. 29 da LC nº 123/06).

Referida LC 123/2006 também prescreve que:

Art. 34. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.

As presunções, como se sabe, são meios de prova previstos no ordenamento jurídico e, desde que previstas em lei, podem ser utilizadas no direito tributário. Tal expediente acaba por exercer papel auxiliador na busca de riqueza (capacidade contributiva) do contribuinte, coibindo práticas e desestimulando condutas que possam implicar abusos ou sonegação.

O efeito prático da presunção consiste em inverter o ônus da prova. A regra geral - a de que cabe ao fisco o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito, e ao contribuinte o de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo daquele direito - é invertida. Assim, cabe ao fisco demonstrar a existência do fato definido pela lei como necessário e suficiente à subsunção da presunção ao caso concreto, transferindo ao contribuinte o ônus de provar que o fato presumido pela lei não ocorreu.

Nessa situação a fiscalização fundamentou o Auto de Infração na presunção legal prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, *in verbis*:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000, 00 (oitenta mil reais)."

Em se tratando de omissão de receitas fundada na presunção relativa veiculada pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996, cumpre ao fisco produzir a prova da existência de depósitos cuja origem o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, e incumbe ao contribuinte a prova de que estes depósitos não têm origem em receita ou, se receita, são não tributáveis ou já foram oferecidas à tributação.

A fiscalização, portanto, no uso da presunção legal de omissão de receita em face de depósito bancário, deve: **(i)** identificar os valores creditados; **(ii)** individualizá-los; **(iii)** excluir os créditos oriundos de transferência ou resgate de contas ou aplicações do mesmo titular; e **(iv)** intimar o contribuinte a justificar e comprovar a respectiva origem, assegurando-lhe o contraditório.

A meu ver restou demonstrado que a autoridade fiscal responsável pelo lançamento bem se ateve ao fato de identificar e relacionar os depósitos bancários credores que poderiam revelar receitas mantidas à margem da escrituração de forma prévia ao lançamento, intimando e re-intimando o contribuinte a apresentar comprovação da origem.

O autuante intimou a interessada em diversas oportunidades, mas a empresa não logrou êxito em comprovar a origem.

Na fase de contencioso, a empresa teve mais uma oportunidade de trazer documentação acerca da origem, mas novamente sem sucesso.

Fundada, então, corretamente a pretensão da Fazenda Pública na presunção legal do art. 42 da Lei n.º 9.430/96, caberia ao sujeito passivo apresentar as provas que pudessem impedir a sua caracterização, o que nunca ocorreu.

Posto isso, considero procedente a imputação de omissão de receitas.

Da exclusão do Simples

A conduta da Recorrente de não apresentar, justificar ou comprovar vultosa movimentação bancária não escriturada ou registrada é tipificada no rol das exclusões do regime do Simples, por disposição expressa.

Veja o art. 29, VIII, da LC 123, base legal do ADE:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

...

VIII - houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;

...

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

Nesse sentido, correta a exclusão do contribuinte do Simples Nacional, devendo ser mantido o Ato Declaratório Executivo Nº 57, de 08 de maio de 2014.

Conclusão

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao RECURSO VOLUNTÁRIO.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli