



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

Processo nº 10970.000033/2009-82
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1802-002.163 – 2ª Turma Especial
Sessão de 07 de maio de 2014
Matéria Omissão de Receitas
Recorrente ZEZINHO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE REFRIGERAÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2005

PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL. TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES FINANCEIRAS AO FISCO PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS MEDIANTE RMF, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (LC Nº 105/2001, ART. 6º) E DECRETO Nº 3.724/2001). ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO E ILEGALIDADE DAS PROVAS OBTIDAS - EXTRATOS BANCÁRIOS. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO. PRELIMINAR REJEITADA.

O art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentado pelo Decreto nº 3.724/01, autoriza a autoridade fiscal a requisitar informações ou dados acerca da movimentação financeira do contribuinte nas instituições financeiras mediante RMF, desde que instaurado previamente o procedimento de fiscalização e o exame dos documentos seja indispensável à instrução, preservado o caráter sigiloso da informação.

O acesso a informações junto a instituições financeiras, para fins de apuração de ilícito fiscal, não configura ofensa ao princípio da inviolabilidade do sigilo bancário, desde que cumpridas as formalidades exigidas pela Lei Complementar nº 105/01 e pelo Decreto nº 3.724/01.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

IRPJ-SIMPLES. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Caracterizam como omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito, poupança e/ou investimento, junto à 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.

Para imputação por presunção legal da infração omissão de receitas (fato probando) basta que o fisco comprove a ocorrência do fato indiciário, ou seja, a existência de extratos bancários de conta corrente cuja movimentação financeira bancária não foi registrada na escrituração contábil/fiscal e a pessoa jurídica jurídica, embora intimada, não comprove a origem dos recursos ingressados a crédito na conta corrente bancária.

A partir do fato indiciário - depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada (fato conhecido) - presume-se a ocorrência ou existência de omissão de receitas à margem da tributação (fato probando).

A presunção legal de omissão de receitas tem caráter relativo e inverte o ônus da prova.

O ônus probatório da não ocorrência do fato probando - omissão de receitas - é do sujeito passivo, que poderá afastá-la mediante produção de prova idônea, cabal.

RECEITA BRUTA DECLARADA. INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTOS (INFRAÇÃO REFLEXA DA OMISSÃO DE RECEITAS).

Na apuração mensal do IRPJ - Simples e reflexos, leva-se em consideração a receita bruta acumulada até o respectivo mês de apuração, inclusive para efeito de definição da alíquota aplicável.

A infração omissão de receitas, reflexamente, implica insuficiência de recolhimentos das exações do Simples sobre a receita bruta até então declarada, pela mudança da faixa de alíquota em face da receita bruta acumulada até o respectivo mês de apuração (receita omitida + receita declarada), implicando mudança da faixa de alíquotas, gerando apuração de diferença de recolhimento, por diferença de alíquota do Simples.

OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL (LEI Nº 9.430/96, ART. 42). ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA NÃO CONHECIDA.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. SIMPLES (PIS, COFINS, CSLL, IPI E CONTRIBUIÇÃO PARA A SEGURIDADE SOCIAL - INSS)

Tratando-se de lançamentos decorrentes, a decisão prolatada no lançamento matriz (IRPJ - Simples) é aplicável, no que couber, aos decorrentes, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula, inexistindo razões fáticas e jurídicas para decidir diversamente.

EXCLUSÃO DO SIMPLES POR ATO DECLARATÓRIO. RECEITA BRUTA AUFERIDA ACIMA DO LIMITE SUPERIOR PARA PERMANÊNCIA NESSE REGIME DE TRIBUTAÇÃO.

Apurada receita bruta acima do limite legal no ano-calendário, o contribuinte será excluído da sistemática do Simples por ato declaratório, com efeito a

partir do 1º dia do ano-calendário seguinte ao da ocorrência da infração omissão de receitas.

Mantida a infração omissão de receitas, mantém-se a exclusão do contribuinte do Simples.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar suscitada e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa- Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José de Oliveira Ferraz Corrêa, Nelso Kichel, Marciel Eder Costa, Luís Roberto Bueloni Santos Ferreira e Gustavo Junqueira Carneiro Leão.

Relatório

Cuidam os autos do Recurso Voluntário de e-fls. 606/630 contra decisão da 2ª Turma da **DRJ/Juiz de Fora** (e-fls. 595/599) que julgou a impugnação improcedente:

a) mantendo integralmente o crédito tributário lançado pelos autos de infração do IRPJ-Simples e reflexos, quanto ao ano-calendário 2005;

b) mantendo a exclusão do Simples, com efeito a partir de 01/01/2006, com fulcro no artigo 14, inciso I e artigo 15, inciso IV, ambos da Lei 9.317/1996.

Quanto aos fatos, consta que na **DRF/Uberlândia**:

I – em **30/01/2009**, foram lavrados pela fiscalização da RFB os Autos de Infração do Simples Federal (IRPJ-Simples, PIS-Simples, CSLL – Simples, Cofins – Simples, IPI-Simples e Contrib. Seguridade Social -INSS – Simples), **ano-calendário 2005**, em face da imputação das seguintes infrações (e-fls. 406/451 e 454/476):

(...)

001 - OMISSÃO DE RECEITAS**DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS**

Valor apurado conforme detalhado em relatório fiscal em anexo, peça integrante do presente Auto de Infração (fls. 350 a 351).

(...)

Valor tributável da infração Omissão de Receitas – Depósitos Bancários Não Escriturados, conforme Relatório Fiscal, parte integrante do lançamento fiscal (e-fls. 401 e 405):

MÊS	RECEITA BRUTA APURADA/DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO COMPROVADOS (R\$)	RECEITA BRUTA DECLARADA (R\$)	DIFERENÇAS APURADAS PELO AFRFB (R\$)
01/2005	71.303,69	2.338,50	68.965,19
02/2005	152.272,84	500,00	151.772,84
03/2005	240.811,73	6.365,20	234.446,53
04/2005	112.508,13	3.027,00	109.481,13
05/2005	157.622,43	6.849,32	150.773,11
06/2005	163.206,44	7.700,00	155.506,44
07/2005	122.850,94	5.120,30	117.730,64
08/2005	162.755,35	901,83	161.853,52
09/2005	65.273,77	1.039,80	(15.628,65 + 48.605,32) = 64.233,97
10/2005	100.489,39	250,00	100.239,39
11/2005	350.072,36	5.479,49	344.592,87
12/2005	17.740,56	4.227,00	13.513,56

TOTAIS	1.716.907,63	43.798,44	1.673.109,19
---------------	---------------------	------------------	---------------------

Enquadramento legal: Art. 24 da Lei nº 9.249/95; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "a", 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317/96; art. 42 da Lei nº 9.430/96; Art. 3º da Lei nº 9.732/98; Arts. 186, 188 e 199, do RIR/99.

(...)

002 - INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

Em decorrência da constatação de omissão de receitas com fulcro em depósitos, bancários não comprovados, conforme detalhado em Relatório Fiscal anexo ao presente Auto de Infração (fls. 350 a 352), ficou caracterizado que as alíquotas de Simples efetivas são superiores às alíquotas de Simples informadas na Declaração Simplificada PJ, pois nesta a receita bruta acumulada declarada foi inferior à realmente auferida.

Assim, nos meses abaixo relacionados, houve insuficiência de valor de Simples calculado sobre as receitas declaradas, o que pode ser confirmado comparando-se as alíquotas mensais apuradas no "Demonstrativo de Apuração dos Valores não Recolhidos" (fls. 356 a 362), com as alíquotas lançadas na Declaração Simplificada PJ (fls. 325 a 336).

(...)

Enquadramento legal:

Art. 5º da Lei nº 9.317/96 c/c art. 3º da Lei nº 9.732/98; Arts. 186 e 188, do RIR/99.

(...).

O crédito tributário lançado de ofício, no âmbito do Simples Federal, perfaz o montante de **R\$ 314.100,57** para o ano-calendário 2005, valor na data da lavratura dos autos de infração (30/01/2009), que está assim especificado por exação fiscal:

Auto de Infração	Principal	Juros de Mora (calculados até 30/12/2008)	Multa de Ofício de 75%	Total
IRPJ-Simples	9.716,74	4.102,65	7.287,50	21.106,89
IPI – Simples	8.937,78	3.891,19	6.703,27	19.532,24
PIS-Simples	9.715,74	4.102,65	7.287,50	21.106,89
CSLL – Simples	17.875,55	7.832,39	13.406,60	39.064,54
Cofins-Simples	35.751,10	15.564,83	26.813,26	18.129,19
INSS – Simples	62.191,66	26.325,47	43.643,69	135.160,82
Total	-	-	-	314.100,57

II – em **26/02/2009**, foi expedido o Ato Declaratório de Exclusão do Simples, com efeito a partir de 01/01/2006 (e-fl. 491), nos seguintes termos:

(...) DECLARO o contribuinte acima identificado EXCLUÍDO da sistemática de pagamento dos tributos e contribuições de que trata o artigo 3º da Lei supracitada, denominada SIMPLES, pelo(s) seguinte(s) motivo(s):

A empresa auferiu, no ano-calendário de 2005, receita bruta, em montante acumulado, superior ao limite estabelecido para o enquadramento das empresas de pequeno porte - EPP, no SIMPLES Federal, infringindo o artigo 9º, inciso II, da Lei nº 9.317/1996.

Obs.: Os efeitos da exclusão ocorrem a partir de 01/01/2006, com fulcro no artigo 14, inciso I e artigo 15, inciso IV, da Lei 9.317/1996.

(...)

A Contribuinte tomou ciência:

a) do lançamento fiscal em **05/02/2009**, por via postal, Aviso de Recebimento – AR (e-fl. 479); apresentou impugnação por via postal à DRF/Juiz de Fora (e-fls. 493/513), em 09/03/2009 (e-fl. 551);

b) do Ato Declaratório Executivo de exclusão do Simples em **05/03/2009** (e-fl. 492); apresentou impugnação à DRF/Juiz de Fora (e-fls. 553/591), por via postal em 30/03/2009 (e-fl. 592).

As razões dessas impugnações estão assim resumidas no relatório da decisão recorrida e que transcrevo, a seguir (e-fls. 596/597):

(...)

A empresa apresenta impugnação (fls. 441/461) na qual alega, em síntese, que:

a) em preliminar, "que o presente lançamento é totalmente nulo, já que a fiscalização utilizou-se de procedimento ilegal e inconstitucional para apurar o suposto crédito tributário, quebrando o sigilo bancário do impugnante sem qualquer autorização judicial, o que lesa garantias fundamentais trazidas pela Carta Magna";

b) no mérito, que "depósitos bancários, por si só, não autorizam o lançamento efetuado, já que não constituem fato gerador do imposto de renda, haja vista não caracterizarem disponibilidade de renda e proventos, não podendo, por consequência, caracterizarem sinais exteriores de riqueza". "A autoridade fiscal não demonstrou a utilização destes valores do depósito como renda auferida, o que seria necessário. O lançamento teve como fundamento único a existência dos depósitos";

c) *"que grande parte desses depósitos que ocasionaram lançamento, é na verdade originada de operação de títulos descontados (duplicatas e cheques), que nada mais são do que empréstimos. Dessa forma, não podem ser considerados como receitas, devendo ser retirados da base de cálculo do lançamento". "PROVADA A ORIGEM COMO EMPRÉSTIMO, DESCABE TOTALMENTE O LANÇAMENTO COM BASE EM TAIS DEPÓSITOS";*

d) *"outros valores equivocadamente colocados como receita do impugnante no ano de 2005, foram depósitos referente a pagamento de notas faturadas e tributadas no ano de 2004, vez que a empresa faz sua tributação pelo regime de competência.*

Como se trata de regime de competência, somente no ano de 2004 poderiam ser tais valores tributados, o que foi feito";

e) *"por fim, foi incluído um valor de um adiantamento recebido de nota emitida e faturada em 2006 (nº 2622), não podendo, pois, ser tributada no ano de 2005. Trata-se do valor de R\$ 39.868,12, depositado no dia 06/10/2005".*

Posteriormente apresenta outra impugnação (fls. 500/507), desta feita quanto à exclusão do SIMPLES, na qual alega, em síntese, que:

f) *"a alegação de que a receita da impugnante teria ultrapassado o valor de R\$ 1.200.000,00 não tem caráter definitivo, precisando ser confirmada pelos julgadores administrativos". "Somente após o trânsito em julgado da defesa apresentada, e sendo confirmada a receita alegada pela fiscalização, o que colocamos como suposição, é que poderá a impugnante ser excluída do SIMPLES";*

g) *o artigo 9º, II, da Lei 9.317/96, foi alterado pela MP 275/2005, convertida na Lei 11.307/2006 "passando a ser penalizado pela exclusão do SIMPLES, a empresa de pequeno porte que tenha auferido, durante o ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 2.400.000,00". "Embora a modificação da legislação tenha ocorrido no final do ano de 2005, ela tem efeito retroativo ao início do ano, tendo em vista o disposto no artigo 106, II, "c", do CTN, que dispõe que se aplica a lei a casos pretéritos quando esta comine penas menos severa vigente ao tempo da prática do ato";*

(...)

A DRF/Juiz de Fora, 2ª Turma, como mencionado no início, julgou as impugnações improcedentes, mantendo os autos de infração do Simples do ano-calendário 2005 e a exclusão do Simples a partir de 01/01/2006, conforme Acórdão de 15/06/2011 (e-fls. 595/599), cuja ementa transcrevo a seguir, *in verbis*:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2005

MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. REQUISIÇÃO.

Se depois de intimada a empresa não fornece a documentação que comprove sua movimentação financeira, a autoridade fiscal pode requerer essas informações às instituições financeiras.

OMISSÃO DE RECEITA.

Não comprovada a origem dos valores depositados em contas, esses valores serão considerados como omissão de receita.

SIMPLES. REGIME DE CAIXA/COMPETÊNCIA.

Ao apresentar a declaração simplificada a empresa informa qual regime de apuração de receita utilizou no ano-base em questão.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFICÁCIA.

A vigência da exclusão da empresa da sistemática do SIMPLES independe do trânsito em julgado do auto de infração que apurou a omissão de receitas.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Acórdão

Acordam os membros da 2ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido assim como a exclusão da empresa da sistemática do SIMPLES.

(...)

Ciente desse *decisum* em **26/07/2011** (e-fl. 605), a contribuinte apresentou Recurso Voluntário de e-fls. 606/630, por via postal em **22/08/2011** (fl. 631), pedindo a reforma decisão recorrida, aduzindo em suas razões, em síntese, os seguintes argumentos:

I - Lançamento fiscal:

- Preliminar de nulidade do lançamento fiscal:

-que houve a quebra do sigilo bancário sem ordem judicial, implicando violação de garantias constitucionais;

-que a garantia ao sigilo bancário está assegurada nos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal;

-que a legislação, a qual o fisco utiliza para acesso a dados de contas bancárias, é inconstitucional; que a Lei Complementar não pode suprimir direitos fundamentais, cláusulas pétreas da Carta Magna.

-Quanto ao mérito:**(i)- Matéria de direito:**

- que depósitos bancários, por si só, não autorizam o lançamento efetuado; não constituem fato gerador do imposto de renda; não **caracterizam disponibilidade de renda e proventos, e não caracterizam sinais exteriores de riqueza;**

- que é imprescindível a comprovação pelo fisco da utilização dos valores depositados como renda consumida;

- que o lançamento teve como fundamento único a existência dos depósitos bancários;

- que o ônus probatório da infração omissão de receitas é do fisco, conforme Súmula 182 do TFR (antigo Tribunal Federal de Recursos).

(ii)- Matéria de fato:

- que, caso fosse aceito o lançamento fiscal apenas com base nos extratos bancários, admitindo tal hipótese a título de mera argumentação, ainda assim a exigência fiscal deve ser reformada, pois:

a) grande parte dos depósitos bancários decorreram de títulos descontados (duplicatas e cheques) e que nada mais são do que operações de empréstimos, conforme dados a seguir:

Banco do Brasil-BB – Remessa de Títulos Descontados (relatório):

Data do Crédito	Valor do Título	Operação de Desconto
19/01/2005	R\$ 35.000,00 - Duplicada Mercantil. Data de emissão: 13/10/2004. Data de Vencimento: 15/03/2005	Valor creditado: R\$ 33.350,04 (e-fls.515/516)
27/01/2005	R\$ 5.700,00. Data de emissão: 13/10/2004. Data de Vencimento: 15/03/2005 R\$ 9.600,00. Data de emissão: 02/12/2004. Data de Vencimento: 15/03/2005	Valor creditado: R\$ 14.703,30 (e-fl. 517).
04/02/2005	R\$ 1.830,00. Data de emissão: 02/02/2005. Data de Vencimento: 03/03/2005. R\$ 1.830,00. Data de emissão: 02/02/2005. Data de Vencimento: 01/04/2005.	Valor creditado: R\$ 3.537,76 (e-fl. 518).
28/02/2005	R\$ 700,00. Data de emissão: 11/02/2005. Data de Vencimento: 11/03/2005.	Valor creditado: R\$ 691,42. (e-fl. 519).
07/03/2005	Cheque próprio	Valor creditado: R\$ 3.447,76 (não juntou comprovante das alegações)

Processo nº 10970.000033/2009-82
Acórdão n.º **1802-002.163**

S1-TE02
Fl. 652

29/03/2005	R\$ 21.327,00 Diversos títulos emitidos nos dias 28 e 29/03/2005.	Valor creditado: R\$ 20.490,82 (e-fl. 520)
04/04/2005	Cheque próprio	Valor creditado: R\$ 2.702,26 (não juntou comprovante do alegado)
04/04/2005	R\$ 26.525,23. Data de emissão: 30/03/2005 e Vencimento: 16/05/2005.	Valor creditado: R\$ 25.499,77 (e-fl. 521)
22/04/2005	R\$ 5.700,00. Data de emissão: 18/04/2005 e Vencimento: 18/05/2005.	Valor creditado: R\$ 5.558,77 (e-fl. 522)
25/04/2005	Cheque próprio	Valor creditado: R\$ 4.928,73 (não juntou comprovante das alegações)
09/05/2005	R\$ 5.787,62 . Diversos títulos.	Valor creditado: R\$ 5.689,95 (e-fl. 523)
16/05/2005	Cheque próprio	Valor creditado: R\$ 3.179,73 (não juntou comprovante das alegações)
24/05/2005	R\$ 8.063,20. Diversos títulos emitidos em maio/2005 para vencimento nos meses subsequentes.	Valor creditado: R\$ 7.762,64 (e-fl. 524)
31/05/2005	Cheque próprio	Valor creditado: R\$ 1.000,00 (não juntou comprovante das alegações)
31/05/2005	Cheque próprio	Valor creditado: R\$ 2.500,00 (não juntou comprovante das alegações)
31/05/2005	Cheque próprio	Valor creditado: R\$ 1.500,00 (não juntou comprovante das alegações)
01/06/2005	Cheque próprio	Valor creditado: R\$ 2.059,07 (não juntou cópia da alegação)
12/07/2005	R\$ 13.900,00. Diversos títulos emitidos em junho e julho/2005 para vencimento nos meses subsequentes.	Valor creditado: R\$ 13.602,32 (e-fl. 525)
12/07/2005	Cheque próprio	Valor creditado: R\$ 4.304,54 (não juntou comprovante da alegação)
25/07/2005	R\$ 24.800,00. Diversos títulos emitidos julho/2005 para vencimento nos meses subsequentes.	Valor creditado: R\$ 23.555,48 (e-fl. 526)
08/08/2005	R\$ 27.000,00. Emissão: 26/08/2005. Vencimento: 10/10/2005	Valor creditado: R\$ 25.480,80 (e-fl. 529)
02/09/2005	R\$ 5.000,00. Vários títulos.	Valor creditado: R\$ 4.642,80 (e-fls. 527, 528)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 24/06/2014 por NELSO KICHEL, Assinado digitalmente em 25/06/2014 por EST

ER MARQUES LINS DE SOUSA, Assinado digitalmente em 24/06/2014 por NELSO KICHEL

Impresso em 25/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 10970.000033/2009-82
Acórdão n.º **1802-002.163**

S1-TE02
Fl. 653

23/09/2005	R\$ 5.400,00. Vencimento:06/10/2005.	Valor creditado: R\$ 5.330,97 (e-fls. 530/531)
06/10/2005	-	Valor creditado: R\$ 4.703,86 (não juntou comprovante das alegações).
13/10/2005	R\$ 27.000,00. Vencimento: 10/11/2005.	Valor creditado: R\$ 26.314,82 (e-fl. 532)
17/10/2005	R\$ 5.000,00. Vencimento: 28/11/2005	Valor creditado: R\$ 4.813,97 (e-fl. 534)
28/10/2005	R\$ 7.100,00. Vencimento: 16/11/2005	Valor creditado: R\$ 6.980,32 (e-fl. 536)
09/11/2005	R\$ 4.200,00. Vencimento: 07/12/2005.	Valor creditado: R\$ 4.093,11 (e-fl. 538)
18/11/2005	R\$ 1.350,00 e R\$ 1.400,00 com vencimento, respectivamente, 06/12/2005 e 14/12/2005.	Valor creditado: R\$ 2.681,14 (e-fls. 540/541)
23/11/2005	-	Valor creditado: R\$ 4.831,11 (não juntou comprovante das alegações)

b) Notas Fiscais faturadas e tributadas no ano-calendário 2004 (regime de competência):

Data do Crédito	Operação	Valor do crédito
07/01/2005	Recebimento referente nota emitida e tributada em novembro de 2004 (2449), contra a empresa Frigorífico Novo Milênio.	Valor creditado: R\$ 21.500,00: Obs: juntou cópia Nota Fiscal nº 2499 - Simples faturamento - em 18/11/2004 - venda para entrega futura - contra a empresa Comercial Várzea Grande Ltda, no valor de R\$ 35.743,59 (e-fl. 542);
14/02/2005	Recebimento referente nota emitida e tributada em novembro de 2004 (2449 e 2450), contra a empresa Frigorífico Novo Milênio.	Valor creditado: R\$ 21.500,00 Obs: juntou cópia de Nota Fiscal nº 2450, faturada em 18/11/2004 - remessa de entrega futura - contra a empresa Comercial Várzea Grande Ltda, no valor de R\$ 17.000,99 (e-fl. 543);
17/02/2005	Recebimento referente nota emitida em outubro de 2004 (2437), contra a empresa Dornellas e Paulinelli Ltda	Valor creditado: R\$ 5.700,00. Obs: Juntou cópia da NF 2437, de 13/10/2004, no valor de R\$ 40.700,00, contra Dornellas e Paulinelli (e-fl. 544)
14/03/2005	Recebimento referente nota emitida em outubro de 2004 (2430), contra a empresa Dornellas e	Valor creditado: R\$ 1.500,00. Obs:

	Paulinelli Ltda	Juntou cópia da NF 2430, de 09/10/2004, no valor de R\$ 1.500,00, contra Dornellas e Paulinelli Ltda (e-fl. 545)
14/03/2005	Recebimento referente nota emitida em novembro de 2004 (2444), contra a empresa Dornellas e Paulinelli Ltda	Valor creditado: R\$ 1.323,00. Obs: Juntou cópia da NF 2444, de 08/11/2004, no valor de R\$ 2.255,00, contra Dornellas e Paulinelli Ltda (e-fl. 546)
14/03/2005	Recebimento referente nota novembro e dezembro de 2004 (2443 e 2458), contra a empresa Dornellas e Paulinelli Ltda	Valor creditado: R\$ 22.176,80,00. Obs: Juntou cópia da NF 2443, de 09/11/2004, no valor de R\$ 9.540,00, e NF nº 2458, de 02/12/2004, no valor de R\$ 9.600,00 contra Dornellas e Paulinelli Ltda (e-fls. 548/459).
14/03/2005	Recebimento referente nota emitida em novembro de 2004 (2437), contra a empresa Dornellas e Paulinelli Ltda (complemento de 17/02/2005)	Valor creditado: R\$ 35.000,00. Obs: Juntou cópia da NF 2443, de 13/10/2004, no valor de R\$ 40.700, contra Dornellas e Paulinelli Ltda (e-fl. 544 e 547).
06/10/2005	Adiantamento recebido nessa data, porém referente NF fatura nº 2622, de 2006. (valor tributável de competência 2006)	Valor creditado: R\$ 39.868,12. Obs: Juntou cópia da NF 2622, de 02/03/2006, no valor de R\$ 44.518,50, contra Frigorífico Rio Maria Ltda (e-fl. 550).

II – Exclusão da Contribuinte do Simples:

- que foi excluída do SIMPLES com efeito a partir de 01/01/2006, sob o argumento de que teria auferido no ano-calendário de 2005 receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00;

- que, caso o lançamento fiscal do IRPJ-Simples e reflexos do ano-calendário 2005, que apurou omissão de receitas, for julgado improcedente, não há que se falar em excesso de receita bruta nesse ano;

- que, caso se entenda a receita bruta apurada pelo lançamento fiscal = R\$ 1.716.907,63 para o ano-calendário 2005, admitindo tal situação a título de mera argumentação, ainda assim não é cabível a exclusão do Simples, pois o art. 9º, II, da Lei 9.317/96, fundamento da exclusão do Simples, foi alterado pela Lei nº 11.307/2006, elevando o limite de receita bruta para permanência nesse regime de R\$ 1.200.000,00 para R\$ 2.400.000,00 (conversão em Lei da MP 275/2005); que essa modificação de limite de receita bruta teria efeito a partir do ano-calendário 2005; que deve ser aplicado o disposto no art. 106, II, c, do CTN (retroatividade benigna para lançamento ainda não definitivamente julgado).

Por fim, com base nessas razões, a Recorrente pediu a reforma da decisão recorrida, para que se reconheça a improcedência do lançamento fiscal e, também, da exclusão do Simples.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos pressupostos para sua admissibilidade. Por conseguinte, dele conheço.

Conforme relatado, os autos tratam:

I – de crédito tributário do **ano-calendário 2005**, relativo aos autos de infração do IRPJ – Simples e reflexos (PIS-Simples, Cofins – Simples, CSLL – Simples, IPI – Simples e – Contribuição INSS – Simples), pela imputação das seguintes infrações:

a) Omissão de receitas - diferença entre as receitas apuradas com base em depósitos bancários não esriturados e de origem não comprovada e a receita bruta informada na declaração do Simples ;

b) Insuficiência de recolhimentos em relação a receita bruta informada na declaração do Simples (mundança de faixa de alíquotas, diferença de alíquota).

II – exclusão do Simples pelo Ato Declaratório Executivo da DRF/Uberaba – ADE nº 08/2009, de 26/02/2009, por violação ao disposto no art. 9º, II, da Lei nº 9.317/96, com efeito a partir de 01/01/2006, conforme arts. 14, I, e 15, IV, também, do citado diploma legal (e-fl. 491).

Nesta instância recursal, a Recorrente busca a reforma da decisão recorrida:

a) quanto ao lançamento de ofício do Simples do ano-caalendário 2005:

- suscitou preliminar de nulidade do lançamento fiscal por quebra do sigilo bancário pelo fisco sem autorização judicial e, no mérito, pugnando pela improcedência do lançamento fiscal, aduzindo questões de direito e de fato;

b) em relação à exclusão do Simples a partir de 01/01/2006:

- pediu a improcedência do ADE.

Primeiramente, passo a analisar a preliminar de nulidade suscitada.

LANÇAMENTO FISCAL. PRELIMINAR DE NULIDADE. VIOLAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO. EXTRATOS BANCÁRIOS OBTIDOS DE FORMA ILEGAL. VÍCIO NÃO CONFIGURADO. PRELIMINAR REJEITADA..

A Recorrente alegou que a fiscalização da RFB obteve os dados de movimentação financeira bancária sem ordem judicial; que tal situação configuraria quebra ilegal do sigilo bancário, por afrontar o art. 5º, incisos X e XII, da Carta Política da República. E que, por conseguinte, seria ilegal a prova utilizada pelo fisco para o lançamento fiscal -

extratos bancários das contas correntes bancárias fornecidos pela instituições financeiras, implicando a nulidade dos autos de infração lavrados/aplicados.

A preliminar de nulidade suscitada não merece prosperar.

Primeiro, a Contribuinte foi intimada pela fiscalização da RFB a fornecer, no prazo legal, os extratos bancários de suas contas correntes, poupança, e de todas as aplicações em instituições financeiras quanto ao ano-calendário 2005, porém não o fez.

Vale dizer, em **19/05/2008** (e-fl.114), a Contribuinte foi intimada – tomou ciência - para apresentação, em vinte dias a partir da ciência, de extratos bancários de suas contas correntes bancárias mantidas nas instituições financeiras discriminadas na intimação fiscal, expedida em 15/05/2008 (e-fl. 113).

Transcorrido o prazo dado e não fornecidos voluntariamente os extratos bancários das contas correntes bancárias pela Contribuinte, a partir de **13/06/2008** houve a emissão de RMF às instituições financeiras (intimação), para repasse dos dados de movimentação financeira bancária à fiscalização da RFB (e- fls. 115/116, 207/209, 305/307, 324/326 e 342/344).

Em face da RMF, as instituições financeiras forneceram os dados de movimentação financeira bancária da Recorrente do período solicitado pelo fisco (e-fls. 121/206, 210/231, 308/323, 327/341 e 345/348).

A obtenção dos dados de movimentação financeira bancária da Recorrente – colheita de provas -, dados repassados à fiscalização da RFB pelas instituições financeiras, mediante Requisição de Movimentação Financeira – RMF deu-se na forma da legislação de regência, ou seja, consoante Lei Complementar nº 105/2001 e Decreto nº 3.724/2001.

Reiterando: os dados de movimentação financeira bancária da Recorrente foram obtidos das Instituições Financeiras, na forma da legislação de regência, que dispensa autorização judicial, mediante emissão de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF, na forma do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, regulamentado pelo Decreto nº 3.724/2001 (art. 4º, § 6º).

A instância administrativa não é o fórum adequado para apreciação da alegação de suposta inconstitucionalidade ou ilegalidade das leis mencionadas anteriormente, por conta de pretensos vícios formais ou materiais na elaboração desses diplomas legais. O conhecimento e enfrentamento, no mérito, dessa arguição é monopólio ou competência da jurisdição judicial.

Os órgãos de julgamento administrativo não têm competência para apreciar a ilegalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Nesse sentido, a matéria, por ser pacífica, já está sumulada neste Egrégio Conselho:

Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

No âmbito administrativo, aplica-se a legislação conforme editada pelo Poder Público, pois ela tem presunção de legitimidade, legalidade e constitucionalidade, até que se prove o contrário na esfera judicial.

Sendo assim, no Processo Administrativo Fiscal há tão somente controle de legalidade do ato administrativo de lançamento (verificação se foi produzido, se foi aplicada a legislação de regência conforme editada pelo Poder Público), e não há, por conseguinte, controle de legalidade de lei.

Apenas para argumentar, tecnicamente o acesso direto à movimentação financeira das contas bancárias do sujeito passivo pelo fisco não constitui quebra do sigilo bancário, em face do art. 6º da LC 105/2001 e dos arts. 195 e 197, II, do CTN, mas mera transferência de dados pelas instituições financeiras, pois contra o fisco inexistente sigilo bancário, desde que haja procedimento fiscal instaurado, em curso, contra o cliente-contribuinte e indícios de movimentação financeira à margem das escrituração fiscal e contábil, como no caso: depósitos bancários não registrados na escrituração contábil/fiscal.

O acesso às contas bancárias do cliente-contribuinte de que tratam os citados diplomas legais está regulamentado pelo Decreto 3.724/2001.

Na situação sob exame neste autos, a requisição, o acesso e o uso dos dados relativos à movimentação financeira, das contas bancárias do sujeito passivo, deu-se na forma da legislação de regência.

Logo, não há que se falar em quebra de sigilo bancário e da necessidade de decisão ou autorização judicial, no caso.

O sigilo bancário não é um direito absoluto, é um direito relativo.

A propósito, há precedentes jurisprudenciais do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF/4ª Região), do TRF/3ª Região, e do Superior Tribunal de Justiça - STJ, o qual é guardião da norma infraconstitucional, reconhecendo a legalidade da legislação de regência do acesso do fisco aos dados de movimentação financeira bancária dos contribuinte, mediante RMF dirigida às instituições financeiras, dispensada autorização judicial.

Quanto à decisão do TRF/4ª Região, transcrevemos a ementa do Acórdão da 1ª Turma, de 02/05/2002, *verbis*:

“TRIBUTÁRIO. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. LC nº 105/01. PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO. QUEBRA DE SIGILO. INOCORRÊNCIA.

1. A Lei nº 10.174/01, que deu nova redação ao § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311, permitindo o cruzamento de informações relativas à CPMF para a constituição de crédito tributário pertinente a outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, disciplina o procedimento de fiscalização em si, e não os fatos econômicos investigados, de forma que os procedimentos iniciados ou em curso a partir de janeiro 2001 poderão valer-se dessas informações, inclusive para alcançar fatos geradores pretéritos, (CTN, art. 144, § 1º). Trata-se de

aplicação imediata da norma, não se podendo falar em retroatividade.

2. O art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724/01, autoriza a autoridade fiscal a requisitar informações acerca da movimentação financeira do contribuinte, desde que já instaurado o procedimento de fiscalização e o exame dos documentos seja indispensáveis à instrução, preservado o caráter sigiloso da informação.

3. O acesso a informações junto a instituições financeiras, para fins de apuração de ilícito fiscal, não configura ofensa ao princípio da inviolabilidade do sigilo bancário, desde que cumpridas as formalidades exigidas pela Lei Complementar nº 105/01 e pelo Decreto nº 3.724/01” (Ac. 1ª Turma do TRF da 4ª R – mv – ag 2002.04.01.003040-0/PR – Rel. Des. Fed. Maria Lúcia Luz Leiria – j 02.05.02 – Agte.: Joaquim Costa; Agdas.: União Federal/Fazenda Nacional – DJU 2 05.06.02, p 164.)

No que concerne ao TRF/3ª Região, transcrevemos a seguinte ementa da Sexta Turma, Juíza Consuelo Yoshida, DJU de 25/11/2002, pág. 603, *verbis*:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. IRRETOATIVIDADE DA LEI. CONSTITUCIONALIDADE.

1. O alegado SIGILO bancário não pode ser interpretado como direito absoluto, desvinculado de outras garantias constitucionais, havendo de compatibilizar-se, pois, com os demais princípios, voltados à consecução do interesse público.

2.É plenamente legítimo que a AUTORIDADE competente (Fisco), uma vez detectados indícios de falhas, incorreções, omissões, ou de cometimento de ilícito FISCAL, requisite as informações e documentos de que necessita para consecução de seu dever legal de constituir crédito tributário.

3. Não há que se falar em ofensa ao princípio da irretroatividade da lei tributária, porquanto a Lei Complementar nº 105/01, bem como a Lei nº 10.174/01 não criaram novas hipóteses de incidência, a albergar fatos econômicos pretéritos, mas apenas dotaram a Administração Tributária de instrumentos legais aptos a promover a agilização e o aperfeiçoamento dos procedimentos fiscais.

4.Precedentes desta Turma.

5. Apelação improvida.

Quanto ao Superior Tribunal de Justiça - STJ, há vários precedentes, cujas ementas transcrevemos a seguir, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL ALÍNEA 'A'. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENDIDA SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE TERMO DE PROCEDIMENTO FISCAL. REQUERIMENTO DE INFORMAÇÕES AO CONTRIBUINTE RELATIVAS AO ANO-BASE DE 1998, A PARTIR DE DADOS INFORMADOS PELOS BANCOS À SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL SOBRE A CPMF. PRETENDIDA COBRANÇA DE CRÉDITOS RELATIVOS A OUTROS TRIBUTOS. ARTIGO 6º DA LC 105/01 E 11, § 3º, DA LEI N. 9.311/96, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 10.174/01. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO RETROATIVA. EXEGESE DO ART. 144, § 1º, DO CTN.

À luz do que dispõe o artigo 144, § 1º, do CTN, infere-se que as normas tributárias que estabeleçam 'novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas', aplicam-se ao lançamento do tributo, mesmo que relativas a fato gerador ocorrido antes de sua entrada em vigor.

Diversamente, as normas que descrevem os elementos do tributo, de natureza material, somente são aplicáveis aos fatos geradores ocorridos após o início de sua vigência (cf. "Código Tributaria Nacional Comentado"). Vladmir Passos de Freitas (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 566).

Nesse contexto, forçoso reconhecer que os dispositivos (arts. 6º da LC n. 105/01 e 11, § 3º, da Lei n. 9.311/96, na redação dada pela lei n. 10.174/01) que autorizam a utilização dos dados da CPMP pelo Fisco para a apuração de eventuais créditos tributários relativos a outros tributos são normas adjetivas ou meramente procedimentais, acerca das quais não prevalece a irretroatividade defendida pelo v. acórdão da Corte a quo.

É de se observar, tão-somente, o prazo de que dispõe a Fazenda Nacional para constituição do crédito tributaria. Tanto o art. 6º da Lei Complementar 105/2001, quanto o art. 1º da Lei 10.174/2001, por ostentarem natureza de normas tributárias procedimentais, são submetidas ao regime intertemporal do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, permitindo sua aplicação, utilizando-se de informações obtidas anteriormente à sua vigência' (REsp 506.232/PR, Relator Min. Luiz Fux, DJU 16/02/2004). No mesmo sentido: REsp 479.201/SC, Relator Min. Francisco Falcão, DJU 24/05/2004. Recurso especial provido para denegar a segurança requerida" (Segunda Turma - REsp 505.493/PR, Rei. Min. Franciulli Netto, DJU de 08.11.04);

TRIBUTÁRIO. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL APLICAÇÃO INTERTEMPORAL. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. RETROATIVIDADE PERMITIDA PELO ART. 144, § 1º DO CTN.

1. O resguardo de informações bancárias era regido, ao tempo dos fatos que permeiam a presente demanda (ano de 1998), pela

Lei 4.595/64, reguladora do Sistema Financeiro Nacional, e que foi recepcionada pelo art. 192 da Constituição Federal com força de lei complementar, ante a ausência de norma regulamentadora desse dispositivo, até o advento da Lei Complementar 105/2001.

2. O art. 38 da Lei 4.595/64, revogado pela Lei Complementar 105/2001, previa a possibilidade de quebra do sigilo bancário apenas por decisão judicial.

3. Com o advento da Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF, as instituições financeiras responsáveis pela retenção da referida contribuição, ficaram obrigadas a prestar à Secretaria da Receita Federal informações a respeito da identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações bancárias, sendo vedado, a teor do que preceituava o § 3º da art. 11 da mencionada lei, a utilização dessas informações para a constituição de crédito referente a outros tributos.

4. A possibilidade de quebra do sigilo bancário também foi objeto de alteração legislativa, levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001, cujo art. 6º dispõe; "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."

5. A teor do que dispõe o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao passo que as leis de natureza material só alcançam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.

6. Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por envolver natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos.

7. A exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência.

8. Inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do

lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal.

9. Recurso Especial desprovido, para manter o acórdão recorrido" (Primeira Turma - REsp 685.708/ES, Rei. Min. Luiz Fux, DJU de 20.06.05).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DEFICIÊNCIA RECURSAL. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. ARTIGO 6º DA LC 105/01 E 11, § 3º DA LEI Nº 9.311/96, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.174/2001. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 144, § 1º DO CTN.

1. Não enseja conhecimento a pretensão recursal sem a indicação do dispositivo de lei federal tido como violado e sem a exposição dos motivos pelos quais pugna pela reforma do julgado, ante o disposto na Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

2. O artigo 38 da Lei nº 4.595/64 que autorizava a quebra de sigilo bancário somente por meio de requerimento judicial foi revogado pela Lei Complementar nº 105/2001.

3. A Lei nº 9.311/96 instituiu a CPMF e no § 2º do artigo 11, determinou que as instituições financeiras responsáveis pela retenção dessa contribuição prestassem informações à Secretaria da Receita Federal, especificamente, sobre a identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações efetuadas, vedando, contudo, no seu § 3º a utilização desses dados para constituição do crédito relativo a outras contribuições ou impostos.

4. A Lei 10.174/2001 revogou o § 3º do artigo 11 da Lei nº 9.311/91, permitindo a utilização das informações prestadas para a instauração de procedimento administrativo-fiscal a fim de possibilitar a cobrança de eventuais créditos tributários referentes a outros tributos.

5. Outra alteração legislativa, dispondo sobre a possibilidade de sigilo bancário, foi veiculada pela o artigo 6º da Lei Complementar 105/2001.

6. O artigo 144, § 1º do CTN prevê que as normas tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao contrário daquelas de natureza material que somente alcançariam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.

7. Os dispositivos que autorizam a utilização de dados da CPMF pelo Fisco para apuração de eventuais créditos tributários referentes a outros tributos são normas procedimentais e por essa razão não se submetem ao princípio da irretroatividade das

leis, ou seja, incidem de imediato, ainda que relativas a fato gerador ocorrido antes de sua entrada em vigor. Precedentes.

8. Ressalvado o prazo que dispõe a Fazenda Nacional para a constituição do crédito tributário.

9. Recurso especial conhecido em parte e provido. RECURSO ESPECIAL Nº 757.956 - RS (2005/0095707-4), RELATOR: MINISTRO CASTRO MEIRA, 2ª Turma.

Destarte, a requisição, o acesso e o uso dos dados relativos à movimentação financeira das contas bancárias do sujeito passivo, deu-se em consonância com a legislação de regência. De modo que não há que se cogitar de utilização de prova ilícita. Ou seja, as provas utilizadas – extratos bancários da Contribuinte – foram obtidas de forma lícita.

Por tudo que foi exposto, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento fiscal pela inexistência do vício alegado.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Nas razões do recurso, a Recorrente, em relação à infração imputada omissão de receitas – depósitos bancários de origem comprovada -, objetou:

a) matéria de direito:

- que depósitos bancários a crédito, por si só, não autorizam o lançamento efetuado, ou seja, a imputação da infração omissão de receitas; não constituem fato gerador do imposto de renda; não **caracterizam disponibilidade de renda e proventos, e não caracterizam sinais exteriores de riqueza;**

- que é imprescindível a comprovação pelo fisco da utilização dos valores depositados como renda consumida;

- que o lançamento teve como fundamento único a existência dos depósitos bancários (extratos bancários);

- que o ônus probatório da infração omissão de receitas é do fisco, conforme Súmula 182 do TFR (extinto Tribunal Federal de Recursos).

b) matéria de fato:

- que há parcelas de depósitos em conta corrente que ainda não foram subtraídas, expurgadas do valor tributável da infração imputada omissão de receitas, como:

(i) depósitos bancários a crédito que decorreram de títulos descontados (duplicatas e cheques) e que nada mais são do que operações de empréstimos (relação de operações já transcrita no relatório);

(ii) notas fiscais faturadas e tributadas no ano-calendário 2004 (regime de competência), conforme relação já transcrita no relatório;

(iii) adiantamento recebido/creditado de R\$ 39.868,50, referente NF fatura nº 2622, de 2006 (valor tributável da competência 2006). Obs: Juntou cópia da NF de saída nº 2622, de 02/03/2006, valor total da operação: R\$ 44.518,50, emitida contra Frigorífico Rio Maria Ltda (e-fl. 550).

A irresignação da Recorrente, aduzindo matéria de direito e de fato contra a imputação da infração Omissão de Receitas, não merece prosperar.

Identificados, arrolados pelo fisco, os depósitos a crédito nas contas correntes bancárias, a Recorrente tomou ciência de intimação fiscal em 26/08/2008 (e-fl. 355) para fazer a comprovação da origem dos valores creditados/depositados em suas contas correntes bancárias (Lei 9.430/96, art. 42), conforme relação anexa ao Termo de Intimação, de 22/08/2008 (e-fls.351/355).

Pelo fato da Contribuinte manter-se silente, ter deixado transcorrer o citado prazo *in albis*, houve a reintimação da Contribuinte, ciência em 17/11/2008 (e-fl. 362), para comprovação da origem dos depósitos a crédito em suas contas correntes bancárias, conforme relação anexa ao Termo de Reintimação de 13/11/2008 (e-fls.358/362).

Vale dizer, à luz do disposto no art. 42, § 3º, da Lei nº 9.430/96, a Contribuinte foi intimada e reintimada a comprovar a origem de todos os créditos ingressados em suas contas correntes bancárias quanto ao ano-calendário 2005, conforme Termo de Intimação fiscal, de 22/08/2008 (e-fls. 351/355) e Termo de Reintimação Fiscal, de 13/11/2008 (e-fls. 358/362), *in verbis*:

(...)

I- Comprovar a origem dos valores creditados/depositados em suas contas-corrente, conforme relação em anexo. (...)

(...)

A não comprovação da origem dos recursos utilizados nas operações de créditos relacionados neste termo, na forma e prazo estabelecidos, ensejará lançamento de ofício, a título de omissão de receita ou de rendimento, nos termos do artigo 849 do RIR/99, sem prejuízo de outras sanções legais que couberem.

(...)

O art. 849 do RIR/99 tem como matriz legal o art. 42 da Lei 9.430/96, já transcrito acima.

Embora intimada e reintimada, a Contribuinte durante o procedimento de fiscalização não conseguiu comprovar a origem dos depósitos a crédito em sua contas correntes bancárias, no montante de R\$ 1.716.907,63, conforme Relatório Fiscal, parte integrante do lançamento fiscal (e-fls.402/404), *in verbis*:

(...)

Diante dos fatos relatados, foram consolidados mensalmente na planilha de fls. 346 a 348, os depósitos bancários não comprovados, efetuados em contas-corrente de titularidade do

contribuinte mantidos junto às instituições financeiras, perfazendo a importância de R\$ 1.716.907,63, já deduzidos aqueles relacionados na planilha de fls. 345, contantes das relações anexas aos Termos de Intimação Fiscal de fls. 300 e 301, no montante de R\$ 61.280,55, tendo em vista tratarem-se de depósitos bancários estornados.

Procedida à consolidação dos depósitos bancários não comprovados no montante de R\$ 1.716.907,63 (fls. 346 a 348), os mesmos foram confrontados com a receita bruta declarada/escriturada no montante de R\$ 43.798,44 (fls. 349), resultando nas diferenças de base de cálculo do imposto Simples no total de R\$ 1.673.109,19, a título de omissão de receitas apurada com base em depósitos bancários não comprovados, cujo crédito tributário é constituído no presente Auto de Infração, com fulcro no art. 42 da Lei n.º 9.430/96.

(...)

Como visto, diversamente do alegado pela Recorrente, a infração “Omissão de Receitas – Depósitos Bancários Não Escriturados e de Origem Não Comprovada” não decorreu tão somente da análise dos Extratos Bancários do ano-calendário 2005; decorreu, também, da análise da escrituração contábil/fiscal, da declaração do Simples do ano-calendário 2005, e dos Extratos Bancários desse ano-calendário.

Destarte, o valor tributável da infração Omissão de Receitas apurada para o ano-calendário 2005 é de **R\$ 1.673.109,19, que corresponde**, justamente, à diferença entre os valores depositados a crédito nas contas correntes bancárias de origem não comprovada R\$ 1.716.907,63 e o valor de receita bruta informado ao fisco na declaração do Simples desse ano-calendário, ou seja, R\$ 43.798,44.

Diversamente do entendimento da Recorrente, não comprovada a origem dos depósitos bancários a crédito em suas contas correntes, a fiscalização, por presunção legal, pode imputar, sim, e imputou realmente a infração Omissão de Receitas – Depósitos Bancários de Origem Não Comprovada (Lei nº 9.430/96, art. 42).

Vale dizer: o fisco pode presumir a omissão de receitas (no caso de depósitos bancários não registrados na escrituração contábil/fiscal e de origem não comprovada) quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprove através de documentos hábeis e idôneos a origem dos depósitos a crédito em suas contas bancárias, uma vez que não mais se aplica a Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos e, também, não se aplicam os precedentes jurisprudenciais invocados, administrativos ou judiciais, pois calcados em legislação revogada.

No caso, a Omissão de Receitas apurada pela fisco decorreu, sim, de presunção legal (Lei nº 9.430/96, art. 42).

O art. 42 da Lei nº 9.430/96, estatui, *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.

(...)

A presunção legal de Omissão de Receitas, sem dúvida, apoia-se em prova indireta.

Ou seja, a partir do fato indiciário – depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada (fato conhecido), presume-se a ocorrência de Omissão de Receitas – receitas à margem da tributação (fato probando, fato presumido).

Para o fisco imputar a omissão de receitas (fato probando), basta que comprove a ocorrência do fato indiciário (fato conhecido).

No caso, o fisco comprovou, nos presentes autos, a ocorrência do fato indiciário (fato conhecido), pois:

a) apurou que na escrituração contábil/fiscal da recorrente não constam registrados os depósitos bancários do ano-calendário 2005;

b) juntou cópias dos extratos bancários que comprovam a existência dos depósitos (movimentação de recursos a crédito na contas correntes bancárias da Recorrente) à revelia da escrituração contábil/fiscal

c) intimou a Contribuinte para comprovar a origem dos depósitos bancários não registrados na sua escrituração contábil/fiscal; porém, ela (Contribuinte) não se desincumbiu-se desse ônus probatório.

Portanto, como já dito, o fisco comprovou o fato indiciário (fato conhecido) que autoriza, por presunção legal, a imputação da infração “Omissão de Receitas”

Ainda, a presunção legal do art. 42 da Lei nº 9.430/92, como é cediço, implica inversão do ônus da prova.

Cabe à Contribuinte comprovar a inexistência de omissão de receitas.

Ou seja: a presunção legal de Omissão de Receitas tem caráter relativo; pode ser afastada, elidida, pela contribuinte mediante produção de prova idônea, cabal, de inexistência da Omissão de Receitas.

A Recorrente alegou, ainda, que imputação de Omissão de Receitas com base em depósitos bancários seria ilegal e ilegítima, em face da Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos - TFR e que a fiscalização, também, não demonstrara o consumo de renda, nem sinais exteriores de riqueza; que falta comprovação de liame entre a receita omitida e renda consumida ou sinais exteriores de riqueza.

O raciocínio da Recorrente está totalmente equivocado, pois está ancorado em legislação revogada e a citada Súmula do TFR, erigida com base em legislação anterior, não é aplicável, na situação dos autos.

Isso porque existem duas realidades distintas no que se refere ao uso da movimentação financeira para a caracterização da omissão de receitas, sendo uma com base no art. 6º, § 5º, da Lei nº 8.021/1990 (dispositivo revogado pela Lei n. 9.430/96), e a outra com base no art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

Vejamos:

Lei nº 8.021/1990

"Art. 6º. O lançamento de ofício, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando-se os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza.

(...)

§ 5º - O arbitramento poderá ainda ser efetuado com base em depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações."[revogado]

Lei nº 9.430/1996

"Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantido 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

Com base nos dispositivos acima transcritos, verifica-se que o que distingue uma realidade da outra é que a partir de 01/01/1997 — entrada em vigor da Lei nº 9.430/96 -, a existência de depósitos bancários não escriturados ou de origem não comprovada tornou-se uma nova hipótese legal de presunção de omissão de receitas, que veio a se juntar as outras já existentes no ordenamento jurídico, sendo que, a partir daí, atenuou-se a carga probatória atribuída ao fisco, que precisa apenas demonstrar a existência de depósitos bancários não escriturados ou de origem não comprovada para satisfazer o *onus probandi* a seu cargo.

Antes, tal previsão para depósitos bancários inexistia e, com isso, o fisco necessitava, nos estritos termos do art. 6º, caput, e § 5º, da Lei nº 8.021/1990, não apenas constatar a existência dos depósitos bancários, mas estabelecer uma conexão, um nexo causal, entre tais depósitos e alguma exteriorização de riqueza e/ou operação concreta do sujeito passivo que pudesse dar ensejo à omissão de receitas.

O fato é que, após a edição da Lei nº 9.430/1996, a movimentação financeira bancária, mantida ao largo da escrituração contábil/fiscal da empresa ou sem comprovação da origem, presume-se realizada com valores omitidos à tributação, salvo prova em contrário, e não mais se aplicando, portanto, o entendimento exarado na Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Para fatos geradores a partir de 1º/01/1997, no tocante à omissão de rendimentos/receitas, com base em depósitos bancários de origem não comprovada, tem vigência única e plenamente o art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

Não há que se falar em sinais exteriores de riqueza ou prova do consumo da renda para tributar depósitos bancários a crédito e de origem não comprovada do contribuinte, conforme matéria já sumulada neste CARF:

Súmula CARF nº 26:

A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.

O depósito bancário não escriturado ou de origem não comprovada é, por conseguinte, rendimento tributável pelo imposto de renda, por presunção legal.

Esse entendimento encontra-se pacificado no âmbito deste Conselho de Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Nesse sentido, transcrevo a seguir precedentes jurisprudenciais deste CARF:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Exercício: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITAS.

Caracterizam omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantidos junto à instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.(Acórdão nº 108-09.836, sessão de 05 de fevereiro de 2009, Relatora Valéria Cabral Géo Verçoza).

ASSUNTO: IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA Ano-calendário: 2002 a 2004 Ementa: IRPJ — DEPÓSITOS BANCÁRIOS — OMISSÃO DE RECEITAS - PRESUNÇÃO LEGAL - Caracterizam como omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.(Acórdão nº 101-97.116, sessão de 05 de fevereiro de 2009, Relator Valmir Sandri).

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE — SIMPLES Exercício: 2003, 2004 Ementa: OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA —PROCEDÊNCIA - Caracterizam omissão de receita 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 comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

ÔNUS DA PROVA - PRESUNÇÃO LEGAL - Em se tratando de presunção legal, cabe ao Fisco a prova do fato indiciário. Ao contribuinte incumbe provar que o fato indiciário não leva, em

seu caso concreto, ao fato presumido por lei. Esse ônus não pode ser transferido pelo contribuinte à Administração Tributária.(Acórdão nº 105-17.369, sessão de 17 de dezembro de 2008, Relator Waldir Veiga Rocha).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF Exercício. 2000, 2001, 2002 OMISSÃO DE RENDIMENTO. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ARTIGO 42 DA LEI Nº 9.430, DE 1996.

A presunção legal de omissão de receitas, prevista no art. 42, da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza o lançamento com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

ÔNUS DA PROVA.

Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários.(Acórdão nº 102-49.393, sessão de 06 de novembro de 2008. Relatora Núbia Matos Moura).

Assunto: SIMPLES NACIONAL EXERCÍCIO: 2004, 2005
Ementa: PRESUNÇÃO LEGAL - OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - ARTIGO 42, DA LEI Nº. 9.430, DE 1996 - Caracteriza omissão de rendimentos a existência de 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 comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS - DO ÔNUS DA PROVA - As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei.(Acórdão nº 195-0.088, sessão 09 de dezembro de 2008, Relator Benedicto Celso Benicio Junior).

OMISSÃO DE RECEITAS DEPÓSITOS BANCÁRIOS: Caracteriza-se como omissão de receita os depósitos bancários feitos em nome de interposta pessoa quando as pessoas envolvidas devidamente intimadas não comprovem a origem em renda ou receita. A proporcionalização de acordo com a receita declarada de cada pessoa jurídica que movimentou recursos nas contas não macula o lançamento, pois demonstra a aplicação da prudência da lógica e coerência por parte da fiscalização. (AC. CSRF nº 01-05.643, sessão de 27 de março de 2007, Redator designado José Cóvis Alves)

Ainda, não há conflito entre o art. 42 da Lei nº 9.430/96, que presume como rendimento omitido os valores creditados em conta de depósitos para os quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprove sua origem, e os arts. 43 e 44 do Código Tributário Nacional que definem o fato gerador do imposto de renda – IR e o conceito de renda.

Apenas para argumentar, eventual antinomia, em tese, entre as normas citadas somente poderia ser resolvida no âmbito de declaração de inconstitucionalidade das normas pelo Poder Judiciário, falecendo competência ao CARF para tanto, conforme matéria já sumulada:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Quanto à matéria de fato, diversamente do que pretende a Recorrente, não há parcelas para serem excluídas do valor tributável de **R\$ 1.673.109,19 da infração Omissão de Receitas do ano-calendário 2005**, pois já foram excluídas/expurgadas pela fiscalização, conforme **Informação Fiscal** (e-fls. 402/404), parte integrante dos autos de infração, que transcrevo a seguir:

(...)

Conforme Consta da Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - SIMPLES, o contribuinte optou pelo critério de reconhecimento das receitas no regime de caixa; (fls. 323).

O cotejamento das receitas escrituradas no Livro Caixa (fls. 96 a 107) com as declaradas na Declaração Simplificada PJ - SIMPLES (fls. 323 a 340), ano-calendário 2005, não evidenciaram divergências em relação às receitas auferidas.

Entretanto, no confronto com as informações relativas à movimentação financeira do contribuinte no ano de 2005, conforme informado pelas Instituições Financeiras nas Declarações da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira - DCPMF, foram detectadas discrepâncias entre o montante dos recursos financeiros movimentados e os rendimentos declarados.

Forçoso portanto a inclusão na presente ação fiscal, da operação Movimentação Financeira Incompatível com Receita Declarada.

(...)

Assim, foi lavrado Termo de Intimação Fiscal em 15/05/2008 (fls. 114), cuja ciência se deu via postal, por Aviso de Recebimento (AR), em 19/05/2008 (fls. 115), solicitando ao contribuinte a apresentação no prazo de vinte dias, dos extratos bancários relativos à movimentação de recursos em instituições financeiras no ano de 2005.

Transcorrido o prazo concedido no Termo de Intimação Fiscal, o contribuinte não apresentou qualquer resposta, tornando-se indispensável, portanto, a expedição de Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) destinadas

ao Banco Bradesco S/A, Banco do Brasil S/A, Banco Itaú S/A, HSBC Bank Brasil S/A e Unibanco-União de Bancos Brasileiros S/A, junto aos quais o sujeito passivo movimentou recursos financeiros no ano de 2005 (fls. 119 a 121, 166 a 168, 255 a 257, 274 a 276 e 290 a 292).

As instituições financeiras atenderam regularmente às requisições, conforme extratos bancários juntados às fls. 127 a 165, 171 a 172, 265 a 271, 287 a 289 e 296.

De posse dos referidos documentos, procedeu-se à análise dos mesmos, excluindo para fins de comprovação da origem dos recursos creditados, dentre os depósitos e/ou créditos bancários, aqueles decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa jurídica, os empréstimos bancários, as devoluções de cheques, os estornos de débitos, rendimentos/resgates de aplicações financeiras, etc.

Consolidados e devidamente filtrados os extratos bancários fornecidos pelas instituições financeiras, foi lavrado em 22/08/2008, Termo de Intimação Fiscal, acompanhado da relação de depósitos e/ou créditos a examinar/comprovar (fls. 299 a 302), cuja ciência foi dada via postal, por Aviso de Recebimento (AR), em 26/08/2008 (fls. 303), intimando-o a comprovar mediante apresentação de documentos hábeis e idôneos, a origem de todos os depósitos e/ou créditos ali relacionados, movimentados nas contas-correntes especificadas.

De posse dos referidos documentos, procedeu-se à análise dos mesmos, excluindo para fins de comprovação da origem dos recursos creditados, dentre os depósitos e/ou créditos bancários, aqueles decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa jurídica, os empréstimos bancários, as devoluções de cheques, os estornos de débitos, rendimentos/resgates de aplicações financeiras, etc.

Transcorrido o prazo de vinte dias concedido no Termo de Intimação Fiscal, o contribuinte não se manifestou, sendo portanto reintimado a comprovar a origem dos recursos depositados/creditados em suas contas-corrente no prazo de cinco dias, conforme Termo de Reintimação Fiscal lavrado em 13/11/2008 (fls. 306 a 309), cuja ciência foi dada via postal, por Aviso de Recebimento (AR) em 17/11/2008 (fls.310) .

Em 17/12/2008, o contribuinte presta esclarecimentos relativos a parte dos depósitos bancários, esclarecimentos estes que remetem às suas atividades operacionais, tais como depósitos/transferências relativos às vendas, duplicatas emitidas e descontos de cheques (fls. 311 a 320).

As informações prestadas pelo sujeito passivo foram consolidadas na planilha de fls. 342 a 343, ficando evidenciado a falta de apresentação de documentação comprobatória da origem dos recursos em relação à maioria das alegações.

No que diz respeito aos argumentos para os quais foram apresentados documentos no intuito de comprovar a origem dos recursos creditados em conta-corrente, verifica-se uma incongruência entre os montantes dos recursos creditados e os valores constantes dos documentos apresentados, sendo que pelo menos um deles não se refere a operação de venda, mas sim de simples remessa de mercadorias (Nota Fiscal 002444, de 08/11/2004 - fls. 320).

Portanto, os esclarecimentos prestados não alteram a base de cálculo do crédito tributário ora constituído.

Por outro lado, devem ser desconsiderados para fins de constituição do crédito tributário com base em depósitos bancários não comprovados, os depósitos relacionados na planilha de fls. 345, no montante de R\$ 61.280,55, tendo em vista tratarem-se de créditos em conta-corrente posteriormente estornados, conforme atestam os extratos bancários às fls. 145, 147, 147-verso, 153-verso e 154. Importante observar, inclusive em relação às alegações apresentadas pelo sujeito passivo (fls. 311 a 320), que para fins de constituição do crédito tributário, todas as movimentações de recursos financeiros relativas às receitas de vendas devidamente escrituradas e declaradas, devem ser excluídas do montante global dos depósitos/créditos em suas contas-corrente bancárias, conforme demonstrativo de fls. 349.

*Diante dos fatos relatados, foram consolidados mensalmente na planilha de fls. 346 a 348, os depósitos bancários não comprovados efetuados em contas-corrente de titularidade do contribuinte mantidas junto às instituições financeiras, perfazendo a importância de **R\$ 1.716.907,63**, já deduzidos aqueles relacionados na planilha de fls. 345, contantes das relações anexas aos Termos de Intimação Fiscal de fls. 300 e 301, no montante de R\$ 61.280,55, tendo em vista tratarem-se de depósitos bancários estornados.*

*Procedida à consolidação dos depósitos bancários não comprovados no montante de R\$ 1.716.907,63 (fls. 346 a 348), os mesmos foram confrontados com a receita bruta declarada/escriturada no montante de R\$ 43.798,44 (fls. 349), resultando nas diferenças de base de cálculo do imposto Simples no total de **R\$ 1.673.109,19**, a título de omissão de receitas apurada com base em depósitos bancários não comprovados, cujo crédito tributário é constituído no presente Auto de Infração, com fulcro no art. 42 da Lei n.º 9.430/96.*

(...)

As questões de fato aduzidas nas razões do recurso já, inclusive, foram suscitadas e enfrentadas, no mérito, pela decisão recorrida.

A propósito, transcrevo a fundamentação do voto condutor da decisão recorrida (e-fls. 598/599) e que, também, adoto como razão de decidir, *in verbis*:

(...)

Quantos aos depósitos apontados pela impugnante como se tratando de empréstimos, estes são na verdade adiantamento de valores colocados em cobrança, portanto receitas que deveriam ter sido contabilizadas pela empresa. Como não foram oferecidos à tributação, a eles se aplica o previsto no § 2º do mesmo artigo 42 acima citado que determina que "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".

Assim, correta sua inclusão na base de cálculo dos tributos.

Cumpra registrar que na Declaração Simplificada referente ao exercício 2006, ano-calendário 2005 entregue em 30/05/2006, a empresa informa que optou pelo regime de caixa para reconhecimento das receitas (fl. 323). Portanto não pode ser acolhida a alegação de que "outros valores equivocadamente colocados como receita do impugnante no ano de 2005, foram depósitos referente a pagamento de notas faturadas e tributadas no ano de 2004, vez que a empresa não faz sua tributação pelo regime de competência".

O mesmo se aplica à nota fiscal nº 2622, que, embora emitida em 2006, parte do seu valor (R\$ 39.868,12) foi recebido pela autuada no ano de 2005, como ela própria reconhece.

(...)

Nesta instância recursal, a Recorrente não trouxe, não juntou outras provas aos autos, ou seja, não comprovou que sua escrituração seria pelo regime de competência, pois na declaração do Simples do ano-calendário 2005 informou que sua escrituração segue o regime de Caixa; logo todas os ingressos de valores ocorridos no ano-calendário/2005 são receitas desse ano-calendário.

Quantos aos depósitos apontados pela impugnante como se tratando de empréstimos, na verdade são adiantamento de valores colocados em cobrança; portanto, são receitas da empresa, incabível o pretendido expurgo a título de empréstimos.

Quanto aos cheques depositados que seriam da própria empresa não comprovou o alegado (não juntou cópia dos cheques).

À luz do art. 333, II, do Código de Processo Civil - CPC, é ônus do réu, do sujeito passivo, a comprovação de fatos impeditivos, modificativos extintivos do fato constitutivo do direito do fisco.

Portanto, deve ser mantida a infração "Omissão de Receitas" e, por conseguinte, a infração reflexa "Diferença de Recolhimento" acerca da receita bruta informada na declaração do Simples.

Não cabe fazer reparo à decisão recorrida, que dever ser mantida.

LANÇAMENTOS REFLEXOS: PIS-SIMPLES, COFINS-SIMPLES, IPI-SIMPLES, INSS-SIMPLES E CSLL – SIMPLES:

Tratando-se de lançamentos decorrentes, a decisão prolatada no lançamento matriz (IRPJ - Simples) é aplicável, no que couber, aos decorrentes, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula, inexistindo razão de fato e direito para decidir diversamente.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. LEGISLAÇÃO APLICADA. VIGENTE NA DATA DO FATO GERADOR. EFEITO REFLEXO DA INFRAÇÃO OMISSÃO DE RECEITAS.

A Contribuinte foi excluída do SIMPLES com efeito a partir de 01/01/2006, pois extrapolou, no ano-calendário 2005, o limite superior de receita bruta para permanecer no Simples. Auferiu, no ano-calendário 2005, receita superior a R\$ 1.200.000,00.

A Recorrente alegou que não caberia sua exclusão do Simples, uma vez que o art. 9º, II, da Lei 9.317/96, fundamento da exclusão do Simples, foi alterado pela Lei nº 11.307/2006, elevando o limite de receita bruta para permanência nesse regime de tributação de R\$ 1.200.000,00 para R\$ 2.400.000,00 (conversão em Lei da MP 275/2005).

Não assiste razão à Recorrente.

A elevação do limite de receita bruta do Simples pela Lei nº 11.307/2006 passou a vigor a partir de 01/01/2006, e não para o ano-calendário 2005 objeto da autuação.

Aplica-se a legislação vigente na data do fato gerador, ainda que posteriormente revogada ou modificada (CTN, art.144).

A elevação do limite de receita bruta do Simples é um benefício fiscal, e não penalidade, logo inaplicável o art. 106, II, c, do CTN.

Ainda, em consonância com o art.144 do CTN, foi aplicada corretamente a legislação do SIMPLES vigente na data da infração (fato gerador) – ano-calendário 2005 – Lei nº 9.317/96, com alteração de redação da Lei nº 9.732/98, cujo limite máximo de receita bruta anual para figurar no SIMPLES era R\$ 1,2 milhão.

Em 2005, houve alteração do limite anual de receita bruta para R\$ 2,4 milhão pela Lei nº 11.196 (art. 33), de 21/11/2005, com efeito a partir de **01/01/2006**, ou seja, para os fatos geradores a partir dessa data.

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

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

Processo nº 10970.000033/2009-82
Acórdão n.º **1802-002.163**

S1-TE02
Fl. 674

Como restou mantida a infração Omissão de Recetias do ano-calendário 2005, que implica apuração de receita bruta superior ao limite legal para permanência na sistemática do Simples a partir desse ano-calendário, deve ser mantida a exclusão da contribuinte do regime do Simples com efeito a partir de 01/01/2006, conforme Ato Declaratório Executivo da DRF/Uberaba – ADE nº 08/2009, de 26/02/2009, por violação ao disposto no art. 9º, II, da Lei nº 9.317/96 (e-fl. 491).

Não cabe fazer reparo à decisão recorrida, que dever ser mantida.

Por tudo que foi exposto, voto para REJEITAR a preliminar suscitada e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel