




**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo nº : 11080.002358/2004-82
Recurso nº : 131.523
Sessão de : 22 de fevereiro de 2006
Recorrente : MARISA GUZINSKI E CIA LTDA.
Recorrida : DRJ/POR TO ALEGRE/RS

R E S O L U Ç Ã O Nº 301-1.547

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência à Repartição de Origem, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


OTACÍLIO DAN T AS CARTAXO
Presidente


LUIZ ROBERTO DOMINGO
Relator

Formalizado em: **27 MAR 2006**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: José Luiz Novo Rossari, Valmar Fonsêca de Menezes, Atalina Rodrigues Alves, Susy Gomes Hoffmann, Irene Souza da Trindade Torres e Carlos Henrique Klaser Filho.

Processo nº : 11080.002358/2004-82
Resolução nº : 301-1.547

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra decisão proferida pela DRJ/PORTO ALEGRE-RS, que manteve sua exclusão da Recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, levada a efeito por meio do Ato Declaratório DRF/POA nº 020, de 28 de abril de 2004 (fls. 1.413), a partir de 1º de janeiro de 1999, em decorrência de prática reiterada de infração à legislação tributária, nos termos do art. 14, inciso V, da Lei nº 9.317/96, combinado com a ocorrência do excesso de receita bruta em relação ao limite global previsto no art. 2º da Lei nº 9.317/96, alterado pelo art. 3º da Lei nº 9.732/1998 e inciso II do art. 9º da mesma Lei.

Por bem descrever a matéria de que trata este processo, adoto e transcrevo, a seguir, parte do relatório que compõe a Decisão Recorrida:

“A exclusão combatida decorreu de ação fiscal, iniciada em 30/06/2001, que teve como objetivo a verificação do cumprimento das obrigações correspondentes aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Em representação que subsidiou o Ato Declaratório (AD) o agente fiscal relatou os fatos apurados e quais as infrações encontradas, conforme resumo abaixo:

a) a empresa fiscalizada, como sede à Av. Farrapos, nº 1.361 tem como sócio majoritário (53% de participação) o Sr. Fernando José Guzinski;

b) no mesmo local estão também em atividade as empresas Madrigal Administração e Participações Ltda. (Madrigal Administração) e Zilma Catarina Mallmann & Cia Ltda. (Zilma), nas quais o Sr. Guzinski tem participação societária de 90% e 98%, respectivamente, exercendo a gerência de todas;

c) houve cumprimento de Mandado de Busca e Apreensão nº 52/01 que resultou na obtenção do Diário Geral e do mapa de controle das receitas referentes ao período de 01 a 05 e 21 a 30/09/1999;) a empresa fiscalizada utilizava quatro contas bancárias para movimentação dos recursos financeiros decorrentes de sua atividade, destas, apenas uma em nome próprio, as demais, contas conjuntas de pessoa física, em nome do Sr. Guzinski e de Maria Ione Guzinski;

e) as mesmas contas correntes também serviam para movimentação de recursos das empresas Zilma, Madrigal Administração e pessoa física do Sr. Guzinski;

f) inexistiam registros contábeis das contas bancos ou de qualquer movimentação bancária, assim, a fiscalização intimou a empresa contribuinte a discriminar e individualizar a quem pertenceriam valores naquelas contas creditados;

g) como resposta à intimação a empresa apresentou declarações assinadas por sessenta e oito moças que freqüentavam a boate e teriam recebido os valores por serviços por elas prestados a seus clientes sendo que a casa noturna Madrigal limitava-se a trocar valores por eles pagos em Cheque ou cartão para dinheiro vivo;

h) todas as declarações eram de quantias em torno de R\$ 10.000,00 anuais, assinadas anos após os eventos, sem individualização dos pagamentos, sem coincidência de valores ou datas com qualquer registro contábil, não sendo aceitáveis por falta dos requisitos essenciais previstos em Lei;

i) houve a comprovação de resgates de aplicações financeiras do Sr. Guzinski, originários da empresa Orbival Corretora de Câmbio e Valores Ltda., admitidas como meio de prova pela fiscalização e excluídos das planilhas originalmente apresentadas à contribuinte;

j) outrossim, dos valores creditados nas quatro contas correntes foram também afastados valores declarados e contabilizados por Madrigal Administração como receitas de aluguel de imóveis, o que levou à apuração da tabela de fls. 1.407;

k) os créditos e depósitos nas contas estavam em desacordo com as receitas escrituradas, de tal forma que era impossível quantificar que créditos correspondiam a que empresa, já que todas utilizavam as mesmas contas, a exceção da Madrigal Administração conforme acima explanado;

l) em virtude deste imbróglio, a fiscalização elaborou rateio dos créditos entre a reclamante e Zilma na proporção das receitas contabilizadas, apresentando o resultado em planilhas às fls. 1.408 e 1.409;

m) as diferenças apontadas nas planilhas entre os valores creditados sem comprovação hábil e idônea da origem dos recursos caracterizam omissões de receitas reiteradas da contribuinte;

n) ainda entre os documentos apreendidos, havia planilhas de controle interno que registram receitas auferidas nos dias 01 a 05 e

Processo nº : 11080.002358/2004-82
Resolução nº : 301-1.547

21 a 30 de setembro de 1999, que montam a R\$ 109.523,50, valor que em muito supera a soma das receitas escrituradas pelas três empresas;

o) a participação do Sr. Guzinski com mais de 10% em três empresas cuja receita global ultrapassa o limite para empresa de pequeno porte é outra irregularidade que leva à exclusão do Simples.

Em face da representação fiscal acima exposta, foi proposta a exclusão da contribuinte do Simples, o que levou à edição do AD ora combatido.

Manifestação de inconformidade

Em sua manifestação de inconformidade, a contribuinte tem duas linhas de argumentação: (a) pela não admissão de efeitos retroativos da lei, para excluí-la do Simples desde 01/01/1999 e (b) contra falta de devido processo legal, previamente à exclusão.

Relativamente à primeira linha argumentativa, a reclamante vê-se prejudicada pela retroatividade in malam partem, pois foi cientificada da exclusão em 07/05/2004, mas os efeitos desta retroagiram a 01/01/1999.

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 106, não prevê retroatividade das normas tributárias no sentido aplicado pelo fisco; em se tratando de penalidade, a lei só poderá retroagir se o ato normativo superveniente for mais benéfico ao contribuinte do que o anterior, até por aplicação analógica do art. 5º, inciso XL da Constituição Federal. Cita ementas de julgados administrativos e judiciais em conforto de seus argumentos.

No segundo caminho de defesa, entende ser imprescindível sua intimação para produzir provas em seu favor, antes da exclusão, pela instauração de processo administrativo para verificação completa dos fatos a ela imputados. Reclama igualmente que foi notificada da exclusão consumada, com efeitos imediatos e com cobrança de valores já decorrentes deste fato, sendo, somente então, possibilitada a sua manifestação sem efeito suspensivo; no seu entender, foi julgada e condenada para só então lhe ser oportunizada a defesa.

Enxerga portanto violação da garantia constitucional do devido processo legal e uma vez mais junta jurisprudência judicial e administrativa em socorro a sua tese. Nesta seara, traça paralelo entre sua situação processual e aquela relativa às multas de trânsito, para qual a jurisprudência já se firmou no sentido da exigência de prévia defesa à imputação de penalidade.

Afirma que os fatos que fundamentaram a exclusão não foram totalmente comprovados e estariam sob impugnação no processo de nº 11080.002488/2004-15, devendo-se aguardar a solução daquele litígio para só então realizar-se, ou não, a exclusão.

Impugnação do IRPJ

ERP.

O processo nº 11080.002488/2004-15 foi cronologicamente concomitante com o presente, oriundos do mesmo procedimento, e a antecedência da exclusão é de cunho lógico-jurídico, pois não poderia haver lançamento das omissões apuradas pela sistemática do Simples quando há reiteradas infrações que também levam a valores de receita que excedem o limite da empresa de pequeno porte; necessita-se a prévia exclusão para lançar por uma das outras formas de apuração do lucro. Assim, tendo em vista a formalidade mitigada do processo administrativo, e pretendendo dar amplo direito de defesa à contribuinte, foi juntada a este processo (às fls. 1.449 a 1.491) a impugnação acima mencionada, para analisar a defesa da contribuinte quanto aos fatos que redundaram nas infrações reiteradas que levaram à exclusão retroativa.

Em suma, a contribuinte nega que os valores creditados em sua conta sejam receitas próprias. Afirma que realizava serviço de troca de cheques e créditos de cartão por dinheiro, em atenção a sua clientela e também a garotas que freqüentam a casa noturna e mantinham uma relação com os clientes da qual a impugnante não participava (fl. 1.451). Estes valores, apesar de circularem pelas contas dos sócios da impugnante, não constituíam sua renda, mas das moças para quem o recebimento em dinheiro afastaria o calote, "prática bastante comum nessa atividade" (fl. 1.452). Procura comprovar sua afirmação com declarações das moças, cujos originais já se encontravam no presente processo, às fls. 898/966, pois esta linha de argumentação já havia sido expendida em resposta a diversas intimações havidas ao longo do procedimento fiscal (fls. 685/688, 721/723 e 893/897).

Com base na argumentação e documentos acima, reafirma que está configurada a existência de receita de terceiros em sua conta e a não aceitação dos documentos pelo agente fiscal, em razão dos valores declarados serem inferiores ao limite de isenção da pessoa física, impõe-lhe a obrigação de realizar verificações a este respeito, e não apenas negar a validade das declarações existentes. Aliás, combatendo o entendimento do fiscal de que havia falta de requisitos essenciais e idoneidade das declarações, busca estofo no art. 368 do Código de Processo Civil para presunção da veracidade do conteúdo dos documentos particulares escritos e assinados, em relação aos signatários. Entende caber ao fisco a prova da falsidade de tais declarações.

Processo nº : 11080.002358/2004-82
Resolução nº : 301-1.547

Também em relação à comprovação, protesta contra a falta de individualização de pagamentos alegada pelo fiscal, haja vista não ser normal que pessoas físicas lembrem de valores individualizados ao longo de dois ou três anos, mormente em atividade informal, como a das garotas, normalmente caracterizada pelo anonimato e sigilo da "fonte pagadora", associada a altíssima "rotatividade da clientela" (fl. 1.457). Outrossim, em se tratando de tributação anual, da pessoa física, o normal seria a receita limitar-se a saber o montante total ao longo de um exercício inteiro.

A contribuinte afirma ainda a existência de recebimento de valores de terceiros, outros proprietários de boates, através de suas máquinas de cartão de crédito, resultando em créditos na sua conta corrente, sem com isto constituir receita própria. Informa que a fiscalização teria apreendido diversos documentos que comprovariam estas transações, mas desconsiderou totalmente tais informações (fl. 1.460). Assevera também que esses ingressos montavam a, aproximadamente, R\$ 780.000,00.

Entende haver incoerência na ação fiscal, quando o fisco considera, para efeito de apuração dos créditos, meras anotações apócrifas e rabiscos, ignorando todavia as declarações perfeitamente identificadas e datadas das garotas que efetivamente receberam os valores depositados. Enxerga aí um excesso de formalidade, que não deve ser aplicado ao processo administrativo tributário.

Ao contrário da lógica da fiscalização, a contribuinte vê afronta ao art. 42 da Lei nº 9.430/1996, que no §5º do art. 42 determina, quando comprovada a existência de depósitos de terceiros na conta investigada, seja efetuada a apuração dos rendimentos ou receitas em relação a este terceiro, como efetivo titular da conta (fl. 1.462).

Por fim, tece arrazoado sobre o conceito de renda, procurando demonstrar que movimentação financeira não implica renda ou receita, pois não necessariamente importa acréscimo patrimonial, sendo inadmissível considerar "todos os valores que transitam nas contas particulares dos sócios como renda da impugnante" (fl. 1.468), quando a contribuinte tem a condição exclusiva de depositária; corrobora seu entendimento com acórdãos do Conselho de Contribuintes e entendimentos dos tribunais federais (fls. 1.468/1.471)."

Sob apreciação da DRJ/PORTO ALEGRE-RS, a impugnação foi conhecida e indeferida, sendo que o acórdão recorrido está assim ementado:

"CERCEAMENTO DE DEFESA. Estando o lançamento amparado por documentação constante nos autos, e seguindo o procedimento determinado pela legislação de regência do processo administrativo

Processo nº : 11080.002358/2004-82
Resolução nº : 301-1.547

fiscal, aplicável para casos de exclusão do Simples, incorre cerceamento de defesa.

APLICAÇÃO DA LEI. RETROATIVIDADE INEXISTENTE. Ocorrendo os fatos que se subsumem à hipótese de incidência da lei durante a vigência desta, não há retroatividade na sua aplicação. Não se pode confundir a eficácia da lei, quando da sua incidência, com a eficácia do ato declaratório da exclusão, que é aquela definida pela própria lei.

INFRAÇÕES REITERADAS. OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM ORIGEM COMPROVADA. Não comprovada a origem de depósitos bancários, por documentos hábeis – com coincidência de omissão de receitas relativas a estes depósitos.

CONSTITUCIONALIDADE. Não compete à autoridade administrativa decidir sobre a constitucionalidade dos atos emenados dos Poderes Legislativo e Executivo, por isso não se pode deixar de aplicar presunção legal de omissão de receitas disposta em lei vigente.

Solicitação indeferida.

Intimado da decisão de primeira instância, em o recorrente interpôs Recurso Voluntário, em 11/10/2004, no qual repete, em linhas gerais, os argumentos trazidos na impugnação.

É o relatório.



Processo nº : 11080.002358/2004-82
Resolução nº : 301-1.547

VOTO

Conselheiro Luiz Roberto Domingo, Relator

Como visto do relatório, o presente caso tem como escopo a exclusão da Recorrente do SIMPLES, em decorrência de prática reiterada de infração à legislação tributária, nos termos do art. 14, inciso V, da Lei nº 9.317/96, combinado com a ocorrência do excesso de receita bruta em relação ao limite global previsto no art. 2º da Lei nº 9.317/96, alterado pelo art. 3º da Lei nº 9.732/1998 e inciso II do art. 9º da mesma Lei.

O primeiro ponto que deve ser destacado é que o presente feito decorre de procedimento de fiscalização de Imposto de Renda no qual foi identificada movimentação financeira incompatível com a renda declarada da pessoa jurídica, do que decorreu o lançamento de omissão de receita com fundamento no art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

Inegável, portanto, que o presente feito, relativo ao Ato Declaratório de Exclusão encontra base material de sustentação no resultado do lançamento dos impostos decorrentes da alegada omissão de receita. Essa conexão lógica, entre estes processos impede a apreciação deste antes daquele. Entendo que, quando a materialidade e/ou a causa excludente do SIMPLES depender da solução de litígio instaurado em outro processo, como é o caso da exclusão do SIMPLES motivado pelo excesso de receita bruta em relação ao limite global decorrente da alegação da omissão de receita, as razões de defesa formuladas pela interessada somente podem ser apreciadas após a confirmação definitiva da omissão de receita.

Impõe-se, portanto, por analogia a aplicação da Portaria SRF nº 6.129, de 02 de dezembro de 2005, cujo art. 1º, inciso II, prevê o seguinte:

Art. 1º Serão objeto de um único processo administrativo:

.....
II - **à exclusão do Simples**, à suspensão de imunidade ou de isenção ou à não-homologação de compensação **e o lançamento de ofício de crédito tributário delas decorrentes;**..."

É de notar-se que a exclusão do SIMPLES que decorra de excesso de faturamento apurado em presunção de movimentação financeira não declarada, dependerá do julgamento final do processo no qual houve o lançamento de ofício de crédito tributária delas (movimentações) decorrentes.

No mesmo sentido são as alegações de prática reiterada de infração tributária, pois se o julgamento da lide relativa ao crédito tributário entender que o

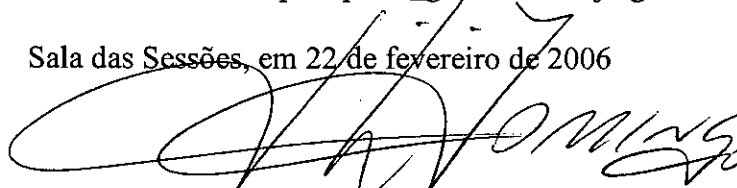
Processo n° : 11080.002358/2004-82
Resolução n° : 301-1.547

tributo é indevido e, conseqüentemente, não houve uma infração às normas tributárias, o ato administrativo de exclusão perderá seu fundamento material para produção de seus efeitos jurídicos.

Diante do exposto, o objeto deste processo depende da solução a ser dada no Processo n° 11080.002488/2004-15, que trata do lançamento dos impostos decorrentes da presunção de omissão de receita (Imposto de Renda e seus reflexos).

Assim, voto no sentido de Converter o Julgamento em Diligência, para que a autoridade preparadora junte aos autos cópia da decisão definitiva (transitada em julgado) proferida no Processo Administrativo Fiscal n.º 11080.002488/2004-15. Caso esta ainda não tenha sido prolatada, que aguardem os autos na repartição de origem, até decisão final, quando, então, deverá esta ser juntada e remetidos os autos a este Conselho para prosseguimento do julgamento.

Sala das Sessões, em 22 de fevereiro de 2006



LUIZ ROBERTO DOMINGO - Relator