



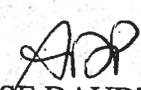
MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.002385/2004-55
Recurso nº : 133.491
Sessão de : 13 de julho de 2006
Recorrente : ZILMA CATARINA MALLMANN E CIA. LTDA.
Recorrida : DRJ/PORTO ALEGRE/RS

RESOLUÇÃO Nº 303-01.181

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto da relatora.


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente e Relatora

Formalizado em: 20 JUL 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Zenaldo Loibman, Nanci Gama, Silvio Marcos Barcelos Fiuza, Marciel Eder Costa, Nilton Luiz Bartoli, Tarásio Campelo Borges e Luiz Carlos Maia Cerqueira (Suplente). Ausente o Conselheiro Sérgio de Castro Neves. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional Leandro Felipe Bueno Tierno. Fez sustentação oral o advogado Fábio Brun Goldschmidt OAB/RS nº 44441.

Processo nº : 11080.002385/2004-55
Resolução nº : 303-01.181

RELATÓRIO

Adoto o relatório da decisão recorrida, que passo a transcrever:

“Trata o presente processo de manifestação de inconformidade (fls. 1.503/1.518) da contribuinte, acima identificada, contra sua exclusão do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples.

Procedimento de exclusão

Tal exclusão foi consubstanciada pelo Ato Declaratório DRF/POA nº 021 (fl. 1.500), de 28 de abril de 2004, em decorrência de prática reiterada de infrações à legislação tributária, com base no inciso V do art. 14 da Lei nº 9.317/1996, alterado pelo art. 3º da Lei nº 9.732/1998, e inciso II do art. 9º da mesma Lei. Foi dada ciência do ato à contribuinte em 06/05/2004, conforme cópia do AR à fl. 1.502.

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, com sede à Rua São Carlos, nº 846, tem como sócio majoritário (98% 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 Marisa Guzinski e Cia Ltda. (Marisa), nas quais o Sr. Guzinski tem participação societária de 90% e 53%, 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;

Processo nº : 11080.002385/2004-55
Resolução nº : 303-01.181

- d) 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. 1.494 e 1.495;
- 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;

ADP

Processo nº : 11080.002385/2004-55
Resolução nº : 303-01.181

- 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. 1.495 e 1.496;
- 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 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

Processo n° : 11080.002385/2004-55
Resolução n° : 303-01.181

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 n° 11080.101286/2004-55, devendo-se aguardar a solução daquele litígio para só então realizar-se, ou não, a exclusão.

Impugnação do IRPJ

O processo n° 11080.101286/2004-55 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. 1.530 a 1.572) 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. 1.533). 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. 1.532). Procura comprovar sua afirmação com declarações das moças, cujas cópias já se encontravam no presente processo, às fls. 856/924, pois esta linha de argumentação já havia sido expendida em resposta a diversas intimações havidas ao longo do procedimento fiscal (fls. 676/679, 680/682 e 850/855).

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

Processo nº : 11080.002385/2004-55
Resolução nº : 303-01.181

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.

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. 1.538). 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. 1.541). 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. 1.543).

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. 1.549), quando a contribuinte tem a condição exclusiva de depositária; corrobora seu entendimento com acórdãos do Conselho de Contribuintes e entendimentos dos tribunais federais (fls. 1.549/1.552)."

Amop

Processo nº : 11080.002385/2004-55
Resolução nº : 303-01.181

A Delegacia de Julgamento em Porto Alegre indeferiu a solicitação, ementando a sua decisão da seguinte forma:

“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 1999

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA. Estando o lançamento amparado por documentação constante nos autos, e seguindo o procedimento determinado pela legislação de regência do processo administrativo 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 datas e valores -, há presunção legal de ocorrência de omissão de receitas relativas a estes depósitos.

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

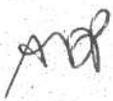
Solicitação Indeferida”

Ciente da decisão em 10/09/2004 (AR de fl. 1.592), a contribuinte apresenta recurso voluntário em 11/10/2004, reiterando os argumentos expendidos na fase impugnatória e alegando ter apresentado todas as provas necessárias à elucidação do caso.

Por fim, alega violação ao artigo 42 da Lei nº 9.430/96, decorrente da desconsideração das declarações juntadas aos autos.

Diante do exposto, requer a revogação do Ato Declaratório de Exclusão e a sua manutenção no Simples.

É o relatório.



Processo nº : 11080.002385/2004-55
Resolução nº : 303-01.181

VOTO

Conselheira Anelise Daudt Prieto, Relatora

Conheço do recurso, que é tempestivo e trata de matéria da competência deste Conselho.

O processo trata, exclusivamente, de exclusão da empresa do Simples por prática reiterada de infração à legislação tributária, ou seja, omissão de receitas, depósitos bancários sem origem comprovada, etc.

A empresa afirma que os fatos que fundamentaram a exclusão não foram totalmente comprovados e estariam sob impugnação no processo nº 11080.101286/2004-55.

De fato, em pesquisa realizada no “Sistema Comprot” foi constatada a existência do referido processo em nome da recorrente, no Primeiro Conselho de Contribuintes, aguardando sorteio para relatar.

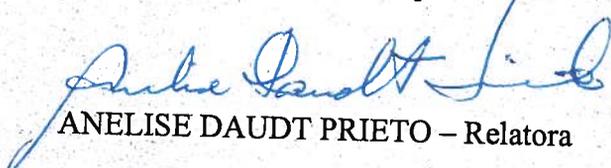
A meu ver, a decisão a ser prolatada neste processo decorre do resultado que vier a ter aquele.

Diante do exposto, voto por converter o presente julgamento em diligência à repartição de origem, onde este processo deverá ficar sobrestado até o trânsito em julgado do processo em trâmite no Primeiro Conselho.

Posteriormente, deverá ser encaminhado a este Conselho, acompanhado da decisão que tiver transitado em julgado.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 13 de julho de 2006.


ANELISE DAUDT PRIETO – Relatora