



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº 11516.002698/2005-27
Recurso nº 160.420 Voluntário
Matéria SIMPLES - Ex(s): 2003 e 2004
Acórdão nº 103-23.530
Sessão de 13 de agosto de 2008
Recorrente LATICÍNIOS EXTERKOETTER LTDA.
Recorrida 3ª TURMA/DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

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

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

Comissões. OMISSÃO DE RECEITAS. PRÁTICA REITERADA. EXCLUSÃO DO SISTEMA.

A omissão sistemática de receitas com comissões, por três anos calendário consecutivos, caracteriza-se como prática reiterada de infração à legislação tributária, situação suficiente para exclusão da empresa do SIMPLES.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

ARBITRAMENTO. Excluída do Simples, a falta de escrituração contábil e fiscal suficiente à apuração do Lucro Real, bem assim a escrituração financeira (livro caixa) considerada imprestável implica no arbitramento do lucro.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM. COMPROVAÇÃO.

Caracterizam-se como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida em 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.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. SIMPLES - PIS - COFINS - CSLL. Estende-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

20

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por LATICÍNIOS EXTERKOETTER LTDA.,

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares suscitadas e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso. O Conselheiro Alexandre Barbosa Jaguaribe votou pelas conclusões, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



LUCIANO DE OLIVEIRA VALENÇA
Vice-Presidente



ANTONIO BEZERRA NETO
Relator

Formalizado em: 19 SET 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto, Alexandre Barbosa Jaguaribe, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Rogério Garcia Peres (Suplente Convocado), e Antonio Carlos Guidoni Filho. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Waldomiro Alves da Costa Júnior.



Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão nº 07-9.636/2007, da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Florianópolis-SC

Por economia processual, adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância:

“Trata-se de pessoa jurídica excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, por meio do Ato Declaratório DRF/FNS nº 64, de 7 de dezembro de 2005, de fl. 18, em razão de ter excedido o limite da receita bruta e pela prática reiterada de infração à legislação Tributária, tipificadas, respectivamente, nos incisos II do art. 9º e V do art. 14, ambos da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2002, conforme disposto no inciso V do art. 15º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e incisos V do art. 24 da Instrução Normativa SRF nº 355, de 29 de agosto de 2003.

Além disso, por meio dos autos de infração de fls. 215 a 238, integrados pelo Termo de Verificação e de Encerramento de Ação Fiscal de fls. 207 a 214, exige-se as quantias discriminadas na tabela abaixo, relativas a fatos geradores ocorridos nos períodos 03/2002, 06/2002, 09/2002, 12/2002, 03/2003, 06/2003 e 12/2003, a título de Imposto de Renda Pessoa Jurídica e contribuições decorrentes, sobre as quais incide multa de ofício de 75% e juros de mora.

Imposto de Renda Pessoa Jurídica 381.689,83

Programa de Integração Social 116.374,26

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido 193.360,41

*Contribuição para Financiamento da Seguridade Social
537.112,34*

Os dispositivos legais infringidos constam no referido auto de infração.

A autoridade lançadora relata que, ao verificar livros e documentos apresentados pela interessada, constatou não haver escrituração das movimentações bancárias nos anos-calendário 2002 e 2003, além de inconsistência no livro Caixa. Intimada a comprovar a origem dos depósitos bancários, a interessada nada apresentou. Como decorrência, foi elaborada representação para exclusão do regime de tributação SIMPLES, por prática reiterada de infrações à legislação tributária (omissão de receita em dois anos consecutivos e escrituração irregular do livro Caixa), que veio a ser expedido em 07/12/2005, como se vê na fl. 18.

Diante do silêncio da interessada para que se manifestasse sobre a possibilidade de efetuar a escrituração contábil, que permitiria a apuração do imposto de renda pelo Lucro Real, a autoridade lançadora aplicou as regras do Lucro Arbitrado sobre os valores correspondentes aos depósitos bancários sem comprovação de origem, com base no art. 287 do RIR/99, assim como sobre as receitas escrituradas nos livros Caixa e informados nas declarações do SIMPLES.

As contra-razões da interessada estão dispostas em duas peças, a Manifestação de Inconformidade contra sua exclusão do SIMPLES, contida nas fls. 22 a 26, e a impugnação aos lançamentos de ofício, contida nas fls. 262 a 271, embora tenham sido apresentadas em processos distintos. Ambas estão contidas neste mesmo processo, para apreciação conjunta por força do disposto no art. 2º da Portaria SRF nº 6.129, de 02/12/2005, conforme o Termo de Juntada do processo nº 11516.000253/2006-93 de fl. 303.

Manifestação de Inconformidade

Pede a anulação do ato de exclusão do SIMPLES e apresenta pedidos secundários, como segue:

· *Limite da receita bruta. A interessada argumenta que no ano-calendário 2001 auferiu receita bruta de R\$743.040,36, conforme cópia da Declaração PJ 2002, ficha 4, acostada aos autos, tendo ficado dentro do limite de R\$1.200.000,00 previsto do inciso II do art. 9º da Lei nº 9.317/1996;*

· *Prática reiterada de infração à legislação tributária (inciso V do art. 14 da Lei nº 9.317/1996). Alega inexistir no processo de exclusão do SIMPLES notificação de auto de infração relativo a prática reiterada de infração à legislação tributária. A seu ver o fato de constar na proposta de exclusão menção a infrações representa mera presunção da fiscalização, e assevera:*

Deste modo, sustentar que a impugnante tenha infringido o inciso V, do art. 14 da Lei 9.317/96, apenas por presunção, sem que a autoridade administrativa tenha notificado a impugnante de qualquer auto de infração, fere o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Para que fosse demonstrado que a impugnante alcançou a hipótese prevista no inciso V, do art. 14 da Lei 9.317/96, seria necessário que fosse juntado nos autos do processo de exclusão, cópias das notificações e dos autos das supostas infrações cometidas pela impugnante.

· *Omissão de receita. Diz ter ilidido a acusação de omissão de receita nos anos-calendários 2002 e 2003, por meio dos demonstrativos de créditos bancários justificados, apresentados à autoridade administrativa que presidia a fiscalização;*

· *Efeitos da exclusão do SIMPLES. A interessada tece argumentação pela qual eventual reiteração de prática à infração*

tributária só ficaria caracterizada no final do período fiscalizado, a partir da qual a exclusão surtiria efeitos.

Mas, caso a autoridade administrativa entendesse que houve infração aos mencionados preceptivos legais, ainda assim, os efeitos da exclusão não seriam surtidos a partir da data que entendeu a autoridade administrativa.

Com relação a alegação de infração à legislação tributária, é de se observar que o inciso V, do art. 14 da Lei 9.317/96, veicula que não é a simples infração à legislação tributária que possibilita a exclusão do SIMPLES, mas a sua prática reiterada.

Nesse passo, a hipótese de exclusão do inciso V, do art. 14 da Lei 9.317/96, apenas se verificaria em dezembro de 2003 e não em janeiro de 2002.

Assim, nesta hipótese, que se está utilizando apenas como objeto de argumentação, nunca para reconhecer, a exclusão do SIMPLES surtiria seus efeitos apenas a partir de dezembro de 2003, e não de janeiro de 2002, como entendeu a autoridade administrativa.

Impugnação

· Preliminar de nulidade. A interessada argumenta que a lavratura do auto de infração enquanto pendente de decisão definitiva manifestação de inconformidade apresentada contra sua exclusão do SIMPLES representa afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório;

· Preliminar de nulidade. Mandado de Procedimento Fiscal - MPF. A interessada argumenta haver vício formal no lançamento das contribuições PIS, Cofins e CSLL, pois o MPF teria autorizado apenas o exame do IRPJ. Transcreve Acórdão do Primeiro Conselho de Contribuintes e diz ter havido deficiência na descrição dos fatos, que seria a parte mais importante de um auto de infração, por ser o meio pelo qual o contribuinte toma conhecimento do que está sendo investigado e assim pode exercer adequadamente seu direito de defesa.

· Prática reiterada de infração à legislação tributária.

No caso em comento, verifica-se que não é possível considerar que a empresa praticou reiteradamente infração à legislação tributária uma vez que a opção pelo SIMPLES é anual e, desta forma a ausência de comunicação sobre a exclusão do Programa no ano de 2003 não pode ser considerada como prática reiterada tendo em vista que isso ocorreu apenas em um ano-calendário e para configuração de prática de infração 'reiterada' exige-se que a infração ocorra várias vezes o que não aconteceu no presente caso.

E assim, embora à Impugnante incumbisse o dever de comunicar sua exclusão, por não tê-lo feito somente relativo a 1 (um) ano é impossível se considerar que essa infração ocorreu de forma reiterada.

· Impossibilidade de se considerar a movimentação bancária como renda. A interessada argumenta que, sozinha a movimentação

bancária não é apta para se auferir a renda, servindo apenas como um indício desta. Apóia seu entendimento em acórdãos da Câmara Superior de Recursos Fiscais que tratam de lançamentos decorrentes de omissão de rendimentos decorrentes de depósitos bancários sem comprovação de origem, com base na Lei nº 8.021/1990, art. 6º, § 5º.

Em decisão de fls. 304 a 315, a DRJ-Florianópolis-SC, por unanimidade de votos, indeferiu a manifestação de inconformidade mantendo a exclusão da contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, e julgou procedentes os lançamentos, nos termos da ementa que se transcreve:

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

Ano-calendário: 2002, 2003

EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Comprovada a prática reiterada de infração à legislação tributária, mantém-se a exclusão do Simples, cujos efeitos surtem a partir, inclusive, do mês de ocorrência da primeira infração.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

Caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta corrente de depósitos ou investimentos, mantida em instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2002, 2003

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF. LANÇAMENTOS DECORRENTES.

Na hipótese em que infrações apuradas, em relação a tributo ou contribuição contido no MPF-F ou no MPF-E, também configurarem, com base nos mesmos elementos de prova, infrações a normas de outros tributos ou contribuições, estes serão considerados incluídos no procedimento de fiscalização, independentemente de menção expressa.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002, 2003

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

Em razão da vinculação entre o lançamento principal e os decorrentes, devem as conclusões relativas àquele prevalecer na apreciação destes, desde que não presentes arguições específicas ou elementos de prova novos.

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada, às fls. 324 a 333, interpôs recurso voluntário a este Primeiro Conselho de Contribuinte, repisando os tópicos trazidos anteriormente na impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro ANTONIO BEZERRA NETO, Relator

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, trata-se o presente processo de recurso contra ato de exclusão da empresa do SIMPLES, bem assim contra o Auto de Infração que exige da interessada o IRPJ e seus reflexos, acrescidos de multa de ofício de 75%.

A recorrente foi excluída do SIMPLES e após intimada não ter apresentado escrituração suficiente à determinação do Lucro Real (Livros Diário e Razão), teve o seu lucro apurado segundo as regras do lucro arbitrado, correspondente aos anos-calendário de 2002 e 2003.

Inicialmente cabe enfrentar as questões levantadas contra a exclusão da interessada do SIMPLES, trazidas em seu recurso.

Da Exclusão do SIMPLES

A recorrente foi excluída do SIMPLES por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 64, de 07/12/2005 (fl.55) pela prática reiterada de infração à legislação tributária, com efeito retroativo a janeiro de 2002 e também por ter excedido o limite da receita bruta permitida.

O autuante justificou a exclusão do SIMPLES a partir do descumprimento de 2 (duas) condições bem distintas, embora qualquer uma delas, por si só, já pudesse disparar o gatilho da exclusão do SIMPLES. Os efeitos da exclusão é que tomou a forma mais gravosa em função da prática reiterada, pois essa situação enseja que os efeitos da exclusão sejam retroativos ao início da prática (Janeiro de 2002).

Do limite ultrapassado da Receita Bruta (EPP)

A recorrente defende-se alegando que não excedeu ao limite legal permitido R\$1.200.000,00 definido no inciso II do art. 9º da Lei nº 9.317/1996 para a receita bruta da Empresas de Pequeno Porte. Traz como prova do alegado as suas receitas declaradas no ano-calendário de 2001 (ficha 4 da DIPJ 2002, de fl. 43), acompanhando ainda a alegação por demais genérica de que seria *"incabível que se admita constituição de crédito tributário lastreada em informações obtidas em movimentação bancária seja suficiente a excluir uma empresa do SIMPLES"*

O arrazoado da interessada é deveras pueril. Padece de inúmeras falhas. Primeiro, por óbvio que o limite legal não se prende ao que está apenas declarado, leva-se em conta também o que foi omitido e descoberto pela fiscalização. Segundo, diga-se de antemão que a recorrente reporta-se a período fora da fiscalização - 2001. Por último, apenas para

ênfatizar, a receita bruta superou de muito o limite legal permitido (R\$ 1.2000.000), tendo atingido o montante de R\$6.744.279,98 em 2002 e R\$11.159.468,55 em 2003, (fls. 211 e 212).

Da prática reiterada e dos efeitos da exclusão

Em relação à exclusão de ofício, assim dispõe o RIR/99, aprovado pelo Decreto 3.000/1999:

Exclusão de Ofício

Art.195. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses (Lei nº 9.317, de 1996, art.14):

[...]

V – prática reiterada de infração à legislação tributária;

[...]

Efeitos da Exclusão

Art.196. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts.194 e 195 surtirá efeito (Lei nº 9.317, de 1996, art.15):

[...]

VII – a partir do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior.(g.n)

Conforme está cristalinamente estampado nos preceptivos legais acima, os efeitos da exclusão retroagem, no caso, à época em que ocorreu o fato gerador.

Ainda pretendendo justificar a nulidade do Ato Declaratório ou que seus efeitos só se iniciem em 2003, assevera que não praticou reiteradamente infração à legislação tributária uma vez que a opção pelo SIMPLES seria anual e, desta forma a ausência de comunicação sobre a exclusão do Programa no ano de 2003 não poderia ser considerada como prática reiterada tendo em vista que isso ocorreu apenas em um ano-calendário e para configuração de prática de infração “reiterada” exigir-se-ia que a infração ocorresse várias vezes.

Não merece maior sorte essa sua alegação. O conceito utilizado está certo, o problema é sua aplicação. A infração que nesse contexto se cogita é a da omissão de receitas por depósito bancários cujas origens não foram comprovadas (2002 e 2003), bem assim por não manter escriturado livro obrigatório, inclusive para o Simples (Livro Caixa) em 2002 e 2003. A recorrente se apega em outra situação (ausência de comunicação sobre a exclusão do SIMPLES).

Ressalte-se que o não registro da movimentação bancária, ocorreu em cada um dos meses dos 2 (dois) anos-calendário fiscalizados.

Ademais a demonstração da ocorrência da hipótese prevista no inciso V do art. 14 da Lei nº 9.317/1996 está sendo discutida juntamente com a exclusão do Simples, não provocando qualquer tipo de cerceamento do direito de defesa..

Portanto, não se pode acolher a pretensão da Interessada que alega que os efeitos deveriam se dar em 2003, ano seguinte àquele em que se poderia cogitar que “*exorbitou os limites da receita bruta dos participantes do SIMPLES*”.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso em relação à exclusão do SIMPLES.

DA ATUAÇÃO

Preliminar de Nulidade

A interessada argumenta haver vício formal no lançamento das contribuições, uma vez que o MPF teria autorizado apenas o exame do IRPJ. A fim de ratificar o seu argumento traz à colação Acórdão do Primeiro Conselho de Contribuinte, transcrevendo o seu excerto de seu voto: “*Afora as hipóteses de expressa dispensa de MPF, é inválido o lançamento de crédito tributário formalizado por Agente do Fisco relativo a tributo não indicado no MPF-F, bem assim cujas irregularidades apuradas não repousam nos mesmos elementos de prova que serviram de base a lançamento de tributo expressamente indicado no mandado. Recurso de Ofício a que se nega provimento*”.

Ora, é totalmente improcedente o apontado vício formal, primeiro porque o Mandado de Procedimento Fiscal não é parâmetro de aferição da competência de agente que subscreve qualquer tipo de procedimento fiscal, não sendo passível de ensejar a nulidade do mesmo e, por último, não dissentindo do teor do julgado trazido pela própria recorrente, os lançamentos das contribuições vieram na esteira dos mesmos elementos de prova que os da infração apurada no IRPJ, motivo pelo qual as contribuições devem ser incluídas, sim, no procedimento de fiscalização, independente de menção expressa, conforme consta nas Portarias da Secretaria da Receita Federal, vigentes à época:

Portaria SRF nº 3007, de 26 de novembro de 2001

“Art. 9º Na hipótese em que infrações apuradas, em relação a tributo ou contribuição contido no MPF-F ou no MPF-E, também configurarem, com base nos mesmos elementos de prova, infrações a normas de outros tributos ou contribuições, estes serão considerados incluídos no procedimento de fiscalização, independentemente de menção expressa.”

Dessa forma, rejeito a preliminar de nulidade.

Depósitos Bancários Sem Comprovação da Origem dos Recursos

A contribuinte não escriturava em seu Livro Caixa a movimentação bancária, foi intimada a apresentar justificativas para os créditos efetuados em suas contas bancárias, trazendo aos autos alegação genérica de que seria “*incabível que se admita constituição de crédito tributário lastreada em informações obtidas em movimentação bancária seja suficiente a excluir uma empresa do SIMPLES*”

A recorrente não logrou comprovar, através de documentação hábil e idônea, coincidentes em datas e valores, a ligação dos recursos recebidos em conta bancária e o seu discurso apresentado. Na verdade, a interessada ao invés de tentar provar os fatos alegados, se

limita a tecer considerações de direito, no sentido de enfraquecer o lançamento por ter sido lastreado apenas em indícios e presunções. A esse respeito traz respaldo jurisprudencial de há muito ultrapassado, segundo o qual seria ilegítimo o lançamento de tributos arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários.

A argumentação da recorrente denota um total desconhecimento da existência do art. 42 da Lei nº 9.430-96 que representa um verdadeiro marco em termos de presunção legal de omissão de receitas, *verbis*:

LEI nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 - DOU de 30.12.96

"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.

Tratando-se de uma presunção legal de omissão de rendimentos, o ônus da prova fica invertido, a autoridade lançadora exime-se de provar no caso concreto a sua ocorrência, transferindo o ônus da prova à contribuinte. O contribuinte, por sua vez, não logrando êxito nessa tarefa que se lhe impunha, como ocorre no caso presente, tem-se a autorização para considerar ocorrido o fato gerador, ou seja, por presunção legal se toma como verdadeiro que os recursos depositados representam rendimentos do contribuinte. Por se tratar de uma presunção relativa *juris tantum*, somente a apresentação de provas hábeis e idôneas pode refutar a presunção legal regularmente estabelecida.

A prova de que a recorrente despreza totalmente a existência daquele marco (art. 42 da Lei nº 9.430/96), levando à pique toda sua argumentação é a alusão a uma jurisprudência totalmente ultrapassada, que se refere a um momento histórico completamente distinto, onde não era possível formular-se uma presunção legal com base em depósitos bancários. A partir da vigência da Lei nº 9.430/1996, tal jurisprudência se deu por ultrapassada.

Feitas tais digressões e, evidenciada a absoluta licitude do estabelecimento das presunções legais, cumpre dizer que, em relação aos anos-calendário (2003 e 2004), as alegações trazidas pelo contribuinte mostram-se despropositadas, visto que, o simples fato da existência de depósitos bancários com origem não comprovada é, por si só, em tais anos-calendário, hipótese presuntiva de omissão de receitas, cabendo ao sujeito passivo a prova em contrário que, conforme dito, não as apresentou.

Ao fisco cabe provar o fato constitutivo do seu direito, no caso em questão, a existência de depósito bancário sem origem comprovada.

Lançamentos Reflexos

Por estarem sustentados na mesma matéria fática, os mesmos fundamentos devem nortear a manutenção das exigências lançadas por via reflexa.

Por todo o exposto, rejeito as preliminares suscitadas e, no mérito, nego provimento.

Sala das Sessões – DF, em 13 de agosto de 2008


ANTONIO BEZERRA NETO

