



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

Processo nº 11516.004795/2009-88
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1402-000.676 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 24 de julho de 2018
Assunto EXCLUSÃO SIMPLES/OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente CERÂMICA FLÁVIO SALVAN LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário na parte que requeria a anulação do ato declaratório de exclusão do Simples Federal em face de prática reiterada de infração, vencidos o Relator e os Conselheiros Leonardo Luis Pagano Gonçalves e Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira que davam provimento e, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência. Designado o Conselheiro Evandro Correa Dias para redigir o voto vencedor em relação à matéria sobre a exclusão do Simples Federal.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente Substituto.

(assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella - Relator.

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias - Redator Designado.

Processo nº 11516.004795/2009-88
Resolução nº **1402-000.676**

S1-C4T2
Fl. 1.221

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Paulo Mateus Ciccone (Presidente Substituto).

Relatório

Trata-se de Recursos Voluntários (fls. 1155 a 1216) interposto contra v. Acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Florianópolis/SC (fls. 1133 a 1162) que negou provimento à Impugnação e à Manifestação de Inconformidade apresentadas (fls. 809 a 848), mantendo a exclusão do Contribuinte do SIMPLES Federal (*ADE* às fls. 673), bem como as Autuações sofridas (fls. 770 a 797).

A Contribuinte era optante pelo SIMPLES Federal e, como se verifica do Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 129/2009, a sua exclusão de tal *sistema* especial de arrecadação motivou-se pela constatação de que a infração de omissão de receitas estendeu-se pelo período de 12 (doze) meses (de janeiro a dezembro de 2006), configurando *prática reiterada*:

Art. 1º O contribuinte CERÂMICA FLAVIO SALVAN LTDA, CNPJ - 83.863.191/0001-42, excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, por prática reiterada [sic] à legislação tributária, consoante o disposto no artigo 14, inciso V, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, fato que importa em hipótese de exclusão de ofício do SIMPLES, com fundamento no artigo 12, da mesma Lei.

Art. 2º A presente exclusão surtirá efeitos a partir de 1º de janeiro de 2006, conforme disposto no inciso V do artigo 15º da Lei 9.317/96, facultada a apresentação de manifestação de inconformidade, no prazo de 30 (trinta) dias da ciência, à Del cia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis-SC.

Em relação ao lançamento de ofício perpetrado, exige-se no presente feito créditos de IRPJ, CSLL (calculados mediante o Arbitramento do Lucro), PIS e COFINS, referentes apenas ao ano-calendário de 2006, acrescidos de multa qualificada na monta de 150%, sob a mencionada acusação de omissão de receitas, diante da constatação da existência de depósitos bancário não informados em Declaração, cuja origem e natureza também não foram comprovadas, com arrimo legal no art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Por bem resumir a contenda, adota-se a seguir trechos do preciso relatório elaborado pela DRJ *a quo*:

Por meio do Termo de Início do Procedimento Fiscal (f. 3), em 6 de maio de 2009 a pessoa jurídica acima identificada foi formalmente intimada do Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização (MPF-F) - código de acesso 33490869, relativo ao ano-calendário de 2006 (Tributos e Contribuições apurados pelo Simples Federal), e lhe foi exigida a apresentação de livros e documentos correspondentes (f. 3, frente e verso).

Em 19 de novembro de 2009 foi formalizada a Representação de fls. 1 e 2, para fins de exclusão da contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte ~ Simples Federal, com efeitos a partir de 19 de janeiro de 2006, sob a alegação de prática reiterada de infração à legislação tributária, em vista da constatação de que a pessoa jurídica:

- Deixou de apresentar os extratos de suas contas bancárias, “[...] tendo em vista que, a mesma encontra-se no Serasa, com dívida de aproximadamente R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e meio de reais) (f. 21).” (f. 1-v);

- deixara de registrar, na contabilidade ou em Livro Caixa, sua movimentação bancária (“[...] a fiscalizada mantém movimentação financeira em 08 (oito) bancos.” (f. 1-v); “Cabe ainda salientar, que a movimentação bancária da empresa, ou seja, nas 10 (dez) contas bancárias identificadas, não estão lançadas, tanto no Livro Diário quanto no Livro “Razão” apresentados à fiscalização.” (f. 2);

- intimada a comprovar a origem dos créditos/depósitos bancários, mediante a apresentação de documentos hábeis e idôneos, apenas alegou provirem de “[...] empréstimos com pessoas físicas e jurídicas, a maioria deles agricultores e agiotas.”, “[...] sem, contudo, apresentar qualquer documento que corroborasse suas alegações.” (f. 2)

- “Infringiu ainda o art. 29, inciso I (alterado pelo art. 33 da Lei 11.196/05), c/c art. 14, inciso V, da Lei nº 9.317/96, por extrapolar o limite da opção pelo SIMPLES na condição de Empresa de Pequeno Porte R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

Em 20 de novembro de 2009, foi expedido o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 129 (f. 210), por meio do qual a autoridade administrativa (Delegado Adjunto da DRF/FNS) declara excluída do Simples Federal a pessoa jurídica em questão, com efeitos a partir de 19 de janeiro de 2006.

A ciência, por parte do sujeito passivo, tanto de sua exclusão do Simples Federal, quanto dos autos de infração e do Termo de Verificação e de Encerramento do Procedimento Fiscal que os integra, ocorreu no dia 9 de dezembro de 2009, conforme Aviso de Recebimento (AR) à f. 296.

MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE CONTRA EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL

Em 8 de janeiro de 2010, a contribuinte expressa inconformidade com sua exclusão do Simples Federal, em manifestação às f. 325 a 337, firmada por procurador (Dr. Gustavo Ronchi Farias, OAB/SC 22.919) constituído pelo instrumento particular à f. 338, sob os seguintes argumentos:

- tendo a contribuinte impugnado o Auto de Infração que deu origem à exclusão, tomam-se impossíveis os efeitos desta, pois o crédito tributário ainda não está constituído e a infração que o auditor fiscal entendeu ter sido reiterada, “[...] não se perfectibilizou, em virtude da discussão proposta na impugnação.” (f. 326 e 327);

- “A tributação pelo SIMPLES, por mais que se entenda ser mais favorável, é uma opção e como tal deve ser trata [sic] para fins de tributação, retroagir a exclusão é negar validade da Norma Jurídica e os princípios como a Capacidade Contributiva”, eis que a opção legal referida seria um ato jurídico perfeito (f. 329);

- em tópico dedicado a analisar “Cerceamento de Defesa”, diz a manifestante que “Em nenhum momento a autoridade fiscal demonstrou, em seu relatório fiscal, eficazmente, claramente e objetivamente que os depósitos bancários efetuados na conta da empresa correspondem a faturamento.” (f. 330);

- “A exclusão da empresa do SIMPLES se deu por presunção, que desconsiderou, porém, gize-se, sem apresentar qualquer fundamento, as justificativas do contribuinte (fls. 186/208), a qual [sic] possuem o condão de demonstrar a origem dos valores depositados nas contas bancárias da empresa.

De outro norte, em nenhum momento foi comprovado, eficazmente, que os valores depositados nas contas bancárias da empresa se referem ao próprio faturamento da mesma. Ao contrário, restou demonstrado que a empresa ficou sem capital de giro e teve que recorrer a empréstimos junto pessoas físicas e jurídicas, a maioria deles agricultores e agiotas, mormente por ter ampliado sua empresa e não possuir crédito com instituições financeiras.” (f. 330);

- a autoridade fiscal, para excluir a impugnante do Simples Federal, utilizou presunção simples e “[...] indícios de ordem fática e de conclusão dúbia.”, “[...] desprovida de nexo causal, que materializasse o fato.” (f. 332);

- “16. A presunção simples, como meio de prova não é aceito pelo sistema tributário brasileiro, uma vez que este exige que seja submetido ao princípio da legalidade, não admitindo que mero raciocínio de probabilidade por parte do aplicador da lei substitua a prova. Se isso acontecesse estar-se-ia diante de uma motivação à ação fiscal, que poderia excluir o contribuinte do SIMPLES e exigir o tributo. sem que necessariamente tenha ocorrido o fato gerador, ou a causa excludente do sistema em comento. ferindo com isso frontalmente o princípio da legalidade. o qual rege o nosso ordenamento jurídico e tributário nacional (f 333);

- “18. Como se vê, em direito tributário, não se admite o juízo de probabilidade. É do FISCO o dever legal de provar a existência do fato

gerador em questão, sendo vedado ao mesmo presumir um fato apenas para inverter o ônus da prova, sem ao menos possuir subsídios para justificar seu ato.” (f. 334);

- “19. Tem-se assim que a autoridade administrativa deveria justificar e demonstrar eficazmente que a justificativa apresenta [sic] pelo contribuinte não possui o condão de demonstrar a origem dos depósitos, sob pena de ineficácia” (f. 335);

- “21. A empresa impugnante é uma empresa que possui sua contabilidade em dia, tendo sido devidamente apresentada a fiscalização, e não poderia estar ter desconsiderado apenas por presunção simples.” (f. 335);

- “25. Vale registrar por último que, no transcurso do procedimento fiscal, a Impugnante jamais foi intimada a prestar esclarecimentos específicos sobre os itens fiscalizados, nem lhe foi concedido qualquer prazo para sanar irregularidades de preenchimento ou entrega de documentos de natureza previdenciária ou de escrituração de seus livros contábeis.” (f. 336).

Finalmente, requer (f. 336 e 337):

ÍV- REQUERIMENTO 27.

Nestes termos requer:

a) seja recebida e processada a presente manifestação de inconformidade;

b) seja acolhida a preliminar arguida, para ser declarado nulo o r. despacho decisório proferido neste processo administrativo, nos termos da fundamentação.

b.1) requer, ainda, que a exclusão não produza efeitos enquanto pendente de julgamento, nos termos da fundamentação do item 11.1.

c) Não sendo acolhida a preliminar, requer seja reformado o presente despacho decisório para considerar indevida a exclusão e manter a impugnante no SIMPLES, nos termos da fundamentação;

Até aqui o relatório da Exclusão do sujeito passivo do Simples Federal e de sua manifestação de inconformidade.

Lançamento de Ofício Em função de sua exclusão do Simples Federal e em vista de a pessoa jurídica não ter apresentado contabilidade nem Livro Caixa aptos a demonstrar, entre outros, a sua movimentação financeira (inclusive por meio de instituições financeiras), foi seu LUCRO ARBITRADO para constituição, por meio de autos de infração às f. 278 a 291, do crédito tributário da Fazenda Pública federal, relativo ao IRPJ, à CSLL e, em decorrência da receita omitida constatada, às contribuições ao PIS/Pasep e à Cofins, adiante especificados, acrescido de multa de ofício de 150% e dos juros de mora legais (calculados até 30 de novembro de 2009), como segue:

IMPOSTO/CONTRIBUIÇÃO	PRINCIPAL	JUROS DE MORA	MULTA PROPORCIONAL	TOTAL	FOLHA
IRPJ	141.967,47	51.083,83	212.951,20	406.002,50	280
CSLL	72.647,41	26.052,67	108.971,10	207.671,18	289-v
PIS/Pasep	45.362,37	16.303,16	68.043,54	129.709,07	283
Cofins	209.364,83	75.245,45	314.047,24	598.657,52	286
TOTAIS	469.342,08	168.685,11	704.013,08	1.342.040,27	

Impugnação dos lançamentos Inconformada com os lançamentos acima mencionados, a contribuinte os impugnou, em 8 de janeiro de 2010, pela petição de f. 298 a 324, mediante os seguintes argumentos:

II - DO CERCEAMENTO DE DEFESA NA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA RECOMPOR A CONTABILIDADE

Quando do procedimento de fiscalização, a autoridade fiscal intimou o contribuinte. ora impugnante, a justificar os depósitos bancários sendo que esta justificativa incorreu. por exemplo, nas fls. 186, 187, 188, 206, 207.

O teor dessas justificativas faz menção. em todas as respostas, que tais valores correspondem a empréstimos de diversas pessoas e que tais cheques foram descontados em instituições financeiras.

Fato este que consta em planilha acostada a fls. 190 a 199, onde demonstra os respectivos valores em cheques com os respectivos créditos nas contas bancárias junto a instituições financeiras.

Assim, requer desde já seja efetuada diligência junto às instituições financeiras para que seja comprovado tais fatos, que demonstram a veracidade e comprovação dos depósitos.

De outro vértice, como salientado, o contribuinte nas justificativas apresentadas sempre indicou tais valores como empréstimos de terceiros, porém, como consta no processo, em nenhum momento foi intimado a refazer a sua contabilidade inserindo no passivo tais valores.

Assim, não houve intimação, por parte da autoridade fiscal para que o contribuinte regularizasse a sua contabilidade com a finalidade de comprovar a origem de tais valores depositados.

É cediço que a regra do art. 42 da Lei 9.430/96 é de arbitramento e, como tal, deve ser aplicada após oportunizar o contribuinte da comprovação de tais valores, o que não ocorreu no presente processo. pois a autoridade desconsiderou tais justificativas, aplicando o arbitramento.

Desta forma, é nulo o presente crédito tributário sob o argumento de omissão de receitas.

III - DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO *III.I - DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO JÁ RECOLHIDO*

Denota-se do auto de infração que a autoridade fiscal constituiu de ofício o crédito tributário correspondente aos tributos já constituídos pela empresa impugnante. Ocorre que tais valores já foram objetos de constituição na pela empresa no SIMPLES. anteriormente mencionada, e os recolhimentos estão devidamente efetuados na época.

Assim, notório é o bis in idem do referido crédito tributário, merecendo ser declarado seu cancelamento.

III.II - DO PAGAMENTO DO SIMPLES

Outrossim, em que pese a procedência do auto de infração ora lavrado, o que não se espera pelos motivos que serão expostos a seguir, a autoridade fiscal deveria proceder na compensação dos tributos já recolhidos na modalidade de pagamento do SIMPLES.

A modalidade de pagamento do SIMPLES consiste num pagamento simplificado de IRPJ, CSSL, PIS, COFINS e INSS.

A própria legislação prevê o percentual da alíquota aplicada sobre o faturamento do mês que deve ser destinado aos devidos tributos, instituídos legalmente. O SIMPLES não é mais um tributo, mas uma forma de apuração e pagamento dos tributos, com ocorre na modalidade do lucro presumido.

Desta forma, deve ser alterada [sic] o valor lançado de ofício, tem em vista que o contribuinte já recolheu parte do tributo e deve ser procedida tal compensação de ofício pela autoridade fiscal. (f. 302)

[...] (f. 305)

Assim, resta ser reformado o auto de infração neste aspecto, ou seja, deve ser providenciado de ofício a compensação com os tributos lançados de ofício os devidamente já recolhidos aos cofres públicos.

III.III - DA AUSÊNCIA DA SEGURANÇA, EXATIDÃO E CERTEZA (f. 305)

No Relatório de Verificação Fiscal e de Encerramento de Fiscalização de folhas 292 a 295, a autoridade fiscal faz menção somente a presunções, ou seja, utilizou-se de fatos ocorridos para presumir omissão de receita, embasada nos artigos 40 e 42 da Lei 9.430/96.

[...] (f. 306)

Como dito, a presunção legal veio a dispor sobre a inversão do ônus da prova, ou seja, antes do advento do artigo 42 da Lei 9.430/96, era necessário que o Fisco comprovasse o sinal exterior de riqueza do contribuinte para que fosse considerada como omissão de receita a sua movimentação bancária.

Assim, a partir do ano de 1997, os depósitos bancário [sic] os quais não fossem comprovados a sua origem passam a ser considerados como omissão de receita, contudo tal dispositivo legal, apenas inverte o ônus da prova, como podemos ver no artigo 42 da Lei 9.430/96. [...] (f.307)

Da leitura deste dispositivo que inseriu no ordenamento jurídico a inversão do ônus da prova, cabe ao contribuinte a comprovação de que tais depósitos não têm origem certa.

Contudo, o mesmo não ocorreu com o fato gerador, pois, o fato gerador é a situação legalmente definida como necessária e suficiente

para a ocorrência da obrigação principal, conforme disposto no artigo 114 do Código Tributário Nacional.

Podemos concluir que a inversão do ônus da prova, neste aspecto é legal, contudo, a comprovação da efetiva ocorrência do fato gerador, não foi alterada, permanecendo a necessidade de identificação dos fatos para que, na inversão do ônus da prova, seja considerada como omissão de receita.

Desta forma, podemos afirmar que no relatório de folhas 292 a 295, não houve por parte da auditor fiscal identificação do fato gerador, apenas aplicou a inversão do ônus da prova, sobre o saldo contábil das contas bancárias, e lançou de ofício os impostos em comento.

Salientamos que diante do posicionamento da autoridade fiscal que somente efetuou a inversão do ônus da prova sem identificar o fato gerador, cerceia a defesa do contribuinte, ora impugnante. pois. a não identificação completa do fato gerador implica numa defesa sem objetivo real, ou seja, implica numa defesa sem impugnar os verdadeiros fatos que estão sendo imputados ao contribuinte.

(f. 309)

[...]Conforme exposto pela Relatora, é imprescindível que a autoridade fiscal identifique as supostas irregularidades para que não cerceie a defesa do contribuinte, não bastando para isso a verificação da presunção legal, no caso a simples inversão do ônus da prova, mas a identificação da infração, o que não ocorreu nos autos, pois a autoridade apenas presumiu a omissão de receita, com fundamento na Lei 9. 430/96 - no caso de manutenção de passivo sem a exigibilidade comprovada - e omissão de receita sem presunção legal para tanto, qual seja a devolução de produtos. (destaque acrescido)

Desta forma. requer seja declarado nulo o presente auto de infração, por infringir o artigo 142 do CTN.

IV- MÉRITO (f. 309)

IV.1 - DA UTILIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO SIMPLES

Conforme constatado no auto de infração. no relatório de verificação fiscal, a autoridade fiscal utilizou-se de presunção simples, sem, contudo, demonstrar a exatidão dos fatos ocorridos e imputados como infração tributária, fato este que é necessário ao lançamento de ofício efetuado com base em presunção estabelecida em Lei.

Salientamos que a presunção estabelecida por Lei, apenas inverte o ônus da prova, não presume a ocorrência dos fatos geradores, que por sua vez, devem ser efetivamente demonstrados pela autoridade fiscal para que, juntamente com a presunção legal, seja caracterizada como infração tributária e imposta [sic] as sanções cabíveis.

Neste sentido, não sendo demonstrado [sic] a ocorrência do fato gerador, mesmo utilizando presunção legal, requer seja declarado nulo o presente auto de infração, ora impugnado.

IV.II- DA APLICAÇÃO DA MULTA DE 150 %

Em se utilizando presunção como base para o lançamento de ofício, não pode a autoridade fiscal lançar junto ao principal a multa de 150%, com base no inciso II do artigo 44 da Lei 9.430/96 - folhas 295), pois este não é a base legal para tal exigência, pois, o artigo 44 da Lei 9.430/96, tem a redação dada pela Lei 11.488/07, de 15 de junho de 2007, é assim disposto:

[...] (f 311)

Ocorre que o artigo 44 não prevê mais a aplicação da multa de 150% e sim da aplicação da multa de 50%, conforme verificado acima.

Desta maneira, pelo princípio da retroatividade da norma mais benéfica ao contribuinte, requer seja aplicada a multa de 50% na constituição desse crédito tributário, ora impugnado.

Outro aspecto relevante, caso não seja acatado o argumento acima de erro na base legal do auto de infração no tocante a multa, é o fato de que utilizada a presunção de omissão de receita, não sendo comprovada a sua efetividade, como não foi demonstrada nos presentes autos, não é de permanecer a exigência da multa de 150%, pois, a manutenção desta multa agravada configura crime contra a ordem tributária e, não há como coexistir a presunção de omissão de receita com a representação fiscal para fins penais.

Explicamos.

Quando a autoridade fiscal utiliza-se de presunção para efetuar o lançamento de ofício, estamos diante de fatos que presumidamente foram considerados como tal e, no âmbito do criminal não existe a presunção de crime, ou seja, não há a presunção de que o contribuinte praticou o crime. eis que a ocorrência do crime, no processo tributário, deve ser efetivamente comprovado [sic].

Não podendo ser utilizado [sic] a presunção para lançamento do crédito tributário como fato que configura crime da ordem tributária, pois, na esfera do crime há a necessidade de provar o dolo.

Caso não seja acatado tal argumento, a) seja afastada a aplicação da multa agravada de 150%, e aplicada a multa prevista no inciso II do artigo 44 da Lei 9.430/96 (com redação dada pela Lei 11.487/07), retroagindo a norma mais benéfica, b) requer desde já o afastamento de tal representação fiscal para fins penais, pois a autoridade fiscal presumiu tal omissão de receitas e, como presunção, não pode ser vislumbrado [sic] a hipótese de representação fiscal para fins penais tendo como fundamento a presunção e c) seja aplicada a multa no percentual de 75 % face a constituição do crédito tributário pelo arbitramento.

Em vista das considerações a serem expendidas no voto subsequente a respeito da competência desta primeira instância administrativa de julgamento, deixa-se de relatar os seguintes tópicos da impugnação:

- IV.III - DA INCONSTITUCIONALIDADE DA MULTA EM FACE DE SEU CARÁTER CONFISCATÓRIO (f. 312 a 316):

- V- PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO (f. 316 a 318)

- V.I - A IMPRESTABILIDADE DA APLICAÇÃO DA TAXA SELIC P/ APLICAÇÃO NOS TRIBUTOS (f. 318 a 322)

Finalmente, às f. 322 a 324, traz a impugnante seus requerimentos sucessivos, como se transcreve a seguir:

VII - DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, requer:

a) o cancelamento do presente auto de infração, pelas preliminares arguidas;

b) que seja anulado o presente auto de infração pelo bis in idem na constituição de crédito tributário referente a valores ja' constituídos pelo contribuinte;

c) caso não seja cancelado o presente auto de infração, requer que seja determinada a compensação de ofício pela autoridade fiscal que proceder o lançamento, dos tributos recolhidos na modalidade do SIMPLES;

d) que seja declarado nulo o presente auto de infração. por infringir o artigo 142 do CTN, diante da ausência de segurança, exatidão e certeza que cristalino ficou demonstrado, cerceando desta forma a apresentação de defesa por parte do contribuinte, ora impugnante;

e) caso não seja cancelado presente ato [sic] de infração, o que não se espera. seja cancelado pelas razões de mérito, nos termos da fundamentação;

f) Ou, ainda, caso não seja anulado o auto de infração, requer:

f.1) a exclusão da representação fiscal para fins penais, pois a autoridade fiscal presumiu tal omissão de receitas e, por se tratar de presunção juris tantum (que admite prova em contrário), não serve e nem se presta como fundamento para dar calço à eventual ação penal, conforme demonstrado.

f.2) a imprestabilidade da SELIC para atualização dos tributos lançados;

f.3) seja afastada a aplicação da multa agravada de 150%, e aplicada a multa de 50% prevista no inciso 11 do artigo 44 da Lei 9.430/96 (com redação dada pela Lei 11.487/07), retroagindo desta forma a norma mais benéfica ao contribuinte;

f.3.1) seja aplicada a multa de no seu percentual de 75%, face a constituição do crédito tributário pela modalidade do arbitramento.

f.4) o afastamento da aplicação da multa de 150%. por confiscatória;

f.5) seja efetuada diligência junto a instituições financeiras para comprovação dos descontos dos cheques depositados, oriundas dos empréstimos contraídos;

f 6) seja efetuado [sic] diligência junto a Receita Federal do Brasil para comprovação dos valores que compõem o SIMPLES, como o IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

[...] (...)

É o relatório

Processadas as *Defesas*, foi proferido pela 3ª Turma da DRJ de Florianópolis o v. Acórdão, ora recorrido, negando provimento às razões apresentadas, tanto de Manifestação de Inconformidade, como de Impugnação, mantendo a exclusão do Contribuinte do SIMPLES Federal e integralmente os lançamentos de ofício procedidos:

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

Ano-calendário: 2006

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTARIA. OMISSÃO DE RECEITAS. EFEITOS RETROATIVOS.

Exclui-se de ofício do Simples - por determinação legal -, com efeitos a partir do mês de ocorrência da infração, posteriormente reiterada, a pessoa jurídica que, em todos os períodos de apuração mensal do ano-calendário objeto do procedimento fiscal de ofício, omitiu grande parte de sua receita bruta mensal auferida (base de cálculo do Simples Federal), constatada pela falta de escrituração das contas bancárias de sua titularidade e pela falta de comprovação, mediante documentos hábeis e idôneos, da origem dos valores depositados/creditados nas mesmas.

EMPRESA DE PEQUENO PORTE. OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL.

Aplicam-se às empresas de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Federal. desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas.

OMISSÕES DE RECEITAS. PRESUNÇÃO. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

Caracterizam-se como omissão de receita, por presunção legal, os valores creditados em conta de depósito junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

COMPENSAÇÃO DE PAGAMENTOS EFETUADOS SEGUNDO AS NORMAS DO SIMPLES FEDERAL.

Em virtude de exclusão do contribuinte do Simples Federal e sua posterior tributação pelo regime de Lucro Arbitrado, os valores originalmente pagos a título de Simples Federal configuram indébito tributário, cuja utilização, em compensação de valores exigidos por meio do lançamento de ofício, deverá ser pleiteada perante a autoridade local competente da Secretaria da Receita Federal do Brasil descabendo, portanto, a mera dedução de tal indébito dos valores exigidos de ofício.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006

PRELIMINAR. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO ANTERIOR À EXCLUSÃO DEFINITIVA DO SIMPLES. ATIVIDADE VINCULADA.

Em homenagem ao princípio jurídico da indisponibilidade do crédito tributário, este deve ser constituído de ofício pela autoridade administrativa em atividade vinculada, tão logo constatada qualquer infração à legislação, a fim de preservá-lo da decadência; é garantido ao sujeito passivo o exercício de seu direito ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, entre esses o direito a suspensão dos efeitos da exclusão do Simples Federal e da exigibilidade do crédito tributário lançado - até tomarem-se definitivas a exclusão do Simples Federal e a constituição do crédito tributário na instância administrativa.

OMISSÃO DE REGISTRO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. ARBITRAMENTO DO LUCRO.

Os valores creditados em conta corrente bancária de sua titularidade, em relação aos quais o sujeito passivo, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, caracterizam omissão de registro de receita, que será adicionada à base já declarada, para o arbitramento do lucro, quando o contribuinte deixar de registrar em sua escrituração contábil (ou, alternativamente, em Livro Caixa) a existência e a movimentação financeira de contas bancárias de sua titularidade.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL/LIVRO CAIXA. MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA.

A falta de escrituração contábil, ou de Livro Caixa, que contenha a movimentação financeira realizada por meio das contas bancárias de titularidade da pessoa jurídica, implica o arbitramento do lucro.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2006 LANÇAMENTOS DECORRENTES. EFEITOS DA DECISÃO RELATIVA AO LANÇAMENTO PRINCIPAL.

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

ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E DE ILEGALIDADE. LIMITES DE COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, e são incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e de ilegalidade.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. CONTROVÉRSIAS.

A instância de julgamento da administração tributária federal não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Diante de tal revés, foram opostos os Recursos Voluntários (na mesma data, um versando um especificamente sobre a exclusão do SIMPLES Federal e outro sobre as exigências dos lançamentos de ofício), trazendo as mesmas alegações de Impugnação e Manifestação de Inconformidade, repisando as razões de afastamento do ADE, as supostas nulidades no lançamento, bem como as alegações materiais de improcedência das exações.

Na sequência, os autos foram encaminhados para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella - Relator

Independentemente da oposição de 2 (dois) arrazoados distintos, protocolados na mesma data, ambos titulados Recurso Voluntário, tem-se que são manifestamente tempestivos e suas matérias se enquadram na competência desse N. Colegiado. Os demais pressupostos de admissibilidade igualmente foram atendidos.

Proceder-se-á ao julgamento como que se diante de razões aduzidas em apenas uma peça recursal.

Exclusão do SIMPLES Federal

Inicialmente, passa-se a apreciar a matéria referente ao Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 129/2009, que promoveu a exclusão da Recorrente do SIMPLES Federal, a partir de janeiro de 2006.

Conforme relatado, o fundamento exclusivo para a exclusão da Contribuinte foi a *prática reiterada* [de infração] à *legislação tributária*, consoante o disposto no artigo 14, inciso V, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, fato que importa em hipótese de exclusão de ofício do SIMPLES, com fundamento no artigo 12, da mesma Lei.

Nesse sentido, como consta dos autos, a *prática reiterada de infração* traduz-se em *omissão de receitas*, imputada à Contribuinte integralmente com base na presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/96, pelo preciso período de janeiro a dezembro de 2006.

Ou seja, o cometimento da mesma *infração* por período de 12 meses foi considerado pela Autoridade Fiscal subscritora do ADE como bastante para a configurar a hipótese do art. 14, inciso V, da Lei nº 9.317/96.

Tendo em vista que a matéria é controversa, cabe aqui breve consideração sobre a abrangência do conceito de *prática reiterada* para fins de adequação e permanência no SIMPLES Federal.

Diferentemente do SIMPLES Nacional, posteriormente instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, que em seu art. 29, § 9^o¹, delimita o alcance do conceito empregado de *prática reiterada*, a Lei nº 9.317/96 que regula o SIMPLES Federal mantém indeterminada esta mesma conceituação, inclusive para fins de exclusão do contribuinte.

Pois bem, primeiro deve-se mencionar que há entendimento no qual defende-se que, tratando-se de *sistemática* que submete o contribuinte a recolhimentos mensais e mencionando a Lei nº 9.317/96 exclusões *a partir do mês subsequente*, o critério de reiteração, para fins do antigo SIMPLES Federal, seria, então, mensal.

Ainda que *plausível* tal fundamentação, primeiramente, há de se considerar cenário no qual, somente não incorreria o contribuinte em *prática reiterada* se a infração apurada pelo Fisco limita-se exclusivamente a um único e singular mês.

Além disso, deve-se também ter em consideração que os contribuinte optante pelo SIMPLES Federal estavam sujeitos à apresentação de Declaração Simplificada das Pessoas Jurídicas, anualmente, na qual consolidavam-se todas as informações e eventos de relevância fiscal do contribuinte do ano-calendário.

Assim, não obstante não se mostrar *razoável* a adoção de critério mensal para a determinação de reiteração, tal critério não é absoluto para apuração definitiva dos tributos devidos pela sistemática do SIMPLES Federal, vez que sujeitos a uma declaração anual.

E especificamente tratando o presente de caso de infração de *omissão de receitas*, diante da única constatação concreta de não ter o Contribuinte informado as contas bancárias e sua respectiva movimentação no ano-calendário de 2006, apurada exclusivamente

¹ § 9^o Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

por meio da presunção veiculada pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96, tal linha de pensamento ganha enorme relevância.

Primeiro porque a infração em tela não abrange nenhuma postura ativa, *comissiva* - mas apenas a conduta *omissiva* em relação a informar sua movimentação financeira, sendo, por causa de tal *silêncio*, considerados os depósitos colhidos pela Fiscalização como receita omitida tributável (e ausente também, mas já em fase fiscalizatória, justificativa considerada apta para elidir a presunção legal aplicável).

Tem-se aqui já que a *definitividade* (diga-se, até impropriamente, *aperfeiçoamento*) da ocorrência de tal infração esteve, na verdade, condicionada à apresentação da mencionada Declaração, referente a todos os meses do ano-calendário, sem tais informações bancárias (o que, de fato, ocorreu no presente caso).

Tanto assim é que a própria Fiscalização instrui os autos com cotejo direto, constante em *dossiê integrado* (fls. 674 a 679), das Declarações anuais da Contribuinte com as DCPMF das Instituições financeiras. Logo depois, acosta cópia da Declaração Simplificada das Pessoas Jurídicas do ano-calendário de 2006, confirmando a ausência de informação da movimentação bancária colhida.

Considerando o acima exposto, denota-se que o *ciclo de ocorrência eficaz* (e, conseqüentemente, apuração) da infração de omissão de receitas, com base na ausência de informação de depósitos bancários, considerados de natureza e origem não comprovada, e nos termos presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/96, é anual.

Frise-se que não existe qualquer menção sobre a ocorrência da mesma infração em anos-calendário anteriores.

Dessa forma, a *reiteração* na prática dessa infração dependeria - pelo menos - da sua ocorrência eficaz, em mais um *período* do ano-calendário de 2007, colhida após a apresentação da Declaração Simplificada das Pessoas Jurídicas desse outro exercício.

No mesmo sentido, confira-se o recente Acórdão nº 1401-002.639, proferido pela 1ª Turma Ordinária desta mesa 4ª Câmara, de votação unânime e relatoria da I. Conselheira Lívia De Carli Germano, publicado em 04/07/2018:

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

Ano- calendário: 2005

EXCLUSÃO DO SIMPLES BASEADA EM PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO. OMISSÃO QUANTO A INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. AUSÊNCIA DE PROVA.

Na vigência da Lei 9.317/1996 a pessoa jurídica estava obrigada a (i) efetuar o pagamento unificado dos tributos calculados sobre sua receita bruta até o 10º da subsequente ao auferimento da receita; e (ii) apresentar, anualmente, declaração simplificada, até o último dia útil do mês de maio do ano-calendário subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores. Apenas se pode considerar que a contribuinte omitiu contas bancárias após o prazo de entrega da Declaração Anual Simplificada em que não conste tal informação. Ademais, para concluir pela existência de prática reiterada dessa omissão é necessário prova de que tal ausência ocorreu por pelo menos mais um ano calendário, o que não foi o caso.

(...)

A legislação do Simples de fato prevê a exclusão da contribuinte deste regime no caso de "prática reiterada de infração à legislação tributária" (art. 14, V, da Lei 9.317/1996), ocasião em que a exclusão se opera "a partir, inclusive, do mês de ocorrência de quaisquer dos fatos" (art 15, V, do mesmo diploma legal).

No caso, portanto, a infração à legislação tributária da qual se acusa a Recorrente é a omissão de contas bancárias de sua escrituração, sendo a prática reiterada dessa omissão a causa para a sua exclusão do Simples.

Com isso, importa saber quando é que se pode entender que houve omissão de contas bancárias ao Fisco e quando tal omissão pode ser considerada reiterada.

Ora, a omissão pressupõe a existência de uma conduta ativa obrigatória que é então descumprida. Assim, só se pode entender que alguém omitiu uma informação quando deva prestar tal informação e não o faça.

No caso, sendo a Recorrente optante pelo Simples na vigência da Lei 9.317/1996, ela estava obrigada a (i) efetuar o pagamento unificado dos tributos calculados sobre sua receita bruta até o 10º (SIC) da subsequente ao auferimento da receita; e (ii) apresentar, anualmente, declaração simplificada, até o último dia útil do mês de maio do ano-calendário subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores.

*Portanto, apenas se pode considerar que houve omissão quanto à informação ao Fisco sobre as contas bancárias que a Recorrente movimentou em 2005 em abril de 2006, caso estas não constassem da Declaração Anual Simplificada. Ademais, para concluir pela existência de prática **reiterada** dessa omissão seria necessário verificar se tal*

ausência ocorreu por pelo menos mais um ano calendário, seja ele o ano anterior ou posterior a 2006.

No caso, não consta que a autoridade fiscal tenha analisado períodos que não o ano-calendário 2005.

Desde já então, entende-se que a verificação de infração de omissão de receitas, sob os fundamentos e circunstâncias do caso em tela, por período precisamente anual, ainda que *limitrofe*, não se amolda devidamente à hipótese de *prática reiterada de infração*, prevista no inciso V do art. 14 da Lei nº 9.317/96.

Apenas a título de acréscimo argumentativo, informa-se que existe entendimento de que o art. 29, §9 da Lei Complementar nº 123/2006, teria natureza interpretativa, podendo ser aplicado *retroativamente* aos casos pendentes de desfecho jurisdicional, trazendo a necessária e derradeira definição legal de *prática reiterada*, e, logo, isonomia e segurança jurídica, inclusive para as contendas referentes à exclusão do SIMPLES Federal.

Ilustrando, confira-se o Acórdão nº 1201-001.413, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara dessa 1ª Seção, de votação unânime e relatoria da I. Conselheira Ester Marques Lins de Sousa, publicado em 14/06/2016:

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

Ano-calendário: 2003, 2004

EXCLUSÃO DO SIMPLES. PRÁTICA REITERADA.

Após o advento da Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006 que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e revoga a Lei nº 9.317/96, e, em respeito ao princípio da isonomia, de acordo com o qual todos os indivíduos são iguais diante da lei, sem que haja distinção e/ou diferenciação entre eles, deve ser aplicada a noção de "prática reiterada de infração à legislação tributária " como definida no § 9º do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006, nos casos não definitivamente julgados em que se discuta a exclusão do SIMPLES com base no inciso V do artigo 14 da Lei nº 9.317/96.

SIMPLES. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006.

O § 9º do artigo 29 da Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006, denota sua natureza interpretativa, tornando clara quais as circunstâncias apuradas evidenciam a prática reiterada de infração à legislação tributária para fins de exclusão do Simples Nacional. Assim, em consonância com o artigo 106 do CTN o qual dispõe que a lei se aplica

a ato ou fato pretérito, em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, o mencionado dispositivo legal deve ser invocado para que a mesma interpretação dada ao § 9º do artigo 29 da Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006 seja aplicada nos casos não definitivamente julgados, em que se discute a exclusão do SIMPLES em virtude de prática reiterada de infração à legislação tributária o que se deve considerar como prática reiterada em quais condições a pessoa jurídica deve ser excluída do SIMPLES pela prática reiterada de infração à legislação tributária.

AUTOS DE INFRAÇÃO DECORRENTES DA EXCLUSÃO DO SIMPLES QUE EXIGEM O IRPJ, CSLL, PIS e Cofins.

Afastada a EXCLUSÃO DO SIMPLES, por decorrência restam também afastados os tributos exigidos (IRPJ, CSLL, PIS e Cofins) por não terem sido apurados com base nas regras dispostas na legislação do SIMPLES.

Destarte, caso vencido em relação ao primeiro entendimento acima apresentado, independentemente do debate de retroação ou não do disposto no art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006, mas considerando que, até a edição de tal Lei, o conceito de *prática reiterado* era legalmente indeterminado, sendo a exclusão do SIMPLES Federal manobra *punitiva*, deve ser ponderada a adoção de seus elementos, pelo menos para se afastar o critério *mensal* de reiteração e dar relevância à inexistência de Autuações pretéritas da Contribuinte sobre o mesmo tema.

Diante disso, deve ser afastada a **exclusão** da Contribuinte do SIMPLES Federal, com base do art. 14, inciso V, da Lei nº 9.317/96, promovida a partir de janeiro de 2006. Frise-se que este foi o **único e exclusivo** fundamento para a exclusão, como se verifica do art. 1º do ADE em questão (*vide* fls. 673):

Art. 1º O contribuinte CERÂMICA FLAVIO SALVAN LTDA, CNPJ - 83.863.191/0001-42, excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, por prática reiterada [sic] à legislação tributária, consoante o disposto no artigo 14, inciso V, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, fato que importa em hipótese de exclusão de ofício do SIMPLES, com fundamento no artigo 12, da mesma Lei.

Art. 2º A presente exclusão surtirá efeitos a partir de 1º de janeiro de 2006, conforme disposto no inciso V do artigo 15º da Lei 9.317/96, facultada a apresentação de manifestação de inconformidade, no prazo de 30 (trinta) dias da ciência, à Del cia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis-SC. (destacamos)

Não se menciona no ADE, como fundamento para a exclusão da Contribuinte desse *sistema* especial de apuração de tributos, o extrapolamento da receita bruta auferida

(como, diferentemente, fez-se no TVF). Entende também que a motivação e o fundamento desse ato administrativo, autônomo e individual (de competência específica dos Delegados Regionais e não do Auditor Fiscal que lavrou a Autuação) não podem ser, em Segunda Instância administrativa, completamente substituídos.

Por consequência, os Autos de Infração lavrados em face de tal ato da Administração Tributária não podem prevalecer igualmente, vez que adotada sistemática de apuração diversa do SIMPLES Federal na sua lavratura.

E frise-se que, em relação ao cancelamento das Autuações, sem efeito seria tal reparação na motivação do *ADE*, pois, mesmo que se entenda que possível *manter* a exclusão da Contribuinte pelo extrapolamento do limite da receita bruta (R\$ 2.400.000,00) percebida no ano-calendário de 2006 e apontada apenas no TVF, sua exclusão dar-se-ia com base no inciso IV, do art. 15 da Lei nº 9.317/96, iniciando-se apenas no ano-calendário seguinte, em 2007.

Caso vencido quanto à ocorrência de *prática reiterada*, entende-se que a exclusão deveria se operar a partir de fevereiro de 2006 (e não janeiro do mesmo ano-calendário), merecendo *reforma* o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 129/2009.

Consequentemente, deve ser exonerada, desde já, a parcela dos tributos exigidos referentes a mês de janeiro de 2006.

Autuações

Uma vez vencido quanto ao afastamento da exclusão da Contribuinte do SIMPLES Federal, passa-se a apreciar as Autuações objeto dessa contenda.

Antes mesmo de adentrar as matérias preliminares arguidas pela ora Recorrente, este Conselheiro procede ao reconhecimento de ofício de nulidade em parte dessas Autuações lavradas, agora sob julgamento.

Como relatado, a presente contenda abrange lançamentos de ofício, individualmente formalizados, fundamentados sob a mesma infração de omissão de receitas, de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

Em face da exclusão da Contribuinte do Simples Federal desde janeiro de 2006 e ausência de escrituração adequada, adotou-se o Lucro Arbitrado para a obtenção das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, procedendo nas Autuações à apuração de montas trimestrais destes tributos - postura fiscal esta que revela-se adequada.

Por outro lado, em relação à Contribuição ao PIS e à COFINS, a Autoridade Fiscal também procedeu à apuração trimestral dessas contribuições (*vide* fls. 780 a 791).

Ainda que não alegado pela Parte, o mencionado procedimento mostra-se equivocado, em desacordo com as normas legais de apuração de tais tributos, vigentes desde o tempo da ocorrência dos fatos geradores colhidos, o que implica na nulidade das exações, por desconformidade aos requisitos impostos do art. 142 do CTN.

Sem necessidade de maiores aprofundamentos e demonstrações jurídicas, é notório que a apuração das referidas Contribuições é mensal, independentemente de ter se adotado o Lucro Arbitrado para o IRPJ e para a CSLL, devendo, mesmo em casos como o presente, quando o contribuinte é autuado em período abrangido por exclusão do SIMPLES Federal, ser considerada a sua periodicidade mensal.

No mesmo sentido da posição jurisdicional agora adotada, confira-se o Acórdão nº 1201-001.408, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara dessa mesma 1ª Seção, de relatoria do I. Conselheiro Roberto Caparroz de Almeida, publicado em 05/05/2016, que negou provimento a Recurso de Ofício:

(...)

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano calendário: 2005, 2006

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. DECORRÊNCIA.

Tratando-se de tributação reflexa decorrente de irregularidades apuradas no âmbito do Imposto sobre a Renda, constantes do mesmo processo, aplicam-se à CSLL, por relação de causa e efeito, os mesmos fundamentos do lançamento primário.

PIS E COFINS. ERRO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. CRITÉRIOS TEMPORAL E QUANTITATIVO DO LANÇAMENTO. INOBSERVÂNCIA DO PERÍODO DE APURAÇÃO MENSAL.

Os lançamentos de ofício do PIS e da COFINS devem adotar o regime de apuração mensal, sendo nulos quando efetuados trimestralmente,

por afronta aos critérios temporal e quantitativo previstos no artigo 142 do CTN.

MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA.

A multa de ofício integra a obrigação tributária principal e, por conseguinte, o crédito tributário, sendo legítima a incidência de juros de mora.

TAXAS DE JUROS. SELIC. CABIMENTO.

Descabe na esfera administrativa qualquer discussão acerca de constitucionalidade de lei em vigor. Aplicação das Súmulas n. 2 e n. 4 deste Conselho.

(...)

O Recurso de Ofício foi apresentado ante a exoneração de parte do crédito autuado, correspondente ao PIS e à COFINS, que foram objeto de análise de ofício na decisão recorrida.

*Com efeito, aquele acórdão considerou que a fiscalização, equivocadamente, apurou os dois tributos de **forma trimestral**, ao contrário do que prevê a legislação, nos seguintes termos:*

Trata-se de erro que gera reflexos não apenas no critério temporal do lançamento previsto no artigo 142 do CTN, mas também no quantitativo, tendo em vista que o cálculo dos juros moratórios resta alterado.

*Nesse sentido, adstrita ao princípio de legalidade, não resta outra alternativa senão **conhecer ex officio** a ilegalidade do ato administrativo. Por consequência, restam improcedentes os lançamentos do PIS e da Cofins.*

*De fato, o Decreto n. 4.524/2002 estabelece como **mensal** o período de apuração das referidas contribuições:*

Art. 74. O período de apuração do PIS/Pasep e da Cofins é mensal (Lei Complementar nº 70, de 1991, art. 2º, e Lei nº 9.715, de 1998, art. 2º).

Assim, correta a posição da Delegacia de Julgamento. (destacamos)

Por fim, consigne-se que é prerrogativa do Julgador administrativo fiscal conhecer de nulidades, como a presente, sem a provocação do recorrente, sendo de interesse público o afastamento de vícios e manifestas inconformidades legais presentes nos atos e procedimentos submetidos a julgamento.

Posto isso, devem ser canceladas, integralmente, as exações de Contribuição ao PIS e COFINS debatidas no presente feito.

Agora então, serão analisadas as matéria preliminares arguidas pela Recorrente.

Observa-se que dentre os temas referentes à *regularidade* e à correção dos lançamentos de ofícios, a Contribuinte aponta que a Autoridade Fiscal não teria procedido à subtração (*compensação*) dos valores de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS por ela já recolhidos no ano-calendário de 2006, sob a sistemática do SIMPLES Federal, configurando *bis in idem* nessa parcela da exação.

A DRJ já enfrentou tal tema, afastando o argumento da Recorrente, posicionando-se da seguinte maneira:

Analizando os autos de infração em que se encontra formalizado o lançamento conclui-se que, de fato, a autoridade fiscal não considerou os valores pagos ou declarados pela contribuinte segundo as regras do Simples Federal.

Tal fato sugere que tenha havido um equívoco ou esquecimento por parte da autoridade autuante. No entanto, o procedimento é legítimo, como se verá a seguir.

Sabe-se que a contribuinte, durante o ano de 2006, encontrava-se enquadrada por opção no Simples Federal, tendo recolhido/declarado suas obrigações tributárias segundo esse regime. Sabe-se, ainda, que o lançamento ora impugnado foi efetuado segundo as regras do Lucro Arbitrado.

Se o lançamento tivesse sido efetuado segundo as regras do próprio Simples Federal, não haveria compensação mas mera dedução dos valores já pagos no mesmo sistema de apuração.

O regime utilizado no lançamento fiscal (Lucro Arbitrado) não coincide com o regime segundo o qual a contribuinte recolheu/declarou seus tributos. Neste caso, os pagamentos efetuados têm natureza de indébito e, portanto, a fiscalização não poderia considerar os valores pagos/declarados pela contribuinte, pois, se o fizesse, estaria procedendo a uma compensação de créditos de natureza diferente dos débitos. Não seria uma mera dedução de valores já pagos, como se a requerente houvesse permanecido no Simples Federal.

E por que a fiscalização não poderia proceder a uma compensação?

Porque a compensação é um instituto que tem rito próprio, regulado principalmente pelo art. 170 do CTN, pelo art. 74 da Lei nº 9.430/96 e pela Instrução Normativa RFB nº 900, de 2008.

Assim, os pagamentos efetuados segundo as regras do Simples Federal podem ser utilizados para quitar débitos próprios, mas mediante procedimento específico, observadas a competência administrativa e as

disposições contidas em atos normativos expedidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (destacamos - fls 874).

Diverge-se, diametralmente, da posição adotada pela DRJ.

O fato de um dado tributo ter sido apurado pelo contribuinte, em determinado período, dentro de um determinado regime ou sistemática e depois - por meio de atos de ofício da Administração Tributária - impõe-lhe a cobrança dos mesmos tributos referentes ao mesmo período, mas sob outro modalidade de apuração, é certa e imperiosa a necessidade de *abatimento* das parcelas já adimplidas, sob pena de *bis in idem*, como bem apontado pela Parte.

Distinções entre regimes, ou mesmo *sistemáticas*, de apuração e recolhimento **não** tem o condão de alterar a natureza e a espécie dos tributos.

E a afirmação da DRJ de que a Fiscalização não poderia proceder a uma *compensação* de tais valores, pois a compensação é um instituto que tem rito próprio, regulado principalmente pelo art. 170 do CTN, pelo art. 74 da Lei nº 9.430/96 e pela Instrução Normativa RFB nº 900/2008, simples e claramente, não procede - além denotar um excesso de apego lógico-semântico do I. Julgador a quo ao termo *compensação*, empregado pela ora Recorrente.

Logo, para a devida e completa regularidade da cobrança imposta à Contribuinte deveria a Autoridade Fiscal ter promovido a *dedução* (ou a *subtração*, ou o *abatimento*, ou até mesmo a *compensação*, diga-se, sendo irrelevante a palavra utilizada para designar a manobra) dos valores dos tributos já adimplidos no período.

E se não houve recolhimentos, deveria ter a Fiscalização expressamente consignado tal fato, esclarecendo que não procedeu a tal operação de redução do valor da cobrança por inexistência de pagamentos, ratificando a correção quantitativa dos lançamentos de ofício - o que **não** ocorreu no presente caso.

Desse modo, verifica-se, com segurança, que não foi procedido pela Autoridade Fiscal a *dedução* dos valores já recolhidos pela Contribuinte no período colhido, pela *sistemática* do SIMPLES Federal, com os tributos agora que lhes são exigidos.

Frise-se que a própria Fiscalização alega e documenta que no ano-calendário de 2006 a Recorrente apurou e declarou receita tributável na monta de R\$ 518.321,83 (*vide* fls. 805 e 680 a 697).

Mas, diga-se, é certo que não há registro nos autos (nem instruindo as peças da Contribuinte) de provas de recolhimentos, propriamente ditas, lembrando que o objeto infracional das Autuações é *omissão de receitas*.

Por um lado, não se pode simplesmente presumir como totalmente adimplidos os tributos referentes aos valores declarados pela Contribuinte no ano-calendário de 2006, na *sistemática* do SIMPLES Federal.

Por outro, muitos menos, pode-se presumir que a Contribuinte não recolheu os tributos sobre os valores que efetivamente declarou - principalmente considerando o total silêncio da Autoridade Fiscal sobre não ter procedido à dedução de tributos anteriormente pagos ou, especificamente, acerca de eventual ausência de pagamentos, confirmada.

Agravando, a Recorrente apenas aponta pela falta de *compensação* e pedido processual correspondente, mas deixa de quantificar a monta recolhida a ser reduzida das Autuações.

Na verdade, em suma, entende este Conselheiro que somente existem indícios de que existem pagamentos de tributos, pelo SIMPLES Federal, no ano-calendário de 2006, considerando os documentos acostados no feito.

Desse modo, revela-se aqui adequada e prudente a realização de diligência, conferindo, tanto à Unidade Local a possibilidade de proceder à manobra ou à constatação de inexistência de pagamentos, que deveria ter sido feito inicialmente, como à Contribuinte a oportunidade de *quantificar* seu pedido.

Inclusive, se houver divergência em relação à monta dos pagamentos, tal controvérsia será dirimida em julgamento e não na fase executória da decisão prevalecente nos autos.

Diante do exposto, e considerando ter sido vencido em relação da matéria acerca da indevida exclusão do contribuinte do SIMPLES Federal, resolve-se por determinar a

realização de diligência, para que a D. Unidade Local de fiscalização, à luz do Parecer COSIT nº 02/2018:

- 1.a) intime o Contribuinte para apresentar o cálculo e a comprovação correspondente dos valores de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, recolhidos de janeiro a dezembro de 2006, ainda que pela sistemática do SIMPLES Federal;
- 1.b) independentemente do cumprimento ou não da determinação do *Item 1.a* acima, proceda à Autoridade Fiscal à consulta dos sistemas da RFB, localizando pagamentos e compensações de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS efetuados pela Contribuinte sob sistemática do SIMPLES Federal no ano-calendário de 2006.
- 2) Se for o caso, proceda a Unidade Local ao confronto dos cálculos e documentos apresentados pela Contribuinte com o resultado das consultas procedidas aos sistemas da RFB, verificando a eventual existência de divergências.
- 3) Elaborar Relatório conclusivo, no qual:
 - 3.1) havendo divergências (inclusive a inexistência de pagamentos), aponte os fundamentos e registros que suportam a conclusão alcançada;
 - 3.2) no caso da confirmação do adimplemento de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, ainda que parcial daquilo declarado pela Contribuinte, proceda a novo cálculo do valor das exações em tela, subtraindo a parcela do crédito tributário que já foi satisfeito.
- 4) deverá ser dada ciência ao Contribuinte do Relatório elaborado, com a abertura do devido prazo legal para manifestação, antes do retorno dos autos para julgamento.

(assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella

Voto Vencedor

Evandro Correa Dias - Redator Designado

O i. relator, no seu voto, por entender que a verificação de infração de omissão de receitas, sob os fundamentos e circunstâncias do caso em tela, por período precisamente anual, ainda que limítrofe, não se amolda devidamente à hipótese de prática reiterada de infração, prevista no inciso V do art. 14 da Lei nº 9.317/96, concluiu que deve ser afastada a exclusão da Contribuinte do SIMPLES Federal, promovida a partir de janeiro de 2006.

Contudo, no entender do colegiado discorda-se do i. relator, decidindo-se, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário na parte que requeria a anulação do ato declaratório de exclusão do Simples Federal em face de prática reiterada de infração.

Conforme relatado, o fundamento exclusivo para a exclusão da Contribuinte foi a prática reiterada de infração à legislação tributária, consoante o disposto no artigo 14, inciso V, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, fato que importa em hipótese de exclusão de ofício do SIMPLES, com fundamento no artigo 12, da mesma Lei.

Constata-se que consta dos autos, a prática reiterada de infração de omissão de receitas, imputada à Contribuinte com base na presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/96, pelo período de janeiro a dezembro de 2006.

Verifica-se que a recorrente ao longo dos doze períodos de apuração compreendidos no ano-calendário de 2006, sistematicamente omitiu grande parte de sua receita bruta mensal auferida, fato apurado pela constatação da falta de escrituração das contas bancárias e pelos depósitos/créditos bancários de origem não comprovada (após intimação em que individualizados os créditos a comprovar) durante procedimento fiscal.

Adota-se e aplica-se nessa decisão, o entendimento que, tratando-se de sistemática que submete o contribuinte a recolhimentos mensais e mencionando a Lei nº 9.317/96 exclusões a partir do mês subsequente, o critério de reiteração, para fins do antigo SIMPLES Federal não pode ser outro, senão o mensal.

Verifica-se que o cometimento da mesma *infração* por período de 12 meses foi considerado corretamente pela Autoridade Fiscal subscritora do *ADE* como bastante para a configurar a hipótese do art. 14, inciso V, da Lei nº 9.317/96, transcrito a seguir.

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

[...]

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;

Os efeitos da exclusão devem ser a partir de janeiro de 2006, **mês de ocorrência da infração**, posteriormente reiterada, em todos os períodos de apuração mensal do ano-calendário objeto do procedimento fiscal, de acordo com o Art. 15, inciso V, da Lei nº 9.317/96, transcrito a seguir.

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

V - a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior.

É de concluir-se, portanto, pela improcedência do recurso voluntário nesse parte, com a manutenção da exclusão do Simples Federal, uma vez que a conduta mantida pela manifestante ao longo dos doze períodos de apuração compreendidos no ano-calendário de 2006, de sistematicamente omitir receita, efetivamente praticou reiterada infração à legislação tributária, sendo de aplicar-se-lhe o disposto no art. 14, inciso V, da Lei nº 9.317, de 1996.

Portanto, deve ser rejeitada a preliminar de nulidade e mantido integralmente o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 129, de 20 de novembro de 2009, da DRF em Florianópolis - SC, que determinou a exclusão da pessoa jurídica do Simples Federal com efeitos a partir de 19 de janeiro de 2006.

Conclusão

Do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário na parte que requeria a anulação do ato declaratório de exclusão do Simples Federal em face de prática reiterada de infração.

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias