



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

Processo nº 15540.000567/2010-26
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1102-000.912 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de agosto de 2013
Matéria SIMPLES FEDERAL. Omissão de receitas com base em depósitos bancários não comprovados. Exclusão do SIMPLES FEDERAL.
Recorrente TOP SERRA DISTRIBUIDORA LTDA EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2006

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

O contraditório e a ampla defesa quanto ao ato de exclusão de ofício são assegurados no âmbito do processo tributário administrativo.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. IMPLEMENTAÇÃO E EFEITOS.

A exclusão de ofício deve ser implementada quando constatado que foi ultrapassado o limite de receita bruta anual, produzindo efeitos a partir do ano-calendário subsequente àquele em que foi ultrapassado.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. EXTRATOS FORNECIDOS PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE. EXAME DE INFORMAÇÕES.

A intimação para a apresentação e o consequente exame da movimentação financeira estão em consonância com a obrigatoriedade de qualquer pessoa jurídica comprovar, perante a fiscalização, a efetividade de sua escrituração contábil/fiscal.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Configuram omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nestas operações.

PROGRESSIVIDADE DAS ALÍQUOTAS.

Aplica-se a consequência normativa veiculada por lei quando o enunciado do seu antecedente claramente atinge o caso concreto.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé - Presidente.

Documento assinado digitalmente.

Ricardo Marozzi Gregorio - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, Antonio Carlos Guidoni Filho, José Evande Carvalho Araujo, Francisco Alexandre dos Santos Linhares, Ricardo Marozzi Gregorio e João Carlos de Figueiredo Neto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por TOP SERRA DISTRIBUIDORA LTDA EPP contra acórdão proferido pela 2ª Turma da DRJ/Rio de Janeiro I que concluiu pela procedência dos lançamentos efetivados e do ato de exclusão do SIMPLES FEDERAL.

Os créditos tributários lançados, referentes aos tributos abrangidos na sistemática do SIMPLES FEDERAL, devidos nos períodos de apuração correspondentes ao ano-calendário de 2006, totalizaram o valor de R\$ 2.107.004,99.

A autuação foi fundamentada na omissão de receitas apurada em créditos/depósitos bancários cuja origem restou não comprovada após não aceitação de justificativas parciais, uma vez que “nenhum documento ou esclarecimento adicional foi apresentado” (conforme o item 11 do Termo de Verificação e Constatação Fiscal, às fls. 11, correspondente às fls. 13 do processo digital). Ainda assim, procedeu-se à exclusão dos valores relativos a: (i) cheques depositados/devolvidos e (ii) receita bruta constante da DSPJ.

Cumpre ressaltar que não houve quebra do sigilo bancário porque os extratos da movimentação bancária foram regularmente apresentados pela empresa autuada no decorrer do procedimento de fiscalização.

Além disso, foi editado o Ato Declaratório Executivo nº 140/2010, de 29 de novembro de 2010 (fls. 219, correspondente às fls. 222 do processo digital), o qual excluiu a

empresa do regime de tributação do SIMPLES FEDERAL, a partir do ano-calendário de 2007, devido a esta ter ultrapassado o limite de receita bruta em 2006, com apoio nos fatos que fundamentaram a própria autuação.

A já mencionada 2ª Turma da DRJ/Rio de Janeiro I, ao apreciar a impugnação interposta em face do feito fiscal, proferiu o Acórdão nº 12-37.213, de 13 de maio de 2011, por meio do qual decidiu pela procedência dos lançamentos efetivados e do ato de exclusão do SIMPLES FEDERAL.

Na parte que interessa, assim figurou a ementa do referido julgado:

OMISSÃO DE RECEITAS.

Apurada presumida omissão de receitas, impõem-se as exigências tributárias consequentes.

EXCLUSÃO DO SIMPLES

Ultrapassada a receita bruta, a exclusão do SIMPLES é imediata, *ex officio*, para o ano calendário posterior, inerte o sujeito passivo.

Inconformada, a empresa autuada apresentou dois recursos voluntários, um para contestar a exclusão do SIMPLES FEDERAL e o outro para contestar a autuação. Nesses recursos, apesar de alguma redundância, ofereceu os seguintes argumentos:

- a) Deve ser decretada a nulidade do ato declaratório de exclusão do SIMPLES FEDERAL por inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a empresa deveria ter sido notificada, antecipadamente, da existência do fato que conduziria a expedição de tal ato. Nesse sentido, transcreve trecho de decisão que concedeu tutela antecipada em recurso especial interposto no STJ.
- b) Não havia motivação para a expedição do ato declaratório de exclusão do SIMPLES FEDERAL porque este foi lavrado em 29/11/2010 e ainda não havia sido caracterizada a ultrapassagem ao limite da receita bruta, a qual só se configurou com a ciência da autuação em 17/12/2010. O ato declaratório deve, portanto, ser invalidado por ter sido confeccionado ao arrepio da situação fática encontrada na data em que foi lavrado.
- c) Não se constatou a indispensabilidade de exame das informações financeiras obtidas junto às instituições bancárias dentre as hipóteses prescritas no artigo 6º da Lei Complementar nº 105/01 e o artigo 2º, § 5º, do Decreto nº 3.724/01. No recurso que contesta a exclusão do SIMPLES FEDERAL, exemplifica tal alegação escolhendo duas das hipóteses de indispensabilidade (gastos ou investimentos realizados em montante superior à renda disponível e movimentação financeira dez vezes superior à renda declarada) e afirmando que a fiscalização não teria comprovado suas ocorrências. No recurso que contesta a autuação, enfrenta o entendimento da DRJ segundo o qual a própria empresa teria apresentado

os extratos bancários. Para a recorrente, não só a requisição da movimentação financeira, mas também seu próprio exame está condicionado à verificação de uma das hipóteses de indispensabilidade.

- d) Os depósitos bancários não podem ensejar a presunção de omissão de rendimentos se desacompanhados de outros indícios (posição da jurisprudência na Súmula nº 182 do TFR). À guisa de exemplos, menciona que alguns conjuntos de depósitos tratavam de duplicatas emitidas para cobrir conta garantida de empréstimos e outros de trocas de cheques de terceiros por dinheiro em espécie. No que se refere a esses valores com origem comprovada, alega que na remota hipótese de renda ainda não tributada, deveria se observar o que dispõe o § 2º do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, ou seja, a sujeição às normas de tributação específica previstas na legislação vigente à época em que foram auferidos.
- e) A fiscalização calculou a receita omitida informando valores globalizados sem individualizar quais depósitos foram considerados de origem não comprovada. No recurso que contesta a autuação, enfrenta o entendimento da DRJ segundo o qual as extensas relações integrantes das intimações comprovariam a individualização dos créditos. Para a recorrente, não há vínculo entre os depósitos e a receita declarada e com isso passa a ter dificuldade em identificar que depósitos compõem a receita omitida para que pudesse comprovar sua origem.
- f) Relativamente aos lançamentos correspondentes aos períodos de apuração posteriores a maio de 2006, as alíquotas aplicáveis não poderiam sofrer o acréscimo de 20% previsto no artigo 23, § 3º, da Lei nº 9.317/96, uma vez que se é certo que a legislação autoriza a referida majoração sobre o percentual incidente sobre a receita bruta mensal não é correto aplicar tal acréscimo também aos tributos que foram objeto da autuação. Fundamenta essa assertiva afirmando que quando a lei previu outras situações em que deveria ocorrer majoração, estabeleceu que o produto dessa arrecadação suplementar seria revertido para as contribuições da seguridade social a cargo da pessoa jurídica, além disso, o citado acréscimo feriria a garantia de tratamento favorecido ao provocar alíquotas de PIS e COFINS em percentuais superiores aos verificados para as empresas que adotam o lucro presumido.

Ao final, requer o acolhimento dos recursos, para cancelar a exclusão do SIMPLES FEDERAL e extinguir os créditos tributários lançados.

É o relatório.

Conselheiro Ricardo Marozzi Gregorio

Os recursos são tempestivos e preenchem os requisitos de admissibilidade, portanto, deles tomo conhecimento.

Alega a recorrente inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a empresa deveria ter sido notificada, antecipadamente, da existência do fato que conduziu à expedição do ato de exclusão do regime de tributação do SIMPLES FEDERAL.

Não lhe assiste razão.

O § 3º do artigo 15 da Lei nº 9.317/96 dispõe que:

§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.

Portanto, as garantias do contraditório e da ampla defesa são exercidas no âmbito do processo tributário administrativo e as diversas normas neste sentido estão regulamentadas no Decreto nº 70.235/72.

Com efeito, a recorrente exerceu esses direitos ao ser regularmente notificada do ato declaratório que decidiu por sua exclusão do regime de tributação do SIMPLES FEDERAL (fls. 219, correspondente às fls. 222 do processo digital), apresentar sua tempestiva impugnação (fls. 225 a 235, correspondente às fls. 230 a 240 do processo digital) e, subsequentemente, incluir as razões que entendeu cabíveis quanto a este fato no recurso voluntário que ora se enfrenta.

O fato de o STJ, em sede de tutela antecipada em recurso especial, ter entendido de forma diferente, de maneira alguma vincula a decisão deste Colegiado. Isso só ocorreria no caso de aquele tribunal ter se pronunciado de forma definitiva em matéria que tenha seguido a sistemática dos recursos especiais repetitivos. Nesse sentido, o artigo 62-A do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, *verbis*:

RICARF:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos
conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Quanto à ausência de motivação para a expedição do ato de exclusão porque este foi lavrado antes de ter sido caracterizada a ultrapassagem ao limite da receita bruta, também carece razão à recorrente.

A exclusão se deu com estrita observância ao que prevê a leitura combinada do enunciado dos artigos 14, I; 13, inciso II, alínea “a”; e 9º, inciso II, todos da Lei nº 9.317/96 (quando ultrapassado o limite de receita bruta anual); bem como do artigo 15, inciso IV, da mesma Lei (a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite).

O fato descrito na Lei refere-se ao acontecimento observado no mundo fenomênico, qual seja, “a ultrapassagem do limite da receita bruta” e não ao fato (ciência da autuação) que impõe as consequências tributárias deste acontecimento. Uma vez constatada a ocorrência daquele fato durante o procedimento de fiscalização, o auditor procedeu à representação fiscal (fls. 218, correspondente às fls. 221 do processo digital) visando comunicá-lo à autoridade competente para a expedição do ato de exclusão. Não há necessidade de prévia lavratura dos autos de infração.

No que se refere à necessidade de observância de uma das hipóteses de indispensabilidade para que a fiscalização proceda ao exame das informações financeiras obtidas junto às instituições bancária, convém frisar, conforme relatado, que não houve quebra do sigilo bancário porque os extratos da movimentação bancária foram regularmente apresentados pela empresa autuada no decorrer do procedimento de fiscalização.

Ainda assim, a recorrente alega que não só a requisição da movimentação financeira, mas também seu próprio exame está condicionado à verificação de uma das hipóteses de indispensabilidade. Nesse sentido, se apegua ao teor do que dispõe o artigo 2º, § 5º, do Decreto nº 3.724/01, *verbis*:

§5º A Secretaria da Receita Federal do Brasil, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis. (Redação dada pelo Decreto nº 6.104, de 2007).

Nada obstante, está equivocada a interpretação da recorrente.

A vedação prevista na norma refere-se ao exame de informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros “de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas”. Trata-se, portanto, dos documentos eventualmente obtidos pela fiscalização diretamente destas instituições. Ora, os extratos da movimentação financeira fornecidos pelas instituições bancárias ao próprio correntista ou aqueles diretamente obtidos por este em meio digital por elas disponibilizado (*internet*, por exemplo), de modo algum

podem ser caracterizados como inclusos na hipótese legal. Tais documentos, em verdade, são de natureza essencial para que todas as pessoas jurídicas cumpram seu dever legal de escrituração de toda a movimentação bancária.

Tal dever não é diferente para as empresas que optaram pelo regime de tributação do SIMPLES FEDERAL. Neste caso, toda a movimentação bancária deveria estar devidamente escriturada em livro caixa e os documentos que serviram de base para essa escrituração guardados em boa ordem, tal como previsto no artigo 7º da Lei nº 9.317/96:

Art. 7º A microempresa e a empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES apresentarão, anualmente, declaração simplificada que será entregue até o último dia útil do mês de maio do ano-calendário subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores dos impostos e contribuições de que tratam os arts. 3º e 4º. § 1º A microempresa e a empresa de pequeno porte ficam dispensadas de escrituração comercial desde que mantenham, em boa ordem e guarda e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes:

a) Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária;

b) Livro de Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário;

c) todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos livros referidos nas alíneas anteriores.

(...)

Portanto, a intimação para a apresentação e o consequente exame da movimentação financeira estão em consonância com a obrigatoriedade de qualquer pessoa jurídica comprovar, perante a fiscalização, a efetividade de sua escrituração contábil/fiscal.

Quanto aos argumentos de que os depósitos bancários não podem ensejar a presunção de omissão de rendimentos se desacompanhados de outros indícios e que a fiscalização calculou a receita omitida informando valores globalizados sem individualizar quais depósitos foram considerados de origem não comprovada, é necessário verificar a consonância do procedimento fiscal em face do dispositivo legal que fundamentou os lançamentos, qual seja, o artigo 42 da Lei nº 9.430/96, *verbis*:

Art.42.Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente

intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

(...)

Observa-se, neste particular, que a recorrente foi devidamente intimada a “comprovar, mediante a apresentação de documentação hábil ou idônea, a origem dos valores creditados/depositados em sua(s) conta(s)-corrente, conforme especificados no ANEXO I” (fls. 118, correspondente às fls. 120 do processo digital). Registre-se que em tal Anexo I, os mencionados créditos foram devidamente individualizados (fls. 120 a 137, correspondente às fls. 122 a 139 do processo digital).

Depois de analisar toda a documentação apresentada em resposta a tal intimação, a fiscalização concluiu por caracterizar como omissão de receita os valores creditados nas contas bancárias da recorrente após não aceitação de justificativas parciais, uma vez que nenhum documento ou esclarecimento adicional foi apresentado. Ainda assim, a fiscalização procedeu à exclusão dos valores relativos a: (i) cheques depositados/devolvidos e (ii) receita bruta constante da DSPJ.

A receita considerada omitida foi mensalmente totalizada e especificada no Termo de Verificação e Constatação Fiscal que embasou os lançamentos (fls. 12, correspondente às fls. 14 do processo digital).

Portanto, a fiscalização procedeu rigorosamente de acordo com a previsão legal. A presunção legal contida no artigo 42 da Lei nº 9.430/96 autoriza que o fato indiciário (depósitos bancários de origem não comprovada) seja equiparado ao fato presumido (omissão de receitas). Não se trata de autuação desacompanhada de outros indícios, como alega a recorrente.

Por sua vez, a recorrente não acrescentou quaisquer elementos comprobatórios que pudessem amparar suas pautas argumentativas. A presunção contida na lei tem caráter relativo. Por isso, inverte o ônus da prova. Caberia, então, à recorrente afastar a verificação da ocorrência do fato indiciário (comprovando a origem dos depósitos bancários). Mas, isso, não foi feito. Simples alegações não caracterizam prova.

Tampouco faz sentido argumentar que não há vínculo entre os depósitos e a receita declarada e que com isso passa a ter dificuldade em identificar que depósitos compõem a receita omitida para que pudesse comprovar sua origem. A verdade é que a fiscalização poderia até desconsiderar a receita declarada uma vez que a recorrente, em suas justificativas, não comprovou de forma individualizada quais depósitos compuseram os totais mensais de receita declarada.

Por fim, carece de maiores considerações o argumento segundo o qual as alíquotas aplicáveis não podem sofrer o acréscimo de 20% previsto no artigo 23, § 3º, da Lei nº 9.317/96, porque que se é certo que a legislação autoriza a referida majoração sobre o percentual incidente sobre a receita bruta mensal não é correto aplicar tal acréscimo também aos tributos que foram objeto da autuação. Para a recorrente, isso se justificaria pelo fato de que quando a lei previu outras situações em que deveria ocorrer majoração, estabeleceu que o produto dessa arrecadação suplementar seria revertido para as contribuições da seguridade social a cargo da pessoa jurídica, além disso, o citado acréscimo feriria a garantia de tratamento favorecido ao provocar alíquotas de PIS e COFINS em percentuais superiores aos verificados para as empresas que adotam o lucro presumido.

Com efeito, não cabe a este Colegiado afastar a consequência normativa veiculada por lei quando o enunciado do seu antecedente claramente atinge o caso concreto. Mesmo razões de ordem constitucional não são suficientes para esse desiderato. Nesse sentido, confira-se o artigo 62 do Anexo II do já citado RICARF:

RICARF:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

O que importa no caso é verificar se o comando legal foi estritamente observado e, quanto a isso, a recorrente não se opôs.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Documento assinado digitalmente.

Ricardo Marozzi Gregorio - Relator

Processo nº 15540.000567/2010-26
Acórdão n.º **1102-000.912**

S1-C1T2
Fl. 427

CÓPIA