



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

Processo n° 15956.000047/2011-12
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 1401-001.401 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de março de 2015
Matéria SIMPLES NACIONAL.
Recorrente O G ARTIGOS PARA INFORMÁTICA E APARELHOS ELETRO-ELETRÔNICOS LTDA - ME e OTTO AZEVEDO GRACI
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2006

Ementa:

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. OMISSÃO DE RECEITAS. AUSÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO DE RECEITAS. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

- Nos termos do art. 42 da Lei n. 9.430/96, presumem-se receitas omitidas os depósitos bancários cuja regular origem não for comprovada pelo contribuinte. Mantêm-se os lançamentos quando corretas as bases de cálculo utilizadas e calculados os tributos com base nas alíquotas previstas na sistemática do SIMPLES. Correta a exclusão do regime de tributação do SIMPLES, uma vez configurada a extrapolação de receitas tributáveis no período considerado. Recurso negado.

SIMPLES. DEDUÇÃO DE CUSTOS E DESPESAS. IMPOSSIBILIDADE.

Na apuração do montante mensal devido a título de SIMPLES, não cabe a invocação assim das normas atinentes ao lucro real onde a renda disponível é obtida pela diferença entre as receitas e as despesas efetivas do sujeito passivo.

SIMPLES. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/PASE E DA COFINS. IMPOSSIBILIDADE.

Na apuração do montante mensal devido a título de SIMPLES, a base de cálculo é idêntica para todos os tributos abarcados pelo regime.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

A multa por infração somente deve ser qualificada, nos termos do art. 44, inciso II, da Lei n° 9.430/96, quando ficar efetivamente comprovada a existência de uma das condutas especificadas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei

nº 4.502, de 1964, isto é, fraude, dolo ou simulação, condutas estas que exigem provas diretas e objetivas, não admitindo presunção.

JUROS SOBRE MULTA.

A multa de ofício, segundo o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430/96, deverá incidir sobre o crédito tributário não pago, consistente na diferença entre o tributo devido e aquilo que fora recolhido, Não procede o argumento de que somente no caso do parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/96 é que poderá incidir juros de mora sobre a multa aplicada. Isso porque a previsão contida no dispositivo refere-se à aplicação de multa isolada sem crédito tributário, Assim, nada mais lógico que venha dispositivo legal expresso para fazer incidir os juros sobre a multa que não torna base de incidência valores de crédito tributário sujeitos à incidência ordinária da multa.

APLICAÇÃO DE JUROS COM BASE NA TAXA SELIC. POSSIBILIDADE.

"A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórias incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula CARF nº 4).

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA DO SÓCIO GERENTE.

O administrador de fato que infringe as normas tributárias com o objetivo de omitir rendimentos à tributação deve figurar como responsável pelo débito da empresa contribuinte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, REJEITARAM a preliminar de nulidade, e no mérito, NEGARAM provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente acórdão .

(assinado digitalmente)

Antônio Bezerra Neto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Alexandre Antonio Alkmim Teixeira - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Bezerra Neto (Presidente Em Exercício), Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Carlos Mozart Barreto Vianna (Suplente Convocado), Mauricio Pereira Faro e Sérgio Bezerra Presta. Ausente justificadamente a Conselheira Karem Jureidini Dias.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela OG Artigos de Informática e Aparelhos Eletro-Eletrônicos LTDA - ME contra o Acórdão proferido pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil, em Ribeirão Preto-SP – DRJ/RPO, que julgou improcedentes as impugnações apresentadas pela contribuinte e seu sócio administrador, e improcedente a manifestação de inconformidade ofertada.

Por bem descrever os fatos, adota-se parcialmente o Relatório que integra o Acórdão recorrido (fls. 1290-1325):

Contra a contribuinte acima identificada foram lavrados autos de infração (ciência em 18/03/2011) exigindo-lhe os Impostos e Contribuições integrantes do Simples, ou seja, o Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) no valor de R\$ 55.276,28 (fl. 1070), Contribuição para o PIS no valor de R\$ 40.553,75 (fl. 1080), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) de R\$ 56.559,44 (fl. 1090), Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) de R\$ 166.477,29 (fl. 1101) e Contribuição para Seguridade Social – INSS de R\$ 478.300,06 (fl. 1112), acrescidos de juros de mora e multa de ofício, perfazendo o crédito tributário de R\$ 2.374.847,35 (fl. 02), em virtude de omissão de receita não escrituradas e insuficiência de recolhimentos em razão da mudança de faixa das alíquotas provocada pela inclusão da receita omitida.

Em procedimento fiscal de diligência instaurada contra a contribuinte acima identificada, conforme determinação contida no Mandado de Procedimento Fiscal nº 08109002009014796, foi ela intimada em 15/10/2009 a apresentar, de imediato, cópia do contrato social e alterações; Livro Diário; Livro Razão; Livro Caixa; Livro Registro de Entradas de Mercadorias; Livro Registro de Saídas de Mercadorias; Livro Registro de Apuração de ICMS; Livro Registro de Apuração de IPI; Livro Utilização de Documentos Fiscais e Termo de Ocorrência; e as Notas Fiscais de Saída de Mercadorias e/ou de Serviços, tudo relativamente ao período de 01/01/2006 a 31/12/2006 (fls. 21/22).

Foi lavrado na mesma data (15/10/2009) o Termo de Retenção de fl. 42, no qual consta a retenção de talões de notas fiscais de saída de mercadorias, no total anual de R\$26.177,00 (fl. 44). À fl. 43 a autoridade fiscal relacionou os documentos apresentados: a) Registro de Entradas, b) Contrato Social e Alterações, c) Registro de Util. de documentos fiscais e Termos de Ocorrências, d) Notas fiscais de saídas de 2.006, e) Livro Registro de Inventário (Sem estoque), f) Planilha (manuscrita) e informou não ter

apresentado o Livro de Registro de Saídas e Resumo do ICMS. A contribuinte, por sua vez (fl. 23), informou estar extraviado o livro Caixa.

Da análise da documentação apresentada cotejada com as informações constantes do banco de dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil SRFB, a fiscalização constatou que a empresa declarou receita bruta anual de R\$ 26.177,00, relativamente ao ano-calendário de 2006, e apresentou notas fiscais no montante de R\$ 22.177,00, portanto compatível com a receita declarada a SRFB, mas incompatível com a sua movimentação financeira no mesmo período que foi de R\$ 5.917.928,02. Além disso, a contribuinte teria deixado de apresentar os Livros Diário/Razão ou Caixa, bem como seu Livro de Registro de Saídas.

Em razão disso, a diligência foi transformada em fiscalização e a contribuinte foi intimada, através do Termo de Início do Procedimento Fiscal (fls. 45/47), a apresentar os Livros Diário/Razão ou Caixa do ano de 2006, o Livro de Registro de Saídas e o Livro de Apuração do ICMS referentes ao ano de 2006, bem como os extratos de todas as contas correntes bancárias pertencentes ao contribuinte movimentadas nas instituições financeiras no ano de 2006.

Em 17/11/2009 a contribuinte solicitou prorrogação de prazo por mais 20 (vinte) dias (fl. 48), tendo sido concedido prorrogação até 17/11/2009 (fl. 48). Não tendo a contribuinte atendido à intimação, foi ela novamente intimada em 23/02/2010 (fls. 54/56). Novamente, decorrido o prazo sem que a contribuinte tivesse atendido a intimação, e tendo em vista que a receita bruta declarada era incompatível com a movimentação financeira, a fiscalização concluiu que os extratos bancários eram imprescindíveis para se apurar a receita bruta e, então, requisitou às instituições financeiras (Banco do Brasil e Banco Bradesco fls. 60/152 e 157/224) a movimentação financeira da contribuinte. Às fls. 60/152 e 157/224 foram juntados os documentos fornecidos por essas instituições financeiras.

De posse dos extratos bancários, a fiscalização procurou excluir dos depósitos/créditos as transferências de mesma titularidade, os estornos, empréstimos e demais créditos que não decorrentes da atividade comercial, e apurou um montante de créditos no valor de R\$ 6.148.418,58. Tais créditos foram relacionados e individualizados na planilha 1 anexa ao Termo de Constatação e Intimação Fiscal Sefis nº 328/2010 (fl. 232), pelo qual foi a contribuinte intimada a identificar, se for o caso, no prazo de 20 dias, mediante documentação hábil e idônea, quais dos créditos relacionados na planilha 1 que não são provenientes da sua atividade comercial. Não atendida à intimação, a contribuinte foi novamente intimada para o mesmo fim, conforme Termo de Reintimação Fiscal Sefis nº 357/2010, lavrado em 17/09/2010 (fl. 291), e memo assim nada apresentou conforme consta no Termo de Encerramento Fiscal a fl. 1149.

Considerada imprescindível a identificação (CNPJ/CPF) dos remetentes dos depósitos e transferências recebidos pela fiscalizada e os reais beneficiários dos seus resultados, a fiscalização requisitou ao Banco Bradesco cópia de alguns cheques e a identificação dos remetentes, o que foi atendido com a apresentação dos documentos de fls. fls.307 a 835.

Com base nas informações recebidas, a fiscalização selecionou, por amostragem, as pessoas físicas e jurídicas, e em seguida, as intimou a esclarecer a natureza da operação que motivaram os pagamentos efetuados a empresa OG.

Das respostas às intimações a fiscalização concluiu que os clientes da fiscalizada efetuaram vários depósitos em cheques de terceiros (de clientes seus) nas contas correntes da fiscalizada, ou seja, a natureza das operações que originaram os depósitos e transferências creditados nas contas correntes da fiscalizada são decorrentes da atividade comercial desenvolvida pela fiscalizada. Conclui ainda que a fiscalizada efetuou vendas sem emitir notas fiscais e que auferiu no ano calendário de 2006 receita bruta no montante de R\$ 6.148.418,58 e que ofereceu à tributação apenas cerca de 0.42% das receitas auferidas.

Esse procedimento teria se dado de forma reiterada, durante todos os meses do ano calendário de 2006, com a intenção dolosa de se manter enquadrada no SIMPLES, regime simplificado e favorecido de tributação, e assim pagar menos impostos.

Conforme Demonstrativo de fl. 1154, a fiscalização relacionou, mês a mês, a receita apurada e a receita declarada e, por diferença, apurou a receita omitida. Informou que os valores declarados na DIPJ foram devidamente deduzidos dos valores tributados.

Sobre os tributos e contribuições apurados foi aplicada a multa qualificada de 150%, com fulcro no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, sob a argumentação de que o “conjunto probatório trazido nos autos, sólido e suficiente no sentido de confirmar a prática dolosa da fiscalizada que quis o resultado de sonegar tributos, ao não emitir documentos fiscais, com o propósito deliberado de impedir ou retardar o conhecimento por parte da fazenda pública da ocorrência do fato gerador, materializa as hipóteses previstas nos artigos 71 e 72 da lei 4502/64 e enseja a majoração da multa de ofício para 150% nos termos do inciso ii do artigo 44 da lei 9430/96”.

Foi lavrado Termo de Sujeição Passiva em nome de OTTO AZEVEDO GRACI pelo crédito tributário apurado na pessoa jurídica, sob a argumentação de que, no ano fiscalizado, a administração da empresa foi exercida por ele, sendo ele responsável pela prática contumaz de omitir

receitas de quase totalidade das receitas auferidas e de não

emitir documentos fiscais e, ainda, por ser ele o real beneficiário dos resultados da sonegação praticada pela fiscalizada. Diante desses fatos, estaria caracterizada a sujeição passiva solidária de Otto Azevedo Graci, CPF 943.704.27800, conforme dispõem os artigos 135, III e 137, I, do CTN.

No termo de Conclusão Fiscal (fls. 1157/1158) a fiscalização ressaltou que no ano de 2006 a administração da sociedade foi exercida pelo sócio OTTO AZEVEDO GRACI conforme contrato social e alterações, sendo ele que assinava os cheques e que a maioria deles foram emitidos no valor de R\$ 9.900,00 nominais ao Sr Wagner Volta e que foram sacados na "boca do caixa". Acrescentou que, em depoimento, o Sr Wagner Volta declarou que prestou serviços de confiança ao Sr. Otto, principalmente, desconto de cheques e pagamentos de contas e entregava o troco para o Sr OTTO e que às vezes o Sr Otto lhe pagava alguma gratificação.

Tendo em vista que a receita bruta apurada no ano calendário de 2006 foi superior os limites de R\$ 240.000,00 e R\$ 2.400.000,00, estabelecidos pela legislação para que a empresa pudesse ser mantida neste regime tributário diferenciado e favorecido, na condição de Micro Empresa e Empresa de Pequeno Porte, foi emitido o Ato Declaratório Executivo nº 51, de 16/03/2011, excluindo a empresa do SIMPLES com efeitos a partir de 01/01/2007, conforme incisos I e II do art. 9º, inciso I do art. 14 e inciso IV do artigo 15, todos da Lei nº 9.317/1996. Também foi emitido o Ato Declaratório Executivo nº 52, de 16/03/2011, excluindo a empresa do Simples Nacional, por ter incorrido nas hipóteses previstas no artigo 3º da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, com efeitos a partir de 01/07/2007.

Inconformada, a contribuinte ingressou com a Impugnação de fls. 1214/1245 contra o auto de infração e com a Manifestação de Inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo n. 051, de 16 de março de 2011.

DA IMPUGNAÇÃO

1- Do sigilo bancário e de dados. Direito fundamental (art. 5º, CF).

Alegou que foi quebrado o sigilo bancário da Impugnante, sem qualquer, observação dos competentes requisitos legais e inconstitucionais (incisos X e XII, ambos do art. 5º da Constituição Federal), o que poderia se dar somente pelo Poder Judiciário mediante razões fáticas fortemente plausíveis e por ato judicial.

2 - Da ofensa ao devido processo legal administrativo.

Alegou ter sofrido flagrante restrição a um direito individual (inviolabilidade de domicílio, sigilo de dados), com respectivas consequências legais, sem a observância do devido processo legal, pois já a partir da conclusão da

fiscalização realizada, que é unilateral, impõe-se sanção com suas conseqüência jurídicas imediatas, o que lhe causou flagrantes e irreparáveis prejuízos, sem lhe possibilitar, antes disso, um devido processo legal.

3- Omissão de Receitas Depósitos Bancários não Contabilizados.

Alegou que, acaso superadas as alegações acima, é preciso também terem mente que, para a apuração de renda (no sentido do artigo 43 do CTN, como aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica), pesam preponderantemente o confronto entre entradas e despesas, ambas devidamente identificadas, e que o autuante não disfarça o fato de ter se esquecido das despesas, pois, em nenhum momento, faz alusão á elas. Além disso, o lançamento com base em extratos bancários vem sendo rechaçado pela jurisprudência e que é preciso ter em mente que os extratos bancários podem conter empréstimos, valores liberados por cheques especiais, circulação de valores entre bancos, e muitas outras situações que não afetam a renda da Impugnante em cada ano, porquanto não representam "plus".

Alegou ainda que a falta de apresentação de planilha contendo os depósitos bancários no termo de verificação fiscal acarretou a impossibilidade de a Impugnante demonstrar a inexistência de omissão de receitas, pautada simplesmente em presunção, o que basta para demonstrar a necessidade de realização da competente prova pericial.

4 Diferenças de Simples. Abatimento do montante recolhido a título de simples.

Contestou a exigência de diferenças do SIMPLES e alegou que os valores recolhidos a título de SIMPLES devem ser abatidos (compensados) do montante lançado.

5 Indevida inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS.

Alegou inconstitucionalidade do art 3º, §1º da L 9.718/98. por entender que a ampliação da base de cálculo da COFINS por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal e concluiu que os valores de ICMS não podem ser incluídos na base de cálculo do PIS, uma vez que não configuram faturamento e também não tem relação com o conceito de receita, sendo indevida sua inclusão.

6 Exclusão da comissão cobrada quanto ao cartão de crédito ou de débito da base de cálculo do PIS/COFINS.

Alegou que, por se tratar de receita de terceiro, de rigor a exclusão da comissão cobrada pelas administradoras de cartão de crédito e débito a título de PIS e COFINS.

7 Dos Juros SELIC Aplicados

Alegou que os juros são devidos à razão de 1 % (um por cento) ao mês, nos termos do artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, sendo de total improcedência o lançamento realizado.

8 Da Multa Confiscatoria Aplicada

Alegou que o valor da multa de 150%, é de evidente irrazoabilidade e confisco, principalmente, em virtude da Impugnante, em momento algum, ter sonegado as informações solicitadas. Além disso, não houve a demonstração, comprovação e configuração de condutas que possam ser qualificadas como de evidente intuito de fraude, pois não basta alegar genericamente em virtude da mera atuação fiscal, é preciso demonstrar claramente em qual tipo suposta conduta resta enquadrada, além de apresentar as provas, o que não teria ocorrido.

9 Da não incidência de juros sobre a multa.

Alegou que haverá incidência de juros SELIC sobre o montante cobrado a título de multa, mas que, no entanto, não procede a incidência de juros sobre a multa de ofício lançada, na medida em que, por definição, se os juros remuneram o credor por, ficar privado do uso de seu capital, conforme ensina Maria Helena Diniz (Curso de Direito Civil Brasileiro, 2º vol. Pág. 322), eles devem incidir somente sobre o que não foi passado aos cofres públicos, que diz respeito tão somente à obrigação principal. Acrescentou que não existe previsão legal para a incidência dos juros sobre a multa, o que contraria o disposto no art. 97, V, do CTN, bem como o disposto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988. Por isso, os juros sobre a multa lançada não podem prosperar.

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFIRMIDADE

1 Da presunção de omissão de receitas

Alegou que não basta a simples presunção "ad hominis" levantada pela autoridade administrativa de que houve omissão de receitas para dar fundamento ao Ato Declaratório Executivo que culminou corria exclusão do Simples. É preciso que a fiscalização apresente ELEMENTOS COMPROBATÓRIOS SEGUROS da suposta omissão de receitas, o que não foi feito. Estamos, indubitavelmente, diante de um caso em que as autoridades fiscalizadoras buscaram recurso na presunção para fundamentar a autuação imposta ao Impugnante, o que é arbitrário, inadmissível e ilegal. Concluiu que o ato declaratório é fruto de mera presunção "ad hominis", sem embasamento em prova que possa vaticinar a conduta praticada pela autoridade administrativa, sendo de rigor sua insubsistência, uma vez que estamos diante de um Estado Democrático de Direito.

2 Da obtenção de prova ilícita/ofensa aos princípios constitucionais do sigilo bancário.

Alegou ilegalidade a quebra de sigilo bancário em processamento fiscal, pela simples solicitação do Fisco, sem a autorização prévia do Poder Judiciário, e que nem mesmo a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, não tem o condão de tomar o Fisco Federal independente de autorização judicial e concluiu que é de rigor que se verifique que todo o procedimento fiscal já nasceu nulo de pleno direito porque inobservou direitos constitucionais básicos inerentes ao cidadão.

Contestou a tributação com base em depósitos bancários alegando que nem tudo que entra no caixa da impugnante, independentemente da escrituração contábil (uma vez que ela não pode criar fatos, apenas retratálos), pode ser considerado faturamento e que o Conselho de Contribuintes já pacificou entendimento no sentido de não admitir os depósitos bancários como suposto indicativo de omissão de receita, para fins de lançamento tributário.

3 Da impossibilidade de efeito retroativo da exclusão

Alegou que é preciso deixar claro que resta impossível os efeitos da exclusão do Simples retroagirem à data de 01/01/2004, nos termos propostos pelo art. 2º do Ato Declaratório Executivo, pois a Lei 9.732/98 que alterou o art. 15º, II, da Lei 9.317/96 está em plena validade, o que nos permite afirmar que os efeitos da exclusão do Simples somente se operam a partir do mês subsequente à aludida exclusão, ou seja, a partir de 23/19/2008 e não a partir de 01/01/2004. Ademais, as situações jurídicas anteriores ao Ato Declaratório não podem infringir o princípio da irretroatividade das normas, sendo imperiosa a aplicação do princípio da irretroatividade da norma, estampado no art. 150, II, a, da Constituição Federal.

Requeru que seja acolhida a impugnação, especialmente, para se julgar improcedente o ato de exclusão mantendo a impugnante no SIMPLES, como medida de legalidade.

DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA POR OTTO AZEVEDO GRACI

OTTO AZEVEDO GRACI apresentou a impugnação de fls. 1253/1274, aduzindo como razões de defesa o seguinte:

1 Dever de obediência ao devido processo legal. Necessidade de lançamento tributário.

Alegou que o devido processo legal não foi observado para a inclusão de OTTO AZEVEDO GRACI como coresponsável, pois, conforme auto de infração, este não foi devidamente incluído, mas tão somente citado no relatório fiscal, e não houve qualquer lançamento tributário para sua

inclusão coresponsável, cujo administrativo tributário é obrigatório, inclusive, em relação à imposição de responsabilidade tributária solidária, sob pena

de evidente desrespeito ao art. 142 do Código Tributário Nacional e ao devido processo legal administrativo (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal).

2 Inconstitucionalidade e Ilegalidade. A responsabilidade tributária. Impossibilidade.

Após fazer algumas considerações a respeito dos art. 124 e 135 do CTN, alegou, em síntese, que, a) em regra, a pessoa jurídica e seus sócios possuem deveres e obrigações distintas; b) que o art. 135, III, do CTN, responsabiliza os sócios gerentes de pessoas jurídicas de direito privado no caso de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes, ou infração de lei, de contrato social ou estatutos; mas que não existe no presente caso inadimplemento da pessoa jurídica muito menos do impugnante, e mesmo que existisse este não seria suficiente para responsabilizar os sócios com seus bens particulares, c) não houve a descrição e prova de supostas condutas fraudulentas e dolosas praticadas, especificamente, pelo impugnante, cujo ônus ao Fisco incumbia. Requereu seja acolhida a impugnação e que seja julgando improcedente o lançamento tributário no tocante à imputação de responsabilidade tributária, como medida de legalidade.

É o relatório.

A 5ª Turma da DRJ de Ribeirão Preto – DRJ/RPO, por unanimidade de votos, julgou improcedentes as impugnações apresentadas, e improcedente a manifestação de inconformidade ofertada, sob a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano calendário: 2006

DADOS BANCÁRIOS. SIGILO. TRANSFERÊNCIA. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO LEGAL. PROVAS ILÍCITAS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

Não há que se falar em nulidade do lançamento por utilização de provas ilícitas, consistentes em dados obtidos da movimentação bancária da impugnante, quando esses elementos foram obtidos segundo a legislação de regência, cujo rito procedimental impõe a transferência do sigilo bancário à Autoridade Fiscal. As informações bancárias assim obtidas e usadas reservadamente, no processo, pelos agentes do Fisco, não caracterizam violação do sigilo bancário.

OMISSÃO DE RECEITAS. REGIME DE TRIBUTAÇÃO.

Apurada omissão de receita e estando a empresa submetida às regras de tributação do SIMPLES, já que dele não houve a exclusão para o período fiscalizado, os lançamentos

devem ser realizados de acordo com as regras do SIMPLES no período de apuração a que corresponder a omissão.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Tributa-se como omissão de receita os depósitos efetuados em conta bancária, cuja origem dos recursos depositados não tenha sido comprovada pelo contribuinte mediante apresentação de documentação hábil e idônea, nos termos do art. 42 da Lei 9.430, de 27/12/1996. Os valores dos depósitos cuja origem houver sido comprovada e 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.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430 de 1996, quando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se nas hipóteses tipificadas no art. 71, I, da Lei nº 4.502 de 1964.

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO OBRIGAÇÃO RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Comprovado que, no exercício de sua administração praticaram os sócios, gerentes ou representantes da pessoa jurídica atos com excesso de poderes ou infração de lei, tipificada estará a sua responsabilidade prescrita pelo art. 135 do Código Tributário Nacional. Tal responsabilidade é pessoal, mas não exclusiva.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificados do Acórdão, a contribuinte e o Sr. Otto Azevedo Graci, responsável tributário, interpuseram conjuntamente o recurso voluntário de fls. 1333 a 1430, no qual arguiram novamente todas as matérias discutidas em sede de impugnação e manifestação de inconformidade, em suma:

- i) a nulidade do lançamento pela quebra de sigilo bancário da Recorrente, por meio da requisição de movimentação financeira às instituições financeiras;
- ii) a nulidade do procedimento fiscal, em virtude de afronta ao devido processo legal, em decorrência da quebra de sigilo bancário levada a efeito;
- iii) A inconsistência do auto de infração em virtude da ausência de análise das despesas realizadas pela Recorrente, face à natureza diversa de “renda” da movimentação bancária da Recorrente, bem como diante

da impossibilidade de justificar as entradas de dinheiro no período fiscalizado;

iv) A insubsistência do auto de infração em virtude da impossibilidade do lançamento com base em extratos bancários, de que resultou cerceamento de defesa;

v) A improcedência da tributação sobre os reflexos ao IRPJ;

vi) A necessidade de abatimento dos valores recolhidos sob o regime do SIMPLES;

vii) A impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS;

viii) Exclusão da comissão cobrada quanto ao cartão de crédito ou de débito da base de cálculo do PIS/COFINS e a impossibilidade de inclusão de receitas oriundas da venda de produtos à Zona Franca de Manaus;

ix) A necessária fixação da taxa SELIC sob o patamar máximo de 1% ao mês;

x) O caráter confiscatório da multa de ofício aplicada, assim como necessária redução, dada a ausência de caracterização de fraude;

xi) A não incidência de juros sobre a multa;

xii) A impossibilidade de atribuição de responsabilidade tributária solidária ao sócio administrador Otto Azevedo Graci, razão pela qual seria nulo o lançamento realizado em face deste;

xiii) A indevida exclusão da Recorrente do regime do SIMPLES, devido à impossibilidade de presunção de omissão de receitas;

xiv) A obtenção de prova ilícita pelo Fisco, decorrente da quebra indevida do sigilo bancário da Recorrente;

xv) A necessária distinção entre meros ingressos (entradas) e receita;

xvi) A impossibilidade de concessão de efeito retroativo à exclusão do SIMPLES;

Nestes termos, contribuinte e responsável requereram a reforma do acórdão recorrido, e o cancelamento da autuação em sua totalidade.

Devido à Resolução lavrada em 08/11/2012 (fls. 1442-1444), o julgamento dos referidos Recursos foi sobrestado em razão de pendência de julgamento de matéria constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da antiga redação dada aos §§ 1º e 2º do art. 62ª do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009.

Dada a edição da Portaria MF nº 545, de 28 de novembro de 2013, a qual revogou tais dispositivos, determinou-se, em 31 de janeiro de 2014, por meio de Despacho de

Processo nº 15956.000047/2011-12
Acórdão n.º **1401-001.401**

S1-C4T1
Fl. 8

Reinclusão em Pauta de Processo Sobrestado (fl. 1447), o retorno do processo para prosseguimento do julgamento, o que culminou na posterior inclusão deste em pauta.

É o relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA – Relator.

Conheço do presente Recurso Voluntário, visto que este atende aos pressupostos de admissibilidade.

Quanto ao mérito recursal, tenho que razão não assiste aos Recorrentes, razão pela qual deve ser mantida na íntegra a decisão proferida pela DRJ/POR.

1- Quebra de sigilo bancário da Recorrente e Afronta ao Devido Processo

Legal

Arguem os Recorrentes que o lançamento é nulo por se utilizar de prova supostamente obtida por meio ilícito (inconstitucional), em decorrência da quebra do sigilo bancário da empresa Recorrente.

No entanto, não é próspera tal argumentação, visto que se mostra legítima, e em consonância com a ordem jurídica vigente, a obtenção de informações bancárias por parte do Fisco mediante solicitação às instituições financeiras.

Tal é o que se extrai da interpretação do Art. 1º, §3º, inciso VI da Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, senão veja-se:

“Art. 1º ...

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III – o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei no 9.311, de 24 de outubro de 1996; IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9 desta Lei Complementar.”

Com efeito, as informações obtidas pelo Fisco encontram amparo no interesse público de se verificar o cumprimento das obrigações tributárias do sujeito passivo, razão pela qual a autuação em análise não resultou em violação a direito do contribuinte.

Demais disso, não há se falar em afronta ao devido processo legal no que tange à requisição de informações de movimentações bancárias da Recorrente, visto que tal requisição foi promovida no curso de procedimento fiscal, e somente após a inércia da Recorrente em apresentar a devida documentação requisitada pela autoridade fiscal, e possibilitada a este a ampla defesa e o contraditório.

Ademais, o devido processo legal e a defesa dos Recorrentes foram amplamente conferidos, tanto pela intimação da Recorrente para comprovar a origem dos depósitos bancários, quanto após a lavratura do auto de infração, com direito à impugnação. Desta feita, a formalização do lançamento decorreu de ação fiscal regular, nos termos do art. 142 do CTN.

Não fosse isso o bastante, nos termos do Art. 6º da Lei Complementar 105/2001, resta claro que é possível o exame de documentos e registros de instituições financeiras pelo Fisco, quando a autoridade fiscal considere indispensável sua análise no curso de procedimento fiscal:

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Deveras, no caso em comento não houve outra alternativa ao Fisco senão a requisição de informações às instituições financeiras mantenedoras de contas bancárias da Recorrente, visto que esta, intimada em duas ocasiões, não apresentou extratos bancários requeridos pela autoridade fiscal, tampouco Livro de Caixa devidamente escriturado, ou o Livro de Registro de Saídas e Resumo do ICMS, cujo procedimento fiscal encontra embasamento na Lei Complementar 105/2001, na Lei nº 9.430/1996, e Decreto nº 3.724/2001.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico no sentido de ser possível a quebra do sigilo bancário com fulcro na Lei Complementar n.º 105/01 e na Lei n.º 10.174/01, e também o Supremo Tribunal Federal também assim se posicionou quando do julgamento do RE 389808, Relator Min. MARCO AURÉLIO, DJe-086 de 10-05-2011. Assim, não há qualquer ilegalidade na conduta do Fisco destinada à apuração de ilícito fiscal.

2- Análise de Despesas e Presunção de Omissão de Receitas

Quanto à alegação da Recorrente de que o auto de infração é nulo por não ter havido a análise das despesas realizadas, e por considerar presumidamente omitidas receitas da Recorrente no ano-calendário de 2006, também esta não deverá prosperar, visto que o procedimento levado a efeito pelo fisco foi escorreito, cujas conclusões não foram infirmadas pela Recorrente por documentos e informações hábeis.

Com efeito, aplicam-se à empresa optante pelo SIMPLES todas as presunções de omissão de receita existentes na legislação de regência do imposto sobre a renda, nos termos da Lei nº 9.317, de 1996, *in verbis*:

Art. 18º Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições de que trata esta Lei, desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas. (grifei)

In casu, aplica-se especificamente a hipótese de presunção prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, *in 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. (...)

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.

(...)

Com a edição da referida lei, a existência de depósitos bancários não identificados, e cuja origem não seja comprovada pelo contribuinte, adquiriu *status* de presunção legal *juris tantum* de omissão de receita, e, por tal razão, transferiu-se ao contribuinte o ônus da prova da inexistência de correspondência entre os depósitos bancários e a receita alegadamente omitida.

No caso concreto, após procedimento fiscal instaurado, e cumprido o devido procedimento fiscal, a autoridade fiscal requereu a apresentação de extratos bancários, cheques e identificação de remetentes às instituições financeiras às quais a Recorrente estava vinculada.

De posse dos extratos bancários, a fiscalização procurou excluir dos depósitos/créditos as transferências de mesma titularidade, os estornos, empréstimos e demais créditos que não decorrentes da atividade comercial, e apurou um montante de créditos no valor de R\$ 6.148.418,58. A Recorrente, intimada a identificar, por duas ocasiões, mediante

documentação hábil e idônea, referidos documentos, e informações sobre quais dos créditos não eram provenientes da sua atividade comercial, não atendeu à intimação,

Das respostas às intimações a fiscalização concluiu que a natureza das operações que originaram os depósitos e transferências creditados nas contas correntes da fiscalizada são decorrentes da atividade comercial desenvolvida pela Recorrente, e que a empresa efetuou vendas sem emitir notas fiscais e que auferiu no ano calendário de 2006 receita bruta no montante de R\$ 6.148.418,58 e que ofereceu à tributação apenas cerca de 0,42% das receitas auferidas.

Diante disso, verifica-se que a presunção legal de omissão de receitas não restou, em momento algum, infirmada pela Recorrente, razão pela qual é lícito concluir que se tratam de receitas tributáveis não incorporadas àquelas registradas na escrituração, e, portanto, passíveis de lançamento de ofício da tributação incidente sobre o regime do SIMPLES.

Aliás, verifique-se que tanto o Poder Judiciário, quanto este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), admitem a possibilidade de lançamento no caso da ausentes elementos probatórios que afastem a presunção legal de omissão de receitas, com base em extratos bancários, senão veja-se:

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA ANTECIPADA INDEFERIDA - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL - AUTO DE INFRAÇÃO - SUPOSTA OMISSÃO DE RECEITAS PROVENIENTES DE VALORES DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO CONTABILIZADOS E DE ORIGEM NÃO COMPROVADA, E DE NOTAS FISCAIS NÃO ESCRITURADAS - ACESSO DE DADOS BANCÁRIOS DOS CONTRIBUÍNTES PELO FISCO - CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL - REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPADA AUSENTES. 1. Na hipótese vertente, a autoridade administrativa deflagrou procedimento administrativo fiscal n 10580-722.273/2008-44 para apuração de atos atribuídos à parte autora (omissão de receitas provenientes de valores de depósitos bancários não contabilizados e de origem não comprovada, e de notas fiscais não escrituradas, relativamente ao ano-calendário de 2005, assim como por ter ultrapassado o limite de receita bruta previsto para empresas de pequeno porte neste mesmo ano) e concluiu pela prática das infrações capituladas no art. 24, da Lei n. 9.249/95, no art. 2, § 22, art. 3, § 1, "a", art. 52, art. 42, da Lei n. 9.430/96, dispositivos da Lei n. 9.317/96, art. 3, da Lei n. 9.732/98, arts. 186, 188 e 199, do RIR/99, tendo-lhe aplicado multa punível com sanção pecuniária prevista em lei. 2. Os atos administrativos praticados por autoridade competente gozam de presunção de validade e somente se justifica a intervenção do Poder Judiciário para afastar-lhes os efeitos quando constatados vícios capazes de deflagrar o reconhecimento de sua nulidade. Ao menos neste primeiro exame de vista, não há nada que desautorize a atuação administrativa, eis que não se fazem presentes elementos de prova contundentes que

conduzam ao convencimento acerca da verossimilhança da nulidade alegada. Precedentes. 3. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico no sentido de ser possível a quebra do sigilo bancário com fulcro na Lei Complementar n.º 105/01 e na Lei n.º 10.174/01, sem necessidade de prévia autorização judicial e com aplicação imediata, ainda que recaiam sobre fatos geradores ocorridos em data anterior à vigência das referidas normas. Assim, sendo constatado que a requisição de informações à instituição bancária foi devidamente precedida do respectivo procedimento fiscal exigido pelo art. 6º, da LC n.º 105/01, não há que se falar, em princípio, em qualquer ilegalidade na conduta do Fisco destinada à apuração de ilícito fiscal. 4. Ainda que existam precedentes dando pela inconstitucionalidade da quebra de sigilo pelo Fisco, sem autorização judicial (RE 389808, Relator Min. MARCO AURÉLIO, DJe-086 de 10-05-2011, a matéria ainda não se encontra pacificada no Judiciário e o RE n.º 601314 /SP (repercussão geral) ainda está pendente de julgamento, circunstâncias que não autorizam a liminar na linha do bom senso. Precedentes deste Tribunal. 5. O exame das condições concretas da manutenção da empresa no Simples é matéria que exige dilação probatória. 6. Agravo regimental não provido. Decisão mantida.

(TRF1. AGA 0023324-97.2013.4.01.0000 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.550 de 04/10/2013)

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

Ano-calendário: 2006

OMISSÃO DE RECEITA. Mantém-se o lançamento decorrente de omissão de receita apurada mediante o confronto entre os valores informados na Declaração Anual Simplificada e o livro Caixa e o livro de Registro de Saídas de Mercadorias. **OMISSÃO DE RECEITAS. REGIME DE TRIBUTAÇÃO.** Apurada omissão de receita e estando a empresa submetida às regras de tributação do SIMPLES, já que dele não houve a exclusão para o período fiscalizado, os lançamentos devem ser realizados de acordo com as regras do SIMPLES no período de apuração a que corresponder a omissão. **MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. APLICABILIDADE.** A conduta ativa do contribuinte com o objetivo de fraudar o Fisco impõe a qualificação da multa, mormente quando no exercício de um benefício fiscal. **INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. CARÁTER ABUSIVO DA MULTA DE OFÍCIO. ILEGALIDADE DA TAXAS SELIC. FALTA DE COMPETÊNCIA PARA APRECIACÃO.** Alegações contra suposto caráter abusivo da multa de ofício instituída em lei, **bem assim contra suposta ilegitimidade do uso da Taxa**

SELIC no cômputo dos juros de mora, não podem ser apreciadas pelas autoridades julgadoras administrativas. A estas cabe apenas examinar a conformidade do ato de lançamento em face das normas fiscais de regência, já que lhes carecem poderes para apreciar pretensos vícios de leis, prerrogativa esta exclusiva do Poder Judiciário. SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE. Os mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são responsáveis solidários pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, ou, ainda, se houve dissolução irregular da sociedade. (CARF. Acórdão nº 1401001.002 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária. 10 de julho de 2013)

Neste sentido, no tocante à omissão de receitas com base em depósitos bancários com origem não comprovadas, encontra-se em vigência o art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Como bem asseverou a DRJ no Acórdão Recorrido, “*mesmo na impugnação a contribuinte nada alegou sobre a origem dos numerários depositados/creditados em contas correntes de sua titularidade, preferindo contestar a legalidade da tributação com base em depósitos bancários. E, conforme já demonstrado, nada de ilegalidade existe no lançamento feito com base em depósito bancário de origem não comprovada, principalmente na vigência da Lei nº 9.430 de 1996, que é o caso dos autos.*”

Ademais, não há se falar em consideração de despesas na apuração do resultado tributável, visto que, pela sistemática do SIMPLES, é de se considerar tão somente a receita bruta mensal auferida para se apurar o valor mensal devido.

Portanto, não tendo sido afastada a presunção relativa à omissão de receitas, mantenho o auto de infração, em conformidade com a jurisprudência deste Conselho.

3 - A tributação sobre os reflexos ao IRPJ;

Alegaram os Recorrentes que não deveria incidir tributação sobre reflexos ao IRPJ, tais como CSLL e PIS/COFINS.

No entanto, não deverá prosperar a argumentação dos Recorrentes. Isto porque a contribuinte é optante pelo SIMPLES, que é um sistema que se constitui em uma forma simplificada e unificada de recolhimentos de tributos, por meio da aplicação de percentuais favorecidos e progressivos, incidentes sobre uma única base de cálculo, a receita bruta, assim entendendo o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia.

Assim, não há se falar em reflexos de um tributo em outro na sistemática do , razão pela qual não procede o pedido deduzido pelos Recorrentes.

4 - Abatimento dos valores recolhidos sob o regime do SIMPLES;

Os Recorrentes contestam a exigência das diferenças apuradas a título do **Simple** e pedem que os valores recolhidos devem ser compensados do montante lançado.

Ocorre que, em face da receita omitida pela Recorrente, os valores declarados pela contribuinte sofreram mudanças de alíquotas, face à alteração de faixa de tributação, o que gerou insuficiência de recolhimento.

Quanto ao pedido de compensação dos valores recolhidos, não merece acolhimento, visto que, quando do lançamento de ofício levado a efeito pelo Fisco, já foram considerados e abatidos os tributos calculados pelo contribuinte na Declaração Simplificada apresentada pela contribuinte (fls. 1065/1069), conforme consta do Termo de Conclusão.

5 - A inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS;

Defendem os Recorrentes que não puderam verificar se o ICMS foi incluído na base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, e, se o foram, deveriam ser decotados desta.

Porém, não há se falar, na sistemática de tributação do SIMPLES, na inclusão do ICMS na base de cálculo de tais tributos, visto que as pessoas jurídicas optantes do SIMPLES deverão calcular e recolher o valor correspondente aos tributos e contribuições acima referenciados, com base na receita bruta, conforme Lei nº 9.317 de 1996 e legislação superveniente, inclusive quando os valores objeto de lançamento tenham decorrido de omissão de receita ou de diferenças apuradas a menor entre os valores apurados e os recolhidos/pagos.

Entende-se por receita bruta, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.317 de 1996, *“produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos”*.

Assim, não há se falar em qualquer exclusão da base de cálculo do SIMPLES, face à especificidade da base de cálculo eleita pelo legislador ordinário.

Como bem considerou a DRJ, *“A base de cálculo é única para todos os tributos e contribuições, não podendo, como pretende a contribuinte, excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, por falta de previsão legal, bem assim aplicar alíquotas para o PIS e COFINS diversas daquelas previstas para os optantes pelo SIMPLES, ou ainda excluir da base de cálculo do PIS/COFINS os valores referentes às comissões cobradas nas vendas realizadas por meio do cartão de crédito ou de débito”*.

6 - Exclusão da comissão cobrada quanto ao cartão de crédito ou de débito da base de cálculo do PIS/COFINS e de receitas oriundas da venda de produtos à Zona Franca de Manaus;

Requerem os Recorrentes a exclusão da comissão cobrada pelas administradoras de cartão de crédito e débito, bem como de receitas provenientes da Zona Franca de Manaus, a título de PIS e COFINS.

Não obstante, na sistemática da tributação no SIMPLES, contribuições para o PIS e Cofins, devidas pelas Microempresas e pelas Empresas de Pequeno Porte, são calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas pela Lei nº 9.718/1998, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas, conforme dispõem os artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 1998.

Ademais, os Recorrentes não demonstraram, no curso do processo administrativo, que haveria receitas obtidas por vendas de produtos à Zona Franca de Manaus, razão pela qual as simples alegações por eles produzidas não têm o condão de afastar o lançamento realizado pelo Fisco.

7 – Juros de Mora - taxa SELIC

Aduzem os Recorrentes que a taxa SELIC não pode ser utilizada como juros de mora. Não há, no entanto, qualquer ilegalidade na utilização da referida taxa referencial. Na hipótese, coaduno do entendimento esposado no voto do Acórdão recorrido, porquanto este dê perfeita solução ao referido ponto:

Ademais, esta matéria já se encontra pacificada no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, nos termos da Súmula n.º 4 do 1º CC, em vigor desde 28/07/2006:

Súmula 1º CC n.º 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais.

Por tais razões, correta a cobrança de juros moratórios tendo por base a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC.

8- A incidência de juros sobre a multa:

Os Recorrentes também contestam a incidência de juros sobre a multa de ofício, por suposta ausência de amparo legal.

No entanto, é dizer que a multa de ofício, segundo o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430/96, deverá incidir sobre o crédito tributário não pago, consistente na diferença entre o tributo devido e aquilo que fora recolhido.

Aliás, não procederia eventual argumento de que a única hipótese de incidência de juros sobre multa está consignada no parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/96, devendo, nas demais hipóteses, ser expurgada a aplicação dos juros sobre a multa aplicada, que só passará a incidir nos termos do § 1º do art. 161 do CTN.

Assim, sem razão os Recorrentes.

A multa de ofício, segundo o disposto no art. 44 da Lei nº 9,430/96, deverá incidir sobre o crédito tributário não pago, consistente na diferença entre o tributo devido e aquilo que fora recolhido, Vejamos:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

1 - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de

pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

No entanto, o art. 161 do Código Tributário Nacional dispõe que os juros de mora passam a integrar o crédito tributário não pago, de forma a que a incidência da multa alcança tanto o crédito tributário principal quanto os juros de mora sobre ele incidentes.

Vejamos:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

Assim, nada mais lógico que venha dispositivo legal expresso para fazer incidir os juros sobre a multa que não toma como base de incidência valores de crédito tributário sujeitos à incidência ordinária da multa.

Ainda assim, como bem asseverado pela DRJ, há previsão legal para a incidência de juros moratórios sobre a multa de ofício, vista que esta compõe o crédito tributário, razão pela qual não assiste razão aos Recorrentes quanto a este ponto.

9 - A atribuição de responsabilidade tributária solidária ao sócio administrador Otto Azevedo Graci

Defende o Recorrente que não pode ser atribuída responsabilidade tributária solidária ao sócio administrador da empresa, Sr. Otto Azevedo Graci.

A autoridade fiscal lavrou Termo de Sujeição Passiva Solidária em nome de Otto Azevedo Graci, CPF 943.704.27800, tendo em vista ser ele sócio com 90% do capital social, administrador único da sociedade, conforme Contrato Social e alterações (fls. 29 e seguintes), e responsável pela prática de sonegação fiscal (omissão de receitas em declaração de informações fiscais à SRFB e falta de emissão de documentos fiscais).

Deveras, a responsabilidade constante do art. 135 do CTN é subjetiva e demanda a comprovação de ato infracional à lei, ao estatuto ou ao contrato social para poder ser invocada. O mero não pagamento do tributo, ou, como no caso em comento, a omissão de receitas que redundou no recolhimento a menor, não enseja a aplicação da responsabilidade do administrador, nos termos do REsp nº 1.101.728/SP, decidido no âmbito dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça.

No caso em comento, importa dar ensejo à reflexão sobre o que se caracteriza infração à lei para fins de responsabilização pessoal dos sócios da pessoa jurídica. Como verificado no curso de procedimento fiscal, do qual participou ativamente o Recorrente, Sr. Otto Azevedo Graci, a empresa por ele administrada de maneira exclusiva efetuou vendas sem emitir notas fiscais, auferiu no ano calendário de 2006 receita bruta no montante de R\$ 6.148.418,58, e que ofereceu à tributação apenas pequena parte das receitas auferidas. E mais, ainda: buscou, por meio de transações financeiras anormais, ocultar as referidas receitas. Veja-se:

Foi lavrado Termo de Sujeição Passiva em nome de OTTO AZEVEDO GRACI pelo crédito tributário apurado na pessoa jurídica, sob a argumentação de que, no ano fiscalizado, a administração da empresa foi exercida por ele, sendo ele responsável pela prática contumaz de omitir receitas de quase totalidade das receitas auferidas e de não emitir documentos fiscais e, ainda, por ser ele o real beneficiário dos resultados da sonegação praticada pela fiscalizada. Diante desses fatos, estaria caracterizada a sujeição passiva solidária de Otto Azevedo Graci, CPF 943.704.27800, conforme dispõem os artigos 135, III e 137, I, do CTN.

No termo de Conclusão Fiscal (fls. 1157/1158) a fiscalização ressaltou que no ano de 2006 a administração da sociedade foi exercida pelo sócio OTTO AZEVEDO GRACI conforme contrato social e alterações, sendo ele que assinava os cheques e que a maioria deles foram emitidos no valor de R\$ 9.900,00 nominais ao Sr Wagner Volta e que foram sacados na "boca do caixa". Acrescentou que, em depoimento, o Sr Wagner Volta declarou que prestou serviços de confiança ao Sr. Otto, principalmente, desconto de cheques e pagamentos de contas e entregava o troco para o Sr OTTO e que às vezes o Sr Otto lhe pagava alguma gratificação.

O administrador de fato que infringe as normas tributárias com o objetivo de omitir rendimentos à tributação deve figurar como responsável pelo débito da empresa contribuinte

Diante do exposto, resta configurada infração à lei suficiente para sujeitar o Recorrente à responsabilização pelo pagamento do tributo lançado.

10 – A Multa Aplicada:

Defendem os Recorrentes ser inaplicável ao caso concreto a multa de ofício qualificada em 150%, porquanto não haveria provas do intuito fraudulento do contribuinte.

Tenho entendimento de que a multa por infração somente deve ser qualificada, nos termos do art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, quando ficar efetivamente comprovada a existência de uma das condutas especificadas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, isto é, fraude, dolo ou simulação, condutas estas que exigem provas diretas e objetivas, não admitindo presunção.

É dizer: para que seja tolerada a qualificação da multa de ofício, é preciso que haja a efetiva comprovação da autoria da prática do fato delituoso. Isso porque, em matéria de delito não é admissível a presunção: ou existe prova concreta da autoria quanto à prática do fato delituoso ou, na dúvida, aplicam-se as disposições do artigo 112, III, do CTN que determina que quando a lei tributária define infrações ou lhe comina penalidades, interpreta-se

da maneira mais favorável ao acusado em caso de dúvida quanto à autoria, imputabilidade, ou punibilidade.

Referido entendimento vem corroborado por julgamentos deste Conselho de Contribuintes, quando entende que *“a mera omissão de rendimento não justifica o agravamento da multa, de 75% para 150%, haja vista que o primeiro percentual já é estabelecido para os casos em que o contribuinte não oferece rendimentos à tributação”* (aceitação da 6ª Câmara do 1º CC, relatora Conselheira Tháisa Jansen Pereira, no recurso nº 134.875, acórdão nº 10613722).

Assim, *“deve ser afastada a qualificação da multa quando ausente a comprovação de fraude. Incabível a aplicação de penalidade por presunção de fraude, em face de mera omissão de rendimentos apurada no lançamento”* (aceitação unânime da 2ª Câmara do 1º CC, relator Conselheiro Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, no recurso 143.280, acórdão 10247397).

Ainda, reforça este posicionamento a constatação de que *“a majoração da multa de ofício deve estar suficientemente justificada e comprovada nos autos, já que decorre de casos de evidente má-fé”* (aceitação da 6ª Câmara do 1º CC, relator Conselheiro Wilfrido Augusto Marques, no recurso 147842, acórdão 10615545).

No caso dos autos, como supra descrito, o Recorrente agiu proativamente para ocultar as receitas à tributação, pelo que entendo ser pertinente a aplicação da multa qualificada de 150% sobre os tributos apurados em decorrência da omissão de receita.

11- A exclusão da Recorrente do regime do SIMPLES

Insurgem-se os Recorrentes sobre a exclusão da empresa do regime de tributação do SIMPLES, bem como a concessão de feito retroativo à dita exclusão.

Neste ponto, adoto parcialmente a decisão proferida pela DRJ, porquanto esta não mereça reparos:

A exclusão da empresa do Simples com efeitos a partir de 01/01/2007 se deu em virtude da receita bruta apurada pela fiscalizada, e ora confirmada, ter atingido o patamar de R\$ 6.148.418,58, ultrapassando, assim, os limites de R\$ 240.000,00 e R\$ 2.400.000,00, estabelecidos pela legislação que dispõe sobre Micro Empresa e Empresa de Pequeno Porte (art. 9º, II, da Lei nº 9.317, de 1996), sem a devida comunicação de exclusão do SIMPLES na condição de EPP.

O ato declaratório juntamente com o Relatório Fiscal, contém a motivação suficiente, os fundamentos legais e não deixa qualquer dúvida da razão da exclusão do Simples Federal e do Simples Nacional, de forma a surtir os efeitos próprios.

(...)

Alegou ser impossível os efeitos da exclusão do Simples retroagirem à data de 01/01/2004 (sic), nos termos propostos pelo art. 2º do Ato Declaratório Executivo que excluiu a requerente, e que na atual sistemática, os efeitos da exclusão do Simples passam a valer a partir do mês

subseqüente àquele em que se proceder à exclusão, ou seja, a partir de julho de 2010, conforme dispõe o art. 15, II, da Lei nº 9.317/96, com a redação dada pelo art. 3º da Lei nº 9.732/98. Ademais, é imperiosa a aplicação do princípio da irretroatividade da norma, estampado no art. 150, II, “a”, da Constituição Federal.

De início já se observa o equívoco da impugnante porquanto o Ato Declaratório não estipulou efeitos da exclusão do Simples Federal a partir de 01/01/2004, mas sim a partir de 01/01/2007.

As alegações concernentes à omissão de receita já foram analisadas e consideradas improcedentes. Resta, assim, analisar quando surtirá efeito a exclusão do sistema no caso dos autos em que a situação excludente se encontra prevista no inciso II do art. 9º da Lei 9.317/1996. (...)

O texto legal acima não deixa dúvidas de que a exclusão do Simples surtirá efeito no ano-calendário seguinte em que se verificaram receitas excedentes ao limite determinado no artigo 9º do mesmo dispositivo.

Ora, uma vez constatado que a empresa auferiu receita no ano-calendário de 2006 superior ao limite de R\$ 2.400.000,00, previsto no art. 9º, II, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, impõe-se a sua exclusão da sistemática de tributação simplificada, nos termos dos arts. 13, II, “a”, e 14, I, da citada Lei, com efeitos a partir de 01/01/2007, a teor do art. 15, IV, da Lei nº 9.317, de 1996.

Por isso, nenhuma alteração há a ser feita no marco inicial da exclusão, porquanto é assim que determina a lei de regência. Alegou ser imperiosa a aplicação do princípio da irretroatividade da norma, estampado no art. 150, II, “a”, da Constituição Federal.

A alusão ao princípio da irretroatividade é impertinente à espécie, eis que ele diz respeito à vedação da possibilidade de uma lei aplicar-se a fatos pretéritos, anteriores a sua publicação. Como se verifica dos dispositivos legais acima transcritos, desde a edição da Lei nº 9.317, em 05 de dezembro de 1996, os efeitos da exclusão do Simples, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º da mesma lei, se dão “a partir do ano-calendário subseqüente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido”. Portanto, a regra que determina a eficácia retroativa dos efeitos da exclusão encontra-se fixada desde a edição da Lei 9.317/96, não havendo, portanto, falar-se em irretroatividade de lei.

(...)

Conclui-se pela correta exclusão da empresa do Simples Nacional a partir de 01/07/2007, uma vez que seu enquadramento nesse sistema se deu nos termos previstos no art. 16, §4º da Lei Complementar nº 123/2006, porém em

razão de sua receita no ano-calendário de 2006 ter sido superior ao limite de R\$ 2.400.000,00, estabelecido pelo art. 3º, II, da mesma Lei Complementar, estava ela impedida de usufruir do referido sistema de tributação. (destacou-se)

Ademais, verifica-se que a decisão da DRJ se coaduna com a jurisprudência deste Conselho:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLESEXERCÍCIO: 2004EXCLUSÃO. RECEITA BRUTA SUPERIOR AO LIMITE LEGAL. DEVE SER EXCLUÍDA DO SIMPLES A PESSOA JURÍDICA QUE, NA CONDIÇÃO DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE, TENHA AUFERIDO, NO ANO-CALENDÁRIO IMEDIATAMENTE ANTERIOR, RECEITA BRUTA SUPERIOR AO LIMITE LEGAL. EXCLUSÃO. RECEITA BRUTA. OMISSÃO DE RECEITA. PARA EFEITO DE VERIFICAÇÃO DO LIMITE PARA ENQUADRAMENTO NA SISTEMÁTICA DO SIMPLES, DEVE-SE CONSIDERAR NÃO SÓ A RECEITA BRUTA DECLARADA PELA EMPRESA, MAS TAMBÉM AS OMISSÕES DE RECEITAS APURADAS EM PROCEDIMENTO FISCAL. VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS PRESENTES AUTOS. ACORDAM OS MEMBROS DO COLEGIADO, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO RELATÓRIO E VOTOS QUE INTEGRAM O PRESENTE JULGADO. (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. 1ª Seção de Julgamento. 3ª Turma Especial Acórdão nº 180300547 do Processo 10680009697200620. Data 05/08/2010)

Assim, não há se falar em revisão do Ato Declaratório que resultou na exclusão da Recorrente do regime de tributação do SIMPLES.

12- A necessária distinção entre meros ingressos (entradas) e receita:

Por fim, no que tange às alegações de que a fiscalização não apresentou elementos comprobatórios seguros da suposta omissão de receitas, que a mera entrada de ingressos não se confunde com a receita bruta para efeitos da base de cálculo, nem com faturamento, e que as provas (extratos bancários) foram obtidos de forma ilícita, todos esses pontos foram objeto de análise no presente voto, e considerados improcedentes, o que se reafirma.

Diante do exposto, voto rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao Recurso Voluntário, também para como manter a sujeição passiva solidária do sócio-administrador da empresa Sr. Otto Azevedo Graci.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Alexandre Antonio Alkmim Teixeira

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 06/04/2015 por ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA, Assinado digitalmente em 06/04/2015 por ANTONIO BEZERRA NETO, Assinado digitalmente em 06/04/2015 por ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA

Impresso em 10/04/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 15956.000047/2011-12
Acórdão n.º **1401-001.401**

S1-C4T1
Fl. 15

CÓPIA