



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16832.000167/2009-64
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1301-005.668 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de setembro de 2021
Recorrente RIOBIANCO SERVIÇOS DE CONSERVAÇÃO E LIMPEZA LTDA. - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2005

OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL. ART. 42 DA LEI Nº 9.430/96.

A validade da presunção de omissão de receitas instituída pela Lei nº 9.430/96 não depende da demonstração da existência de sinais exteriores de riqueza, sendo suficiente que o Fisco demonstre que o sujeito passivo, apesar de intimado, deixou de comprovar a origem dos valores creditados em suas contas-correntes bancárias.

RECEITA BRUTA. LIMITE PARA PERMANÊNCIA NO SIMPLES FEDERAL. EFEITOS TEMPORAIS DA EXCLUSÃO.

Ultrapassado o limite legal para que a pessoa jurídica permaneça no Simples Federal, deverá ela, a partir do 1º dia do ano seguinte, obrigatoriamente apurar e pagar seus tributos com base nas regras do lucro real ou presumido. Se, entretanto, a pessoa jurídica continuar a apurar e pagar seus tributos segundo as regras do Simples Federal, caberá ao Fisco excluí-la de ofício desse sistema, com efeitos a partir da data em que deveria ter obrigatoriamente migrado para tributação com base no lucro real ou presumido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Presidente

(documento assinado digitalmente)

LIZANDRO RODRIGUES DE SOUSA – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Giovana Pereira de Paiva Leite, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Bianca Felicia Rothschild, Rafael Taranto Malheiros, Lucas Esteves Borges, Marcelo Jose Luz de Macedo e Heitor de Souza Lima Junior (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto nos termos do art. 33 do Decreto n.º 70.235/72, contra o acórdão n.º 12-27.299, exarado pela 7ª Turma da DRJ/RJ1.

Por bem descrever o litígio objeto do presente processo, tomo de empréstimo o relatório contido na decisão de primeiro grau (e-fl. 506 e ss.), complementando-o ao final:

Trata o presente processo administrativo fiscal de autos de infração, com ciência em 12/08/2009, fls. 368/434, para cobrança dos seguintes tributos relativos ao ano-calendário de 2005:

(...)

De acordo com Termo de Verificação Fiscal, fls. 364/366, foi constatada omissão de receita decorrente da falta de comprovação da origem dos recursos representados pelos créditos depositados nas contas correntes mantidas juntas às instituições abaixo discriminadas, com o valor total do período:

BANCO REAL — R\$ 18.337.372,04

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL — R\$ 11.257,60

BANCO SAFRA — R\$ 628.204,65

BANCO RURAL — R\$ 713.227,19

BANCO UBS PACTUAL — R\$ 1.100.600,55

BANCO BANESPA — 3.007.373,13

Comparando os valores depositados e a Declaração Simplificada PJ do ano-calendário de 2005, apuraram-se as seguintes diferenças mensais:

(...)

A fiscalizada auferiu no decorrer do ano-calendário de 2005 receita bruta em montante acumulado de R\$ 23.798.035,16, excedendo o limite da receita bruta acumulada de R\$ 1.200.000,00.

Tendo em vista a falta de contabilização dos depósitos bancários no livro Caixa, do ano-calendário de 2005, registrando apenas parte de suas operações, provocando divergência entre os registros contábeis e as informações prestadas nos extratos bancários, procedeu-se ao lançamento do crédito tributário, como omissão de receita, com base no artigo 42 da Lei n.º 9.430/96.

(...)

A segunda infração decorre da infração anterior, pois foi apurada a insuficiência dos recolhimentos efetuados pela autuada, a título de SIMPLES, tendo em vista a mudança de percentual com relação à receita bruta acumulada.

(...)

Em consequência de ter ultrapassado o limite da receita bruta acumulada permitido de R\$ 1.200.000,00, foi emitido Ato Declaratório Executivo DERAT/RJO n.º 81, de 11 de maio de 2009, com base no art. 9º, I, II, art. 12, art. 14, I, art. 15, IV, da Lei n.º 9.317/1996 c/c art. 6º da Lei n.º 9.779/99.

Inconformada, a interessada ingressou com impugnação com relação ao auto de infração, em 31/08/2009, de fls. 444/476, com as seguintes argumentações:

- Entende que é ilegal e arbitrária a autuação com base nos depósitos bancários, bem como há ilegalidade na apuração por não ter sido observado o disposto no §3º do artigo 42 da Lei n.º 9.430/96.

- DA INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO § 3º DA LEI Nº 9.430/96.

- A lei é clara no sentido de que para seja determinada receita omitida os créditos serão analisados individualmente.

- O auditor não individualizou os créditos, tendo somado todos os créditos mensais o que por si só torna nulo a presente autuação.

- DA IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SIMPLES DE 11 DE MAIO 2009 AO ANO-CALENDÁRIO DE 2005.

- A exclusão da empresa se deu pelo Ato Declaratório Executivo n.º 81, de 11 de maio de 2009, sendo que o presente ato de infração é baseado em fatos ocorridos em 2005.

- O princípio da irretroatividade assegura às pessoas segurança e certeza quanto a seus atos pretéritos em face da lei.

- Estabelece o artigo 106 do CTN que a lei aplica-se a ato ou fato pretérito quando o ato não está definitivamente julgado.

- O direito brasileiro permitiu que algumas leis tributárias pudessem retroagir, desde que assim queira o legislador.

- Traz ementas de acórdãos acerca da exclusão retroativa do Simples, no sentido de que a exclusão do Simples somente surte efeitos a partir do ano-calendário subsequente.

- É certo que não está sendo observado o princípio da irretroatividade, inscrito na Constituição Federal.

- DA ILEGALIDADE DA APURAÇÃO DOS VALORES COM BASE NOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

- O lançamento baseado em extratos bancários é ilegal.

- Com a Lei Complementar n.º 105/2001, a Receita Federal vem fiscalizando no sentido de obter esclarecimentos sobre cada depósito um dos depósitos bancários e, na falta de explicações, lança mão da presunção constante no artigo 42 da Lei n.º 9.430/96.

- A presunção lançada pelo artigo 42 da Lei n.º 9.430/96 é carente de indícios que justifiquem que os valores transitados na conta do contribuinte seriam equiparáveis a rendimentos tributáveis.

- Para a validade da presunção, a Fazenda Pública deveria buscar outros elementos probatórios de que se trata de disponibilidade de riqueza nova, ou seja, de renda ou de proventos de qualquer natureza.

- O emprego da presunção da Lei n.º 9.430/96 alarga a autorização que o legislador ordinário recebeu do texto constitucional, ampliando a competência tributária.

- Se não houver acréscimo patrimonial ou mesmo indicação de que os valores movimentados foram consumidos, não é válida a presunção do artigo 42 da Lei n.º 9.430/96.

- No presente caso, a documentação deixa claro que não houve enriquecimento sem causa.

- Traz ementa de Acórdão do Conselho de Contribuintes no sentido de que nem todo depósito efetuado em conta corrente se refere a "receitas omitidas".

- DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.

- O autor do feito deixou de observar o artigo 2º da Lei n.º 9.784/99, além de ofender o princípio constitucional do não confisco e o direito a propriedade.

- DA ILEGALIDADE DA APLICAÇÃO DA MULTA

- A multa aplicada é confiscatória, devendo ser reduzida a 20%, por aplicação analógica do artigo 59 da Lei n.º 8.383/91.

Relativo a exclusão da sistemática do SIMPLES, apresentou manifestação de inconformidade em 31/08/2009, fls. 481/487, com as aduzindo o seguinte:

- Alega a tempestividade.

- DAS PRELIMINARES

- A exclusão teve como fundamento que a receita bruta no ano-calendário de 2005 teria ultrapassado o limite, tendo seus efeitos a partir de 01/01/2006.
- A matéria está sendo contestada pela impugnação, instaurando a capacidade de invocar o poder do Estado para dirimir a controvérsia surgida, fase litigiosa do procedimento administrativo.
- A apreciação da manifestação de inconformidade não fere o princípio do duplo grau de jurisdição, devendo ser apreciada pelo julgador de primeira instância, e não o sendo, caberá ao julgador de segunda instância.

- MÉRITO

- Toda exigência fiscal que levou a emissão do Ato Declaratório por possuir atividade econômica vedada, atividade de apoio à administração pública.
- Cabe salientar que a atividade nada mais é do que a logística do terminal, não configurando em hipótese alguma a administração direta prevista na legislação como proibida.
- O autor do feito deixou de observar o princípio da irretroatividade.
- Deixou de considerar a prescrição prevista na Lei Complementar n.º 118/2005 e artigo 170 do CTN, quando tenta excluir a empresa a partir de 01/01/1997.
- O artigo 15 da Lei n.º 9.317/1996 foi alterado pelo artigo 3.º da Lei n.º 9.732/1998, não mencionada pelo Delegado.
- Questiona como a exclusão da empresa, que se deu em 2009, retroagir seus efeitos até o ano-calendário de 2005.
- Traz ementas do Conselho de Contribuintes.
- Requer o cancelamento do Ato Declaratório Executivo DERAT/RJO n.º 81/2009, ou, caso assim não entendam, que seus efeitos surtam a partir de 01/01/2010.

(...)

Ao apreciar a impugnação e a manifestação de inconformidade, a DRJ de origem julgou procedente o lançamento e indeferiu o pedido de cancelamento da exclusão do Simples, conforme ementa a seguir reproduzida:

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

Ano-calendário: 2005

Ementa:

DEPÓSITOS BANCÁRIOS - OMISSÃO DE RENDIMENTOS. A Lei n.º 9.430, de 1996, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza lançar o imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

LANÇAMENTO COM BASE EM PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE. O lançamento com base em presunção legal transfere o ônus da

prova ao contribuinte em relação aos argumentos que tentem descaracterizar a movimentação bancária detectada como receita omitida.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITAS. REGULAR INTIMAÇÃO. Cabível o lançamento fundado na presunção de omissão de receitas por depósitos bancários cuja origem não foi comprovada, já que presente a regular intimação para justificativa dos valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, de forma individualizada, conforme determina o artigo 42 da Lei n.º 9.430/96.

MULTA DE OFÍCIO. PREVISÃO LEGAL. Uma vez que o dispositivo legal que prevê a aplicação da multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento), nos casos de lançamento de ofício (Lei n.º 9.430/1996, art. 44, inciso I), está plenamente em vigor no ordenamento jurídico, deve ser obrigatoriamente aplicado.

DECORRÊNCIAS. CSLL - PIS - COFINS - INSS. Aplica-se ao lançamento reflexo o mesmo tratamento dispensado ao lançamento matriz, em razão da relação de causa e de efeito que os vincula.

EXCLUSÃO DO SIMPLES - Verificado que foi ultrapassado o limite para permanência da sistemática do SIMPLES, cabe a sua exclusão de ofício (artigo 14 da Lei n.º 9.317/96)

IRRETROATIVIDADE IMPOSSIBILIDADE. Os efeitos da exclusão do sistema SIMPLES, quando constatado excesso de receita, opera-se a partir do ano-calendário subsequente à extrapolação do limite legal, conforme determinação legal, não configurando afronta ao Princípio da Irretroatividade (artigo 15, IV da Lei n.º 9.317/96).

(...)

Irresignado com a decisão de primeiro grau, o sujeito passivo interpôs recurso voluntário por meio do qual pede seja julgado improcedente o lançamento fiscal bem como seja cancelado o ato declaratório de exclusão do Simples (e-fl. 527 e ss.).

Voto

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade estabelecidos no Decreto n.º 70.235/72, portanto, dele deve-se tomar conhecimento.

A recorrente subdividiu o seu recurso em 4 (quatro) tópicos, que serão a seguir examinados.

1) DA NECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DOS CRÉDITOS PARA DETERMINAÇÃO DA RECEITA OMITIDA

Nesse primeiro tópico de seu recurso voluntário o sujeito passivo alega, em síntese, que o lançamento é nulo pois o autor da ação fiscal teria deixado de individualizar os créditos havidos nas contas correntes bancárias fiscalizadas, em desrespeito ao art. 42, § 3º, da Lei n.º 9.430/96.

Pois bem, ao contrário do alegado pela recorrente o autor da ação fiscal individualizou os valores creditados nas contas correntes bancárias objeto da fiscalização, bem como intimou o sujeito passivo a comprovar a sua origem, conforme se observa nos termos de intimação de e-fls. 17/52, e-fls. 55/58, e-fls. 60/63, e-fl. 68 e e-fl. 70.

Revela-se, portanto, inteiramente descabida a alegação de falta de individualização dos referidos créditos.

2) Da Irretroatividade das Leis

Nesse segundo tópico de seu recurso voluntário o sujeito passivo alega, em síntese, que o Ato Declaratório Executivo (ADE) n.º 081, de 11 de maio de 2009, que a excluiu do Simples, não poderia retroagir para alcançar fatos ocorridos no ano de 2005.

Pois bem, ao contrário do que pretende fazer crer recorrente, não houve aplicação retroativa de lei.

De fato, o ADE n.º 081/2009 (e-fl.80) expressamente aplicou aos fatos ocorridos no ano de 2005 (excesso de receita bruta para permanência no Simples) o disposto na Lei n.º 9.317/96, a qual já se encontrava em vigor desde 01/01/1997. Ou seja, o ADE n.º 081/2009 aplicou aos fatos a Lei vigente à época em que esses ocorreram, daí porque, como dito, não há que se falar em aplicação retroativa de lei.

Deve-se esclarecer, ainda, que o ADE n.º 081/2009 não é lei (e nem sequer é um ato normativo geral e abstrato), mas sim um ato administrativo individual que promoveu a aplicação da referida Lei n.º 9.317/96 ao caso concreto.

Nesse sentido, ao aplicar a Lei n.º 9.317/96 aos fatos de que cuidam os presentes autos, ocorridos em 2005, o ADE n.º 081/2009 observou estritamente o disposto no art. 9º, I e II, e no 15, IV, daquela Lei, que assim estabelecem:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

I - na condição de microempresa, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais);

I - na condição de empresa de pequeno porte, **que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00** (um milhão e duzentos mil reais); (Redação dada pela Lei n.º 9.779, de 1999) ¹ (g.n.)

(...)

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

(...)

IV - **a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º**; (g.n.)

(...)

Ora, como a recorrente auferiu no ano-calendário de 2005 receita bruta em montante superior ao limite de R\$ 1.200.000,00, mas deixou de comunicar ao Fisco que não mais satisfazia a condição estabelecida no art. 9º, II, da Lei n.º 9.317/96 para permanecer no Simples a partir de 01/01/2006, o Fisco, em atenção ao art. 15, IV, da Lei, a excluiu de ofício a partir dessa mesma data, por meio do ADE n.º 081/2009.

Correto, portanto, o procedimento fiscal.

3) DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO DIREITO ADQUIRIDO

¹ É assente que a Lei n.º 9.779/99, apesar de indicar alteração no inciso I do art. 9º da Lei n.º 9.317/96, efetivamente alterou o inciso II da norma.

Nesse terceiro tópico de seu recurso voluntário o sujeito passivo ocupa-se meramente a discorrer sobre os princípios do Estado Democrático de Direito, da Segurança Jurídica e do Direito Adquirido, sem contudo apontar qualquer violação dos atos administrativos de lançamento e de exclusão do Simples a esses princípios constitucionais.

Seja como for, tendo em vista que os atos administrativos de lançamento e de exclusão do Simples observaram estritamente as leis que os regem, qualquer alegação de violação aos mencionados princípios constitucionais teria que estar fundamentada na alegação de inconstitucionalidade dessas leis, algo que não pode ser objeto de apreciação no âmbito deste Órgão Administrativo, por força do disposto no art. 26-A do Decreto n.º 70.235/72, incluído pela Lei n.º 11.941/2009, *in verbis*:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009)

(...)

4) DA ILEGALIDADE DA APURAÇÃO DOS VALORES COM BASE NOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS

Nesse quarto e último tópico de seu recurso voluntário o sujeito passivo alega, em síntese, que a presunção legal de omissão de receitas prevista no art. 42 da Lei n.º 9.430/96 só é válida se houver a demonstração de sinais exteriores de riqueza, como por exemplo, acréscimo patrimonial ou consumo incompatíveis com a renda oferecida à tributação.

Afirma, nesse sentido, que é ilegal a referida presunção quando fundamentada exclusivamente em depósitos de origem não comprovada, como se deu nos presentes autos.

Pois bem, ao contrário do que pretende fazer crer a recorrente, o art. 42 da Lei n.º 9.430/96 não exige nenhum outro requisito para a validade da presunção de omissão de receitas ali estabelecida senão o fato de o sujeito passivo, regulamente intimado para tanto, deixar de comprovar a origem dos valores creditados em suas contas correntes bancárias, senão vejamos:

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.

(...)

Isso posto, uma vez que a recorrente, apesar de regulamente intimada, deixou de comprovar a origem dos valores creditados em suas contas correntes bancárias, o autor da ação fiscal legalmente presumiu que tais valores tinham origem em receitas omitidas, nos exatos termos do art. 42 da Lei n.º 9.430/96.

Por outro lado, se a alegação da recorrente é no sentido de afirmar a ilegalidade do próprio art. 42 da Lei n.º 9.430/96, é de se dizer que, como visto no item 3 deste voto, tal argumento não pode ser aqui apreciado por força do disposto no art. 26-A do Decreto n.º 70.235/72, incluído pela Lei n.º 11.941/2009, *in verbis*:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009)

(...)

5) CONCLUSÃO

Tendo em vista todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa