



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

Processo nº	17883.000507/2008-33
Recurso nº	99.999 De Ofício
Acórdão nº	1401-001.184 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de	06 de maio de 2014
Matéria	IRPJ/Reflexos
Recorrente	LUMADE COMERCIAL E DISTRIBUIDORA LTDA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2003

DECADÊNCIA. SIMPLES. IRPJ e CONTRIBUIÇÕES.

Os impostos e contribuições devidos mensalmente pelas empresas optantes pelo SIMPLES sujeitam-se ao regime do lançamento por homologação, sendo que o prazo decadencial para a constituição de crédito tributário é de 5 (cinco) anos contados do fato gerador

NULIDADE NÃO DECLARADA.

A autoridade julgadora não pronunciará a nulidade ou mandar repetir o ato ou suprir-lhe a falta quando puder decidir o mérito em favor do contribuinte.

OMISSÃO DE RECEITAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO DE COMPRAS. DESCABIMENTO. IRPJ/SIMPLES.

A falta de contabilização de compras de mercadorias, por si só, não é elemento suficiente para caracterizar omissão de receitas (omissão de compras), se o procedimento fiscal não verificou se os pagamentos estavam ou não contabilizados, nos termos do disposto no art. 40 da Lei nº 9.430/1996, descabendo a autuação.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EXCESSO DE RECEITAS. FALTA DE COMPROVAÇÃO PELO FISCO.

Cancelada integralmente a autuação fundamentada em omissão de receitas, por consequência cancela-se a exclusão do SIMPLES promovida por Ato Declaratório Executivo motivado pelo fato de a empresa ter ultrapassado o limite legal para opção, o que afinal não restou comprovado.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, EM NEGAR provimento ao recurso de OFÍCIO.

(assinado digitalmente)

Jorge Celso Freire da Silva – Presidente

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Bezerra Neto, Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Sergio Luiz Bezerra Presta, Karem Jureidini Dias e Jorge Celso Freire da Silva.

Relatório

Trata-se de recurso de ofício no Acórdão nº 12-26.276, da 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro I-RJ.

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

Trata o presente processo dos autos de infração de fls. 2480/2544, lavrados no âmbito da Delegacia da Receita Federal de Volta Redonda/RJ, em 04/12/2008, por meio dos quais estão sendo exigidos da interessada acima identificada, o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ/SIMPLES, no valor de R\$ 57.561,44 (fls. 2494/2503); a Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS/SIMPLES, no valor de R\$ 57.501,44 (fls. 2504/2513); a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL/SIMPLES, no valor de R\$ 89.684,14 (fls. 2514/2523); a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS/SIMPLES, no valor de R\$ 179.368,21 (fls. 2524/2533) e a Contribuição para a Seguridade Social - INSS/SIMPLES, no valor de R\$ 374.345,27 (fls. 2534/2543), todos acrescidos de multa de 75% e juros de mora calculados até 28/11/2008. O valor total do crédito tributário constituído é R\$ 1.894.719,63, conforme demonstrativo de fl. 01.

Como parte integrante do auto de infração veio o Termo de Constatação Fiscal (fls. 2.477), onde estão detalhadas as razões da autuação, que reproduz-se:

"O contribuinte não escriturou no livro caixa e não incluiu em sua declaração anual simplificada PJS1 2004, referente ao ano-calendário 2003, a maior parte das compras efetuadas, conforme cópias de notas fiscais e comprovações de pagamentos apresentados por onze empresas em respostas às intimações emitidas, conforme planilha intitulada "Consolidação das Compras" anexada a este termo. Face ao exposto estamos emitindo autos de infração SIMPLES baseados em pagamentos efetuados com recursos estranhos à escrituração e por insuficiência de recolhimentos. "

Anexo ao Termo de Constatação veio a tabela de fls. 2478/2479, onde estão indicadas as bases de cálculo constantes dos autos de infração, que se reproduz em duas partes em virtude de sua extensão:

mês	copersucar	sara ice	bunge	nova américa	c. 1 alves	ref, do sal	j. macedo s/a	dany laticínios
jan/03	460.585,58	52.976,63		57.79620		4.400,00		
fev/03	332.232,12	51.233,73				5.750,00		
mar/03	499.322,49	31.671,75				17.433,07		12.240,00
abr/03	412.096,92	45.079,34				10.991,09	11.228,00	12.720,00
mai/03	377.957,34	50.051,26		21.600,00		6.325,66	12.900,00	26.280,00
jun/03	581.103,69	63.592,01				17.826,91	17.575,50	14.197,50
jul/03	488.154,85	83.995,55	56.133,67	10.173,54		10.92626	43.985,50	13.680,00
ago/03	547.156,40	66.699,69	56.634,00			11.528,00	17.34538	20.544,00
set/03	575.961,4	92.729,03	68.834,40	57.56721	14.691,00	12.795,39	30.392,00	
out/03	586.743,40	83.236,66	89.649,72	17.478,00	10.324,50	18.473,70	24.252,00	
nov/03	574.007,03	143.113,83		42.370,99	6.522,00	12.986,31	24.960,00	
dez/03	410.324,61	71.259,76				35.41722	52.693,50	
	5.845.645,67	835.639,24	271.251,79	206.985,94	43.065,50	170.670,99	238.530,50	93.195,00

mês	alibra	fósforos	di conti	total	declarado	omissão
jan/03	3.010,00	8.155,50		586.923,91	27.99420	558.929,71
fev/03				389.215,85	28.44825	360.767,60
mar/03	23.120,00	2.716,80		586.504,11	29.816,16	556.687,95
abr/03		4.528,00		496.643,35	28.652,88	467.990,47
mai/03	4.074,00		6.052,30	505.240,56	32.959,27	472.28129
jun/03				694.295,61	29.399,27	664.896,34
jul/03		4.528,00	14.207,64	725.785,01	23.563,27	702.221,74
ago/03		4.528,00	8.082,88	746.595,85	19.264,84	727.331,01
sct/03	3.000,00	7.279,20		863.849,47	20.547,78	843.301,69
out/03		13.648,50	11.515,26	855.321,74	23.026,86	832.294,88
nov/03			10.408,53	814.368,69	25.107,32	789.261,37
dez/03		4.549,50	6.847,01	580.791,60	23.001,79	557.789,81
	33.804,00	49.933,50	56.813,62	7.845.535,75	311.781,89	7.533.753,86

De acordo com o descrito nos autos de infração as infrações são duas: a primeira suportada pela omissão de receitas indicada nos demonstrativos acima e, a segunda, relativa a insuficiência de recolhimento, decorrente de mudança de percentuais como consequência da mudança da receita bruta por conta das omissões, nos termos do artigo 188 do RIR/1999.

Irresignada com a autuação a empresa apresentou, em 07/01/2009, a impugnação de fls. 2.547/2.560, onde alega resumidamente que:

1 - Em sede de preliminar:

a) Cerceamento do direito de defesa, pelas seguintes razões:

- a autuação é nula de pleno direito, devendo a exigência fiscal ser anulada;
- a autoridade lançadora não se preocupou em observar o devido processo legal e a garantia de defesa no curso do procedimento de fiscalização;
- das duas imputações fiscais relacionadas na autuação apenas uma delas encontra descrição relacionada no Termo de Constatação Fiscal, de 04/12/2008;
- a segunda imputação - "falta de recolhimento" - contida no item 002 da autuação simplesmente não contém qualquer descrição e/ou demonstrativos ao longo de todos os volumes da autuação, o que justifica a anulação do procedimento por cerceamento do direito de defesa;
- o processo é composto por 12 volumes sendo que destes jamais teve qualquer acesso e, ainda, sequer foi intimada a prestar qualquer tipo de esclarecimento;
- o açoitamento demonstrado pela autoridade lançadora acabou por prejudicar diretamente o seu direito de defesa;
- sequer teve a oportunidade de se manifestar sobre os vários documentos que foram anexados aos autos ao longo de inúmeros volumes, além de uma das acusações sequer estar lastreada em qualquer demonstrativo ao longo dos autos;

- jamais foi científica de qualquer demonstrativo de apuração, nem muito menos sabe quais foram os elementos adotados pela autoridade lançadora para formar a convicção acerca da infração lançada na autuação, ao arrepio da segurança constitucional da ampla defesa e do devido processo legal;
- não possui elementos, nem lhe foram fornecidos, aqueles necessários para verificar a licitude dos trabalhos fiscais, o que senão dificulta, impossibilita e cerceia que o contribuinte possa verificar a legalidade e, eventualmente, reconhecer a infração que lhe é imputada.

b) Da decadência, pelos seguintes fundamentos:

- operou-se a decadência do direito da Fazenda Pública Federal de efetuar os lançamentos, em decorrência do transcurso do prazo previsto no artigo 150, parágrafo 4º, do CTN; portanto, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extintos os créditos tributários quando passados mais de cinco anos desde a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, situação que ora se afigura;
- a recente Súmula n.º 08 sacramentou que o prazo decadencial é de 5 anos, tendo essa sido estendida a todo e qualquer crédito de natureza tributária, conforme pronunciamento do E. Supremo Tribunal Federal;
- os créditos tributários cobrados englobam fatos geradores relativos ao período total compreendido entre 31 de janeiro de 2003 a 31 de dezembro de 2003;
- tendo sido científica da existência dos supostos créditos tributários em 07 de dezembro de 2008, seguindo o mandamento do supracitado artigo 150, § 4º do CTN, o Fisco não mais poderia ter sido efetuado o lançamento cujos fato geradores supostamente teriam ocorrido entre os meses de janeiro a novembro de 2003;
- cita jurisprudência. II - Do mérito.
- os autos são compostos de 12 volumes compostos basicamente de notas fiscais de empresas que foram convidadas a prestar esclarecimentos, conforme planilha mencionada no Termo de Constatação Fiscal;
- apenas teve acesso aos volumosos autos em uma única oportunidade uma semana antes do término do seu prazo de defesa;
- em face do exposto não possui condições de rebater todos os documentos juntados nos 12 volumes de autos, pois simplesmente não os conhece por falta de acesso aos autos;
- a autuação tem como escopo a omissão de receitas com base em pagamentos efetuados com recursos supostamente estranhos à escrituração e às suas disponibilidades;

- a verificação de omissão de receitas pode ser constatada e comprovada por diversas formas, dentre elas, pela manutenção na escrituração do passivo de obrigações já quitadas, cuja exigibilidade não possa ser verificada ou comprovada, ou pela falta do registro de compras;

- a legislação do imposto sobre a renda condiciona a faculdade da autoridade lançadora de efetuar o lançamento com base na presunção de omissão de receitas, desde que, em primeiro lugar, comprove haver no mínimo um fato relevante que possa ser um rastro de que a sociedade mantinha recursos à margem de sua escrituração, o que não ocorreu;
- a autoridade lançadora simplesmente abandonou todos os critérios contábeis e não cotejou gasto por gasto com a disponibilidade de caixa, ou seja, simplesmente somou valores de faturas pela respectiva competência, sem observar que há prazo entre a emissão e a liquidação do compromisso;
- não é lícito à autoridade lançadora efetuar lançamento, como fez no presente processo, sem demonstrar, em nenhum momento, que sua contabilidade continha, por exemplo, saldo credor na conta de caixa que justificasse a presunção de que os valores seriam, em verdade, recursos da própria pessoa jurídica, mantidos à margem da escrituração;
- as "compras" reputadas como não registradas só poderiam ser consideradas como "recursos à margem de tributação" se comprovado pela autoridade lançadora que as liquidações não poderiam ser contabilizadas e registradas porque naquela data não poderiam ser honradas pela ausência de disponibilidades;
- na autuação não consta a indicação precisa de qual seria o dispositivo legal que daria suporte à presunção;
- os únicos dispositivos que mais se aproximam do tema "omissão de rendimentos" seriam a Lei nº 9.249/95, artigo 24 e o artigo 199 do RIR/99, mas ambos não instituem a presunção adotada pela autoridade lançadora e não se prestam para amparar a exigência fiscal;
- compulsando os presentes autos evidencia-se que a autoridade lançadora, em momento algum, fez prova cabal do fato imputado e descrito na autuação, apoiando-se exclusivamente na presunção legal que acredita possuir, sem demonstrar em nenhum momento, qual seria o pressuposto autorizador desta conclusão;
- a presunção no direito tributário, somente pode ser admitida com graves restrições sempre, desde que estabelecida em lei, e observados os seus pressupostos, o que não se constata na autuação;.
- analisando os registros contábeis, e os demais documentos que dão suporte para a escrituração, é claro que houve equívocos no seu registro de operações, a exemplo de inúmeras outras pessoas jurídicas, entretanto, esses equívocos não são capazes de amparar a pretensão fiscal de omissão de receitas, muito menos, porque na autuação não há sequer a indicação de qualquer dispositivo legal que se amolde ou viabilize a pretensão fiscal;
- cita jurisprudência e doutrina;
- finaliza requerendo o cancelamento integral da autuação.

Em decorrência da apuração de omissão de receitas no total de R\$ 7.533.753,86 (fl. 2479), constatou-se que a interessada ultrapassou o limite legal para permanência no SIMPLES ~ Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte. Como consequência, foi excluída do sistema pelo Delegado da Receita Federal de Volta Redonda/RJ, que emitiu o Ato Declaratório Executivo nº 8, de 09/02/2009 (fls. 2.588/2589), nos autos do processo 17883.000010/2009-04.

Sucede que a Portaria RFB nº 666, de 24 de abril de 2008, determina, em seu artigo Iº, inciso III, que serão objeto de um único processo administrativo as exigências de crédito tributário relativo a infrações apuradas no Simples que tiverem dado origem à exclusão

do sujeito passivo dessa forma de pagamento simplificada. Então, foi solicitado ao SECOJ/DRJ/RJO-I que efetuasse a apensação do processo nº 17883.000010/2009-04 a este, conforme despacho de fl. 2.583, o que foi realizado em 15/09/2009 (vide fl. 2.621).

Inconformada com a exclusão a interessada apresentou, em 30/07/2009, a manifestação de inconformidade de fls. 2607/2611, onde alega resumidamente que:

- em 04/12/2008 foi lavrado Auto de Infração nos autos do processo administrativo nº 17883000.507/2008-33, fundamentado em suposta omissão de receitas relativa ao ano-calendário de 2003, exercício 2004;
- contra o auto de infração foi tempestivamente interposta impugnação ao lançamento de ofício, que se encontra pendente de julgamento perante a la instância administrativa;
- por força do disposto no artigo 151, inciso III, da Lei nº 5.172/66, a exigibilidade dos créditos tributários lançados de ofício encontra-se suspensa, o que implica dizer que a exigência fiscal não pode ser cobrada pelo Fisco Federal até que haja decisão administrativa definitiva;
- até que o crédito tributário lançado de ofício nos autos do processo administrativo nº 17883000.507/2008-33 esteja definitivamente constituído não pode ser considerada culpada pela infração de omissão de receitas e, em decorrência, tais receitas também não podem ser levadas em consideração para fins de verificação de adequação ao limite legal previsto na Lei nº 9.317/96, artigo 2º;
- no ordenamento jurídico pátrio vigora o princípio da presunção da inocência, positivado na Carta Magna em seu artigo 5º, inciso LVII;
- não pode ser considerada culpada da acusação de omissão de receitas e, antes que a referida acusação seja julgada definitivamente, desta sofrer reflexos, como sua exclusão do SIMPLES, sob pena de afronta aos princípios do devido processo legal e da presunção de inocência;
- através da Comunicação nº 054/20093 DRF/Volta Redonda pretende exigir ainda a apresentação das Declarações de Contribuições e Tributos Federais - DCTF, e das Declarações de Informações Econômico Fiscais da Pessoa Jurídica — DIPJ, referentes aos anos calendários de 2004 a 2006, alterando a apuração dos tributos federais para o lucro presumido ou real;
- como esta essa exigência é decorrente da exclusão do SIMPLES, que está tempestivamente combatida pela presente Manifestação de Inconformidade, requer que até que haja o trânsito em julgado administrativo da discussão travada no processo administrativo nº 17883000.507/2008-33, ou no mínimo, o julgamento da presente manifestação de inconformidade, ou seja, que a exclusão ora combatida se torne definitiva, nos termos do Decreto nº 70.235/72, que seja dispensada do cumprimento da exigência;

• finaliza requerendo que seja julgado improcedente o Ato Declaratório Executivo nº 008, de 09/02/2009, proferido pela Delegacia da Receita Federal em Volta Redonda, restabelecendo a sua opção pelo SIMPLES, sendo canceladas quaisquer exigências fiscais, ou penalidades, que dele decorram entre os anos de 2004 a 2006.

É o relatório.

A DRJ, por unanimidade de votos, CANCELOU os lançamentos e anulou o Ato Declaratório de exclusão, RECORRENDO DE OFÍCIO:

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

Ano-calendário: 2003

DECADÊNCIA. SIMPLES. IRPJ e CONTRIBUIÇÕES.

Os impostos e contribuições devidos mensalmente pelas empresas optantes pelo SIMPLES sujeitam-se ao regime do lançamento por homologação, sendo que o prazo decadencial para a constituição de crédito tributário é de 5 (cinco) anos contados do fato gerador

Ultrapassado esse lapso temporal sem a expedição de lançamento opera-se a decadência, sendo, portanto, a atividade exercida pelo contribuinte considerada tacitamente homologada e o crédito tributário extinto, nos termos do art. 150, § 4º e do art. 156, inciso V, do CTN.

SÚMULA VINCULANTE. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS.

O Supremo Tribunal Federal, em 12 de junho de 2008, editou enunciado de Súmula vinculante nº 8, publicada no D.O.U. em 20 de junho de 2008, declarando a inconstitucionalidade do art. 45, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Segundo dispõe o art. 103-A da Constituição Federal de 1988 e o art. 2º da Lei nº 11.417/2006, a súmula, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Portanto, nos tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação, como é o caso destas contribuições, ausentes dolo, fraude e simulação, o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário decai após 5 (cinco) anos contados da data da ocorrência do fato gerador, conforme dispõe o art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

NULIDADE NÃO DECLARADA.

A autoridade julgadora não pronunciará a nulidade ou mandar repetir o ato ou suprir-lhe a falta quando puder decidir o mérito em favor do contribuinte.

OMISSÃO DE RECEITAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO DE COMPRAS. DESCABIMENTO. IRPJ/SIMPLES.

A falta de contabilização de compras de mercadorias, por si só, não é elemento suficiente para caracterizar omissão de receitas (omissão de compras), se o procedimento fiscal não verificou se os pagamentos estavam ou não contabilizados, nos termos do disposto no art. 40 da Lei nº 9.430/1996, descabendo a autuação.

Ressalvados os casos especiais, os lançamentos reflexivos colhem a sorte daquele que lhes deu origem, na medida em que não há fatos ou argumentos novos a ensejar conclusões diversas.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EXCESSO DE RECEITAS. FALTA DE COMPROVAÇÃO PELO FISCO.

Cancelada integralmente a autuação fundamentada em omissão de receitas, por consequência cancela-se a exclusão do SIMPLES promovida por Ato Declaratório Executivo motivado pelo fato de a empresa ter ultrapassado o limite legal para opção, o que afinal não restou comprovado.

É o relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator

O recurso reúne as condições de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

O recurso limita-se ao de ofício. Preenche o requisito de alçada, merecendo ser conhecido.

A matéria submetida a análise de recurso de ofício restringe-se a 4 (matérias) matérias:

- 1) decadência parcial do lançamento;
- 2) Preliminar de Nulidade;
- 3) Omissão de receitas por “pagamentos efetuados com recursos estranhos à escrituração”
- 4) Exclusão do Simples por ultrapassar os limites legais permitidos para esse regime (consequência do item “2”)
- 5) Insuficiência de recolhimentos em função da exclusão do Simples (item “3” da autuação).

1) ANÁLISE DO RECURSO DE OFÍCIO

A DRJ acolheu a decadência parcial do lançamento (janeiro/2003 a novembro de 2003), nos seguintes termos:

No caso concreto do lançamento de tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação, como é o caso do IRPJ e das contribuições lançadas, ausentes dolo, fraude e simulação, o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário decai após 5 (cinco) anos contados da data da ocorrência do fato gerador, conforme dispõe o art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN).

Por extensão do disposto no atual Código Civil, e pelo fato do lançamento estar jungido ao princípio da legalidade, quando constatada a decadência do direito de lançar o julgador administrativo deve declará-la de ofício.

No que tange às contribuições, deve ser destacado que o Supremo Tribunal Federal, em 12 de junho de 2008, editou enunciado de Súmula vinculante nº 8, publicada no D.O.U. em 20 de junho de 2008, declarando a inconstitucionalidade do art. 45, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que previa que o direito de constituição do crédito tributário das contribuições para a seguridade social (CSLL, PIS, COFINS e INSS) extinguir-se-ia somente após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Portanto, diante do exposto, nos tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação, como é o caso do IRPJ e contribuições lançados, ausentes dolo, fraude e simulação, o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário decai após 5 (cinco) anos contados da data da ocorrência do fato gerador, conforme dispõe o art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN).

No caso em exame, a empresa autuada é optante pelo SIMPLES, estando sujeita ao pagamento mensal unificado de tributos e contribuições, nos termos do caput do artigo 187 e do artigo 188 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3000, de 26 de março de 1.999, a seguir:

"Art. 187. As pessoas jurídicas de que trata este Capítulo poderão optar pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e

Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, sujeitando-se ao pagamento mensal unificado dos impostos e contribuições federais relacionados no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.317, de 1996, entre os quais o imposto de renda devido pelas pessoas jurídicas (Lei nº 9.317, de 1996, art. 3º, caput e § 1º, alínea "a"), "-grifei"

Art. 188. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES, será determinado mediante a aplicação, sobre a receita bruta mensal auferida, dos percentuais e nas condições estabelecidas no art. 5º, e seus parágrafos, da Lei nº 9.317, de 1996, observado, quando for o caso, o disposto nos arts. 204 e 205.- grifei

Do exposto, deflui-se que os impostos e contribuições devidos mensalmente pelas empresas optantes pelo SIMPLES sujeitam-se ao regime do lançamento por homologação, e, aplicando-se a regra contida no artigo 150, parágrafo 4º, o direito da Fazenda de constituir o crédito tributário relativo aos meses de janeiro/2003 a novembro de 2003, decaiu em 30/11/2008. Conclusivamente, em 08/12/2008 (fl. 2.545), quando foi dada ciência ao contribuinte dos autos de infração de IRPJ/SIMPLES, PIS/SIMPLES, CSLL/SIMPLES, COFINS/SIMPLES e INSS/SIMPLES, já havia decaído o direito do Fisco de exigir tais tributos quanto ao período de janeiro a novembro de 2003.

Nada a reparar na decisão de piso que acolheu parcialmente a decadência utilizando-se, no caso da regra do art. art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN), uma vez que houve pagamentos e não foi o caso da ocorrência de dolo ou fraude, o que conduziria a regra do art. 173, I do CTN.

Restou apenas o mês de dezembro de 2003 que foi cancelado pelos motivos mais adiante tratados.

Tributos lançados não atingidos pela decadência - valores em reais - R\$						
MES	IRPJ	PIS	CSLL	COFINS	INSS	TOTAL
dez/03	4.429,34	4.429,34	6.814,37	13.628,75	29.301,78	58.603,58

Portanto, nego provimento ao recurso de ofício nesta parte.

2) Preliminar de Nulidade

A DRJ, seja no voto vencedor seja na declaração de voto, enfileirou uma série de motivos para o cancelamento da autuação e consequente reversão da exclusão do SIMPLES e insuficiência de recolhimentos, reflexo dessa exclusão.

O primeiro deles seria de ordem preliminar. A DRJ acatou a alegação do contribuinte no sentido de que o mesmo não tivera acesso aos documentos que deram suporte à autuação, nos seguintes termos:

A falta de ciência das notas fiscais constantes às fls. 14/2448, ou, pelo menos das tabelas de fls. 2451/2479, preteriu a compreensão do contribuinte quanto à matéria autuada. A título de exemplo, veja-se que o valor de R\$ 460.585,58, constante da tabela de fl. 2478, refere-se às aquisições efetuadas pela empresa junto à Copersucar no mês de janeiro/2003, conforme notas fiscais discriminadas à fl. 2451. De modo análogo, o valor de R\$ 6.052,30, indicado à fl. 2479, relaciona-se a aquisições feitas pela autuada junto à Casa di Conti, no mês de maio/2003, conforme relação de notas fiscais de fl. 2476. Através destes exemplos, demonstra-se que o contribuinte não teve acesso à fonte de informações que deu causa à autuação por omissão de receitas, o que impediu a compreensão do contribuinte quanto à matéria autuada, preterindo o seu direito de defesa, conforme alega,

A doutrina é clara, ao ressaltar que a efetiva ocorrência de circunstâncias no auto de infração ou na fase de preparo que impeçam a perfeita defesa da autuada, impõe a anulação do lançamento efetuado. No presente caso, a falta de ciência dos documentos de fls. 14/2479, impediu conhecimento do contribuinte de como foi formada a base de cálculo utilizada para a autuação. O Conselho de Contribuintes em situações análogas assim procedeu:

Apesar de a DRJ ter tratado dessa preliminar, ao final, na prática não a conhece, uma vez que invoca o dispositivo do PAF (o parágrafo 3º do artigo 59 do Decreto nº 70.235/72) que dispõe que a autoridade julgadora não pronunciará a nulidade ou mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta **quando puder decidir o mérito em favor do contribuinte**, situação que se afigurou no presente contexto. Dessa feita tal matéria não será aqui analisada, mas tão somente os outros fundamentos para o cancelamento que estão contidos no mérito da questão.

MÉRITO

3) - Omissão de receitas por “pagamentos efetuados com recursos estranhos à escrituração”

Conforme consta do TVF:

"O contribuinte não escriturou no livro caixa e não incluiu em sua declaração anual simplificada PJS1 2004, referente ao ano-calendário 2003, a maior parte das compras efetuadas, conforme cópias de notas fiscais e comprovações de pagamentos apresentados por onze empresas em respostas às intimações emitidas, conforme planilha intitulada "Consolidação das Compras" anexada a este termo. Face ao exposto estamos emitindo autos de infração SIMPLES baseados em pagamentos efetuados com recursos estranhos à escrituração e por insuficiência de recolhimentos."

Consta do auto o seguinte enquadramento legal?

Art. 24 da Lei nº 9.249/95; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "a", 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317/96.; Art. 3º da Lei nº 9.732/98.; Arts. 186, 188 e 199, do RIR/99.

A DRJ, seja no voto vencedor seja na declaração de voto, enfileirou uma série de motivos meritórios para o cancelamento da autuação e consequente reversão da exclusão do SIMPLES e insuficiência de recolhimentos, reflexo dessa exclusão.

O primeiro desses motivos seria o seguinte:

“De início, cabe esclarecer que, se as compras deixaram de ser contabilizadas, os custos destas compras deixaram de ser apropriados, o que compensaria com as supostas receitas omitidas anteriormente, não havendo efeito fiscal. Então, por esta razão, descebe manter a autuação. Ademais, o contribuinte é optante pelo SIMPLES sendo sua tributação decorrente das receitas percebidas. Deste modo o autuante deveria ter comprovado a omissão com base no art. 40 da Lei nº 9.430/1996, ou mediante prova direta da omissão.”

Até concordo com a conclusão desse parágrafo, ou seja que “o autuante deveria ter comprovado a omissão com base no art. 40 da Lei nº 9.430/1996, ou mediante prova direta da omissão” e não o fez, mas discordo da premissa a partir da qual parte a DRJ para cancelar o lançamento, qual seja, “se as compras deixaram de ser contabilizadas, os custos destas compras deixaram de ser apropriados, o que compensaria com as supostas receitas omitidas anteriormente, não havendo efeito fiscal.”. Ora, é claro que há efeito fiscal, pois o que se espera que as receitas sejam sempre superiores aos custos. Se acaso se comprovasse a omissão de receitas, o que não foi o caso (como se verá adiante), não seria óbice a tributação da mesma, o fato de os custos estarem ou não de fora, mormente quando o regime de tributação é baseado no faturamento e não no lucro real, como é o caso do SIMPLES.

O segundo motivo para o cancelamento do auto de infração seria a falta da prova de que todos pagamentos não foram mesmo contabilizados:

“No que se refere aos pagamentos efetuados com recursos estranhos à escrituração, o autuante deveria ter anexado aos autos a prova de que os pagamentos não foram contabilizados, todavia não o fez.

Releva notar que a infração poderia ser caracterizada sem a utilização da presunção por omissão de compras, através da prova direta de que os valores vendidos a maior não tivessem sido contabilizados, mas tal não foi investigado.

Cabe ressaltar que o art. 40 da Lei nº 9.430/1996 dispõe que a falta de escrituração de pagamentos efetuados pelo interessado caracteriza omissão de receitas. Então, para caracterizar omissão de receitas, não basta que as compras não estejam contabilizadas, sendo preciso que os pagamentos não estejam contabilizados. Em outras palavras, para que reste caracterizada a omissão de receitas, os pagamentos não devem estar escriturados, independentemente das compras estarem ou não contabilizadas.

No caso em concreto, a fiscalização, considerou que a falta de contabilização das compras, por si só, caracterizaria omissão de receitas, não havendo indicação, nos autos, que tenha verificado se os pagamentos estavam ou não contabilizados. Como já foi mencionado anteriormente, a falta de contabilização das compras, por si só, não caracteriza omissão de receita. Segundo o art. 40 da Lei nº 9.430/1996, o que caracteriza omissão de receita é a falta de escrituração do pagamento, o que não consta que tenha sido verificado pela fiscalização. Sendo assim, não cabe presumir que tenha havido omissão de receitas.

Vale lembrar que quando o auditor-fiscal ao elaborar o auto de infração deveria ter instruído o mesmo com todas as provas indispensáveis à caracterização do ilícito (art. 9º do Decreto nº 70.235/1972). Nesse sentido, a autuação carece de provas, posto não terem sido juntados aos autos os livros fiscais necessários à comprovação da falta de escrituração dos pagamentos.”

Fazendo-se um esforço exegético no sentido de entender que a autoridade lançadora quis afirmar que a falta de escrituração dos pagamentos relativos às compras, consubstancia uma presunção legal, que seria a omissão de receita prevista no art. 40 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Esclareça-se, digo esforço exegético, pois a autoridade fiscal apenas deixa subentender que se estaria tributando por esse enquadramento legal, pois não explicitou-o, nem deixou muito claro na descrição dos fatos, o que já seria outro motivo suficiente para o cancelamento do auto de infração por cerceamento do direito de defesa, como constou inclusive da declaração de voto.

Mas, prossigamos, transcreva-se o dispositivo legal em que supostamente estaria lastreado o lançamento – art. 40 da Lei nº 9.430, de 1996:

“Art. 40. A falta de escrituração de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica, assim como a manutenção, no passivo, de obrigações cuja exigibilidade não seja comprovada, caracterizam, também, omissão de receita.” (g.n.)

Como se verifica, a condição para que se caracterize a omissão de receitas é que tenha havido o pagamento das compras supostamente efetuadas pela empresa. No caso vertente, há inúmeras notas fiscais de vendas emitidas por diversos fornecedores tendo como destinatária a Recorrente, porém o autuante não se preocupou em deixar cabalmente provado que essas supostas compras tenham sido efetivamente pagas pela empresa, quer nos períodos objeto da autuação, quer em quaisquer outros períodos.

Trata-se de uma presunção legal, na qual a comprovação inequívoca do fato indiciário (o pagamento não escriturado) é fator imprescindível para comprovação do fato presumido (a omissão de receita). No caso concreto, a fiscalização fundamentou o lançamento com base nas compras omitidas pela recorrente. Não houve a comprovação inequívoca do fato indiciário, o pagamento não escriturado, mas apenas uma presunção de sua ocorrência, detonado pela omissão de compras.

A omissão de compras, per si, não autoriza a presunção de omissão de receitas, por falta de amparo legal, constituindo apenas indício desta omissão. Não há no Termo de Verificação de Infração a indicação líquida e certa dos pagamentos que não foram escriturados pelo contribuinte. Nesse passo, conclui-se que a infração de omissão de receitas, caracterizada por pagamentos não escriturados, teve fundamentação fática exclusiva na omissão de compras, devendo ser cancelada diante de sua ilegalidade. Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência administrativa.

Outrossim, subsiste ainda mais um outro motivo importante para o cancelamento da autuação e ligado à formação da base de cálculo, dessa feita encontrada na declaração de voto da DRJ. É que a fiscalização ao se basear simplesmente na data da emissão das Notas Fiscais de compras, e consolidá-las, não levou em conta as datas de efetivo pagamento, que normalmente foram efetuados em meses posteriores, incorreu em erro de indicação do mês de ocorrência do fato gerador na apuração da base de cálculo.

Pelo acima exposto, nego provimento ao recurso de ofício nesse item da autuação.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTOS E EXCLUSÃO DO SIMPLES

Como as insuficiências de recolhimento decorrem das omissões apuradas que resultaram por sua vez na mudança de faixas de percentual a serem aplicados sobre as receitas declaradas (o artigo 188 do R1R/2.009), e como a infração de omissão de receitas não restou comprovada, também não pode prosperar este item da autuação, bem assim a exclusão do simples que são desdobramentos lógicos meramente reflexos daquela constatação de omissão de receitas.

Por todo exposto, NEGO PROVIMENTO ao RECURSO DE OFÍCIO.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto