



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

Processo nº 19515.003474/2010-11
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-001.811 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de março de 2015
Matéria Omissão de receitas. Depósitos Bancários
Recorrente EVENCRIS AUTOMÓVEIS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Data do fato gerador: 31/01/2006, 28/02/2006, 31/03/2006, 30/04/2006, 31/05/2006, 30/06/2006, 31/07/2006, 31/08/2006, 30/09/2006, 31/10/2006, 30/11/2006, 31/12/2006

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIA. DESCABIMENTO

Tratando-se a determinação de diligência pelo órgão administrativo de julgamento de mera faculdade estabelecida nos termos do Art. 29 do Decreto 70.235/72, descabe falar em nulidade da decisão no caso em que esta restara expressamente indeferida.

Ademais, considerando que se trata de pretensão de diligência para a obtenção de documentos que competiriam à contribuinte apresentar nos autos, descabe falar em qualquer cerceamento ao seu direito de defesa.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE NATUREZA E ORIGEM NÃO COMPROVADOS.

Nos termos do Art. 42 da lei 9.430/96, caracterizam-se como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

OPERAÇÕES PARALELAS. DESCONTO DE CHEQUES.

A (simples) afirmação da contribuinte de que os cheques creditados em sua conta bancária representavam recursos decorrentes de “operações paralelas” desenvolvidas por um de seus sócios, não desnatura, por si só, a natureza da receita, confirmando, inclusive, a regularidade da presunção aplicada.

PRÁTICA REITERADA. ARGÜIÇÃO. INSUBSISTÊNCIA.

O conceito de PRÁTICA REITERADA revela certo grau de indeterminação, de modo que descabe falar em invalidade do lançamento na circunstância em que a autoridade fiscal, identificando omissão de receitas em períodos sucessivos, promove a tributação na sistemática diferenciada e mais benéfica para o fiscalizado. O fundamento para a decretação do cancelamento do lançamento mostra-se ainda mais insubsistente quando se constata que a questão sequer foi suscitada em sede defesa, restando evidente que, no caso, não se está diante de matéria de ordem pública.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Carlos Augusto de Andrade Jenier (Relator), Joselaine Boeira Zatorre (Suplente Convocada) e Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior. Ausente justificadamente o Conselheiro Valmir Sandri. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas.

(Assinado digitalmente)

ADRIANA GOMES REGO - Presidente.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator.

(Assinado digitalmente)

PAULO JAKSON DA SILVA LUCAS - Redator Designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Adriana Gomes Rego (Presidente), Wilson Fernandes Guimarães, Joselaine Boeira Zatorre (Suplente Convocada), Paulo Jakson da Silva Lucas, Edwal Casoni De Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

Por muito bem descrever as circunstâncias contidas nos autos, adoto o relatório da decisão de primeira instância, donde destaco:

1. *Em decorrência de ação fiscal direta, a contribuinte acima identificada foi autuada em 29/10/2010 (fl. 295) e intimada a recolher o crédito tributário constituído relativo aos tributos abrangidos pelo Simples (IRPJ, contribuição para o PIS, CSLL, COFINS e Contribuição para a Seguridade Social-INSS), multa proporcional e juros de mora, referentes a fatos geradores ocorridos em 2006.*

2. *Conforme descrito nos Autos de Infração e no Termo de Verificação Fiscal (fls. 243 a 247), a contribuinte cometeu as seguintes infrações:*

2.1. *Omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários não escriturados cuja origem não foi comprovada pela contribuinte regularmente intimada, tributados no montante superior à receita declarada.*

2.2. *Insuficiência de recolhimento decorrente da mudança de faixa de alíquota do Simples incidente sobre a receita declarada em função do aumento da receita bruta acumulada devido ao cômputo da receita omitida, conforme demonstrativos às fls. 174 a 180.*

3. *Tendo em vista o apurado, foram lavrados, conforme preceitua o artigo 9º do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, os seguintes Autos de Infração:*

3.1. IRPJ-Simples

(fls. 187 a 196) com base nos artigos 186, 188, e 199 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/1999), 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 2º, § 2º, 3º, “caput”, § 1º, alínea “a”, 5º, 7º, § 1º, 17, e 18, da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 3º da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998, formalizando crédito tributário calculado até 30/09/2010 no montante de R\$ 115.239,61.

3.2. PIS-Simples

(fls. 197 a 209) com base no artigo 3º, alínea “b” da Lei Complementar (LC) nº 07, de 07 de setembro de 1970, combinado com o artigo 1º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 17, de 12 de dezembro de 1973, artigos 2º, inciso I, 3º e 9º da Medida Provisória nº 1.249, de 14 de dezembro de 1995 e suas reedições, artigos 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea “b”, 5º, 7º, § 1º, 17, e 18 da Lei nº 9.317/1996, e 3º da Lei nº 9.732/1998, formalizando crédito tributário, calculado até 30/09/2010, no montante de R\$ 84.348,36.

3.3 CSLL- Simples

(fls. 210 a 219) com base nos artigos 1º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea “c”, 5º, 7º, § 1º, 17 e 18 da Lei nº 9.317/1996, e 3º da Lei nº 9.732/1998, formalizando crédito tributário, calculado até 30/09/2010, no montante de R\$ 115.239,61

3.4. COFINS-Simples

(fls. 220 a 229) com base nos artigos 1º e 2º da Lei Complementar (LC) nº 70, de 30 de dezembro de 1991, 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea “d”, 5º, 7º, § 1º, e 18 da Lei nº 9.317/1996, e 3º da Lei nº 9.732/1998, formalizando crédito tributário, calculado até 30/09/2010, no montante de R\$ 338.842,86.

3.5. Contribuição para a Seguridade Social – INSS-Simples

(fls. 230 a 239) com base nos artigos 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea “f”, 5º, 7º, § 1º, 17, e 18 da Lei nº 9.317/1996, e 3º da Lei nº 9.732/1998, formalizando crédito tributário, calculado até 30/09/2010, no montante de R\$ 980.505,81.

4. O enquadramento legal da multa de ofício aplicada no montante de 75% dos tributos lançados, encontra-se indicado às fls. 188, 198, 211, 221 e 231. O enquadramento legal dos juros de mora é o artigo 61, § 3º, da Lei nº 9.430/1996 (fls. 188, 198, 211, 221 e 231).

5. Irresignada com os lançamentos, em 29 de novembro de 2010 (fls. 300 a 302, e 2049), a empresa, representada por Procurador (fls. 323 e 334), apresentou a impugnação às fls. 303 a 322, instruída com documentos às fls. 323 a 2042, na qual alega, em síntese, o seguinte:

5.1. Não se põe em dúvida que depósitos bancários não justificados levam à presunção legal de omissão de receita, em razão do preconizado no artigo 42 da Lei 9.430/1996.

5.2. “Entretanto, como as presunções oferecem o problema, por vezes insolúvel, de atender antes probabilidades do que a verdade, não oferecem a precisão desejada, correndo-se, quase sempre, o risco de transformá-la antes em meio técnico de arrecadação, sem resolver o problema de justiça tributária, fortalecendo o poder fiscal em detrimento do contribuinte que suporta o encargo da ação fiscal.”

5.3. Destarte, se usadas ou interpretadas com desrespeito aos princípios da legalidade e da tipicidade, configuram uso abusivo, inadmissível, porque tais princípios não comportam violação.

5.4. O ordenamento jurídico consagra o princípio da reserva absoluta de lei no que se refere à criação e alteração dos tributos. E, se não fora assim, se não determinados esses elementos, previamente, na lei que os cria e/ou altera, o contribuinte não teria a certeza jurídica da extensão do que lhe poderá ser exigido, como exação. A ausência dessa certeza, indubitavelmente, implicaria na falta de segurança jurídica que lhe é devida, ficando seu direito desnudado de proteção e sem garantia do seu cumprimento.

5.5. O princípio da tipicidade cerrada impõe, consoante determina a Carta Magna ao legislador, a exigência de definir de maneira rigorosa e exhaustiva os elementos essenciais do tipo tributário.

5.6. Os valores depositados não representam renda auferida. Não representam sonegação na sua extensão. Não se subsumem às hipóteses legais.

5.7. A empresa foi sincera quando informou, conforme consta no Termo de Verificação Fiscal: “a empresa em 13/09/2010 protocolou expediente através do qual informava que os cheques depositados na conta se referiam a operações de desconto de valores para terceiros e solicitava prazo para apresentação.”

5.8. Isto porque os valores depositados nunca foram resultado de seu negócio de desmanche de carros adquiridos em leilões. As fotos que são anexadas a esta

impugnação dão a exata dimensão de sua capacidade contributiva. (acostou documentos às fls. 2034/2035).

5.9. *“O que aconteceu foi que dado o crédito fácil que possuía a Impugnante junto ao Bradesco, seu sócio resolveu se dedicar a descontos de cheques de terceiros, pagando juros ao Banco e procedendo desconto pela troca de cheques. Assim: por um cheque de R\$ 2.000,00 era pago R\$ 1.900,00. Os cheques recebidos das pessoas jurídicas e pessoas físicas eram depositados no Banco. Daí o expressivo número de depósitos e ocorrências citadas pelo Fisco nas explicações a débito de sua apuração.”*

5.10. *A prova do que afirma a defendente se dá quando se constata que em todos os meses o saldo bancário, durante praticamente todo o ano-calendário 2006, era negativo.(registra tabela à fl. 313).*

5.11. *“No caso em apreço deixou claro a Impugnante a origem dos recursos depositados. Pagamentos por descontos na troca de cheques. Cheques dos tomadores de mútuos. Tome-se o número de depósitos e valores para demonstrar estar a Impugnante falando a verdade.”*

5.12. *“Cuidou a Impugnante de proceder os seguintes levantamentos, já que não tem como conseguir obter cópias dos cheques que lhe foram entregues em pagamentos dos valores antes entregues aos tomadores. Cheques que foram depositados para diminuir os saldos devedores mensais.”*

5.13. *A recorrente acosta aos autos (fls. 314/316) Declarações de Clientes tomadores de Mútuo (fls. 336/358), cópias de cheques devolvidos (sem fundos) de tomadores de empréstimos (fls. 360/404), Planilha com relação dos cheques devolvidos (sem fundos) de tomadores de empréstimos (fls. 409/413), Planilha com relação dos cheques emitidos pela empresa para os beneficiários tomadores de empréstimos, por ordem cronológica (fls. 460/471), Planilha com relação dos cheques emitidos pela empresa para os beneficiários tomadores de empréstimos, por ordem alfabética (fls. 472/482), cópias de todos os cheques emitidos, somente juntados pelo Fisco por amostragem (fls. 484/1606), cópias de Notas Fiscais de compras e de vendas “para demonstrar que com as compras seria impossível faturar pela Impugnante os valores reclamados” (fls. 1608/1958), Livro Registro de Saídas (fls. 1960/2005), Livro Registro de Entradas (fls. 2006/2028), e Livro Registro de Movimento de Entradas e Saídas de Veículos (fls. 2029/2032).*

5.14. *Os valores depositados não decorreram de operações de vendas de sucata ou peças usadas de veículos. Decorreram de operações paralelas (financeiras) exercitada pelo sócio da Impugnante, ou seja: descontos de cheques, com recebimentos e pagamentos de juros.*

5.15. *Os documentos juntados não deixam dúvidas, bem como o fato de que a empresa informou à fiscalização desde o início de seus trabalhos. O fato de não poder entregar ao senhor Auditor os cópias dos cheques depositados se deve ao fato de não serem fornecidos pelo Banco. Só o emitente tem tal possibilidade.*

5.16. *Enquanto tem dificuldade a Impugnante para obter as cópias dos cheques depositados, tem o Fisco facilidade, pelo que requer a devida diligência, em busca da verdade material.*

5.17. *Dá notícia os autos de que há ainda representação do Fisco para exclusão da Impugnante do Simples, o que, por tudo o que foi visto, não encontra amparo legal. Quanto a isto há que se registrar não ter tido acesso a defendente às causas do desenquadramento, visto que até o prazo de apresentação da Impugnação, as cópias do processo ainda não estavam disponíveis na DRFB. Fica o protesto.*

5.18. *Sendo o caso, “deve ser feita uma vistoria no “desmanche”, sede da Impugnante, para constatação de suas compras, vendas e estoques, as quais jamais poderiam chegar aos valores reclamados no lançamento.”*

6. *Devido à ultrapassagem em 2006 do limite de receita para permanência no Simples, a autoridade autuante elaborou Representação Fiscal para Exclusão de Ofício do Simples, constante às fls. 296 a 298 do presente processo.*

7. *Em 6 de julho de 2011 a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo emitiu o Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/EQRES nº 55/2011, excluindo a autuada do Simples a partir de 01 de janeiro de 2007 (fl. 2050).*

8. *A exclusão foi fundamentada nos artigos 9º, incisos I e II, 12, 13, inciso II, alínea “a”, 14, inciso I, 15, inciso IV e § 3º, e 16, da Lei nº 9.317, de 05/12/1996; 21, 23, inciso I, e 24, inciso VI, da Instrução Normativa SRF nº 608, de 09/01/2006.*

9. *A contribuinte tomou ciência deste Ato em 13/07/2011, conforme documento de Rastreamento dos Correios à fl. 2052 dos autos, tendo apresentado, por meio de Procurador (fls. 2073/2074), manifestação de inconformidade em 10/08/2011 (razões às fls. 2054 a 2072 e anexos às fls. 2073 a 2097), no qual repisa os argumentos expostos na defesa ao AI e acrescenta os seguintes tópicos:*

9.1. *Como restou demonstrado na defesa apresentada ao AI, a empresa jamais ultrapassou os limites do Simples Federal, segundo o disposto no artigo da lei específica, a saber, nº 9.317/1996, bem como à mesma não se aplicam as normas dadas como sustentação à acusação (transcreve artigos da mencionada lei e da IN SRF nº 608/2006 às fls. 2068 a 2072).*

9.2. *Pelo exposto, fica evidente que a eficácia do ato de exclusão somente poderá se dar após a decisão a ser prolatada acerca do AI.*

9.3. *Fica requerida a suspensão do ADE, que deverá ser cancelado.*

A partir da análise dos argumentos expendidos pela contribuinte, entendeu a 13ª Turma da DRJ/SP1 pela IMPROCEDÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO, mantendo, assim, em sua integralidade, o lançamento efetivado, a partir dos fundamentos então especificamente destacados em seu acórdão que assim, inclusive, restou ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/01/2006, 28/02/2006, 31/03/2006, 30/04/2006, 31/05/2006, 30/06/2006, 31/07/2006, 31/08/2006, 30/09/2006, 31/10/2006, 30/11/2006, 31/12/2006

DILIGÊNCIA. DESCABIMENTO.

Incabível o pedido de realização de diligência pois o litígio se resolve com o direito e os fatos comprovados por documentos já constantes dos autos.

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO.

A instituição de uma presunção pela lei tributária transfere ao contribuinte o ônus de provar que o fato presumido pela lei não aconteceu em seu caso particular.

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

Data do fato gerador: 31/01/2006, 28/02/2006, 31/03/2006, 30/04/2006, 31/05/2006, 30/06/2006, 31/07/2006, 31/08/2006, 30/09/2006, 31/10/2006, 30/11/2006, 31/12/2006

DEPÓSITO BANCÁRIO. ORIGEM. FALTA DE COMPROVAÇÃO. RECEITA OMITIDA.

Valores depositados em conta bancária, cuja origem a contribuinte regularmente intimada não comprova, caracterizam receitas omitidas.

OMISSÃO DE RECEITAS. DETERMINAÇÃO DO IMPOSTO. REGIME DE TRIBUTAÇÃO.

Verificada a omissão de receita, o imposto a ser lançado de ofício deve ser determinado de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

LANÇAMENTO. JULGAMENTO. NORMAS APLICÁVEIS. IMPOSTO DE RENDA.

As normas relativas ao imposto de renda devem ser aplicadas na determinação e exigência dos créditos tributários devidos em conformidade com o Simples.

RECEITA BRUTA. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO.

Os optantes pelo Simples podem excluir da base de cálculo apenas o valor referente às vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos.

LIMITE DE RECEITA BRUTA. ULTRAPASSAGEM. EXCLUSÃO DO SIMPLES. ANO-CALENDÁRIO SUBSEQUENTE.

O contribuinte, cuja receita bruta ultrapassa o limite estabelecido pela legislação do Simples, deve ser excluído deste sistema de tributação no ano-calendário subsequente ao que ocorrer o excesso de receita.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Regularmente intimada do resultado do julgamento, pela contribuinte foi então interposto o seu respectivo Recurso Voluntário, cujas razões assim podem ser sumariadas:

PRELIMINARMENTE

- A recorrente inicia suas razões destacando, em sede preliminar, a existência de "cerceamento ao direito de defesa", tendo em vista que, apesar de objetivamente requerida pela contribuinte a determinação de realização de diligências pelas entidades fiscais às co-respectivas instituições financeiras para a obtenção de cópias dos cheques compensados nas contas de terceiros, estas a ela teriam sido negadas.

- Nada obstante, destaca que, desde o início, por ela própria havia sido expressamente "confessado" que as atividades desenvolvidas tratavam-se, na verdade, de operações de "concessão de mútuos", e que os seus ganhos não seriam o do valor constante da cártula compensada, mas sim dos valores de "juros" e "spread" obtidos nas operações mercantis referenciadas.

- A diligência pretendida, então, tratava-se da busca dos cheques compensados nas contas de terceiros, o que, por certo, seria inexigível à contribuinte, mas perfeitamente possível aos agentes da Fazenda, a partir da prática de seu respectivo Poder de Polícia.

NO MÉRITO

- Que a imputação promovida contra a contribuinte pelos agentes da fiscalização se teriam fundado na falta de explicação a respeito das origens e valores depositados, mas que, mesmo tendo sido especificamente explicitadas pela contribuinte, não foram aceitos pela fiscalização, simplesmente determinando-se, assim, a aplicação das disposições do Art. 42 da Lei 9.430/96.

- Que, segundo a recorrente, é a primeira vez que se tem conhecimento de que o saldo devedor em Banco significa base para a cobrança de IRPJ e Contribuições.

- Que a contribuinte nunca teria se furtado à específica demonstração da origem e natureza dos cheques por ela depositado, não se podendo admitir, assim, a aplicação do dispositivo aventado.

- O ganho auferido pela contribuinte era, exatamente, os "pagamentos por desconto na troca de cheques".

- Que se alguma coisa poderia ser cobrado da recorrente, o montante deveria se circunscrever aos valores dos juros eventualmente cobrados, ou ainda "sobre um capital médio", nada mais.

- Que os valores depositados na conta bancária da contribuinte não decorreria de operações de venda de sucata ou peças usadas de veículos (que seria o objeto social da empresa), mas das "operações paralelas (financeiras) exercitadas pelo sócio da impugnante, ou seja: descontos de cheques, com recebimento e pagamento de juros".

- A recorrente sustenta que a origem dos recursos restou pois devidamente demonstrada, que se trataria ali de utilização indevida da conta bancária da empresa para operações desenvolvidas por um de seus sócios.

- Que o capital de giro obtido está provado nos autos pelos saldos negativos mantidos na conta corrente junto ao Banco Bradesco. Que os extratos não deixam dúvida.

- Que pelas dificuldades da contribuinte de obter cópias dos cheques depositados poderia ser superada com a determinação de diligência, o que, então, reitera na oportunidade.

- Continuando sua argumentação, a recorrente volta a afirmar que *"tinha crédito no Bradesco e amizade com o gerente. Seu saldo durante todo o período, não obstante intensa movimentação permaneceu constantemente devedor. Fatos alegados e provados nos autos. Não considerados pelo julgador"*.

- Reitera todas as razões antes apresentadas em sua impugnação, renovando, mais uma vez, o pedido de diligências, e a impossibilidade de manutenção do lançamento efetivado com base na presunção do Art. 42 da Lei 9.430/96, tendo em vista que teria sim a contribuinte trazido aos autos todas as informações de que dispunha a respeito dos referidos créditos.

Esse é o relatório. Passo ao meu voto.

Voto Vencido

Conselheiro CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER, relator.

Sendo tempestivo o recurso voluntário interposto, dele conheço.

Conforme aqui devidamente destacado no relatório apresentado, a discussão mantida nos presentes autos refere-se, especificamente, à validade da aplicação das disposições do Art. 42 da Lei 9.430/96, em decorrência da identificação, pela fiscalização, do ("suposto") recebimento de depósitos pela contribuinte em sua conta-corrente no Banco Bradesco, sem a respectiva e necessária escrituração.

A contribuinte, em suas razões, a todo momento aponta e reconhece que os referidos montantes teriam sido decorrentes de atividades paralelas desenvolvidas por um de seus sócios, que, utilizando-se do caixa da empresa, promovia operação de "descontos de cheques de terceiros", e, ainda, que em decorrência das relações pessoais mantidas com o gerente da respectiva agência bancária, os cheques depositados tinham como objetivo "suprir" as deficiências do saldo da conta, não representando, assim, a seu ver, materialização de hipóteses de incidência dos tributos apontados.

Pois bem.

Da preliminar de cerceamento do direito de defesa arguida

A primeira consideração trazida no Recurso Voluntário refere-se, especificamente, ao apontamento a respeito de ocorrência, nos presentes autos, de cerceamento ao sagrado direito de defesa da contribuinte, tendo em vista que, apesar de por ela expressamente requerida a designação de diligência para a obtenção, nos respectivos bancos, de cópias dos cheques emitidos/recebidos por terceiros, esta lhe teria sido negada, mas, mantendo-se a imputação, entretanto, exatamente com base na inexistência de prova a respeito da origem e natureza dos depósitos por ela recebidos, com fulcro nas disposições do Art. 42 da Lei 9.430/96.

Em que pese todo o esforço da recorrente em pretender configurar ali a específica e própria ocorrência do alegado cerceamento, importante destacar que, a nosso ver, não se verifica qualquer possibilidade de sua configuração, sobretudo porque, tendo sido dela objetivamente requerida a apresentação de sua regular escrita fiscal, desde o início da ação fiscalizadora, esta teria sido negada aos agentes da fiscalização, sendo trazidos aos autos apenas "extratos bancários", com informação de recebimento de créditos em conta bancária que, confessadamente, não teriam sido computados pela contribuinte na apuração do montante dos tributos devidos.

A realização de diligências pelas autoridades julgadoras administrativas somente será por elas determinado caso entendam necessárias, nos termos, inclusive, expressamente apontado nas disposições do art. 29 do Decreto 70.235/72.

No presente caso, as informações a respeito da natureza dos créditos (e, por consequência, a demonstração de seus respectivos efeitos tributáveis) era ônus apenas imputável à própria contribuinte, que, apesar de apresentar uma "explicação" a seu respeito (atividade paralela desenvolvida por um de seus sócios na prática de descontos de cheques), não fez refletir essas operações em sua contabilidade.

Aliás, pelo contrário. A contribuinte, desde a sua primeira manifestação perante os agentes da fiscalização, expressamente declara e reconhece que não possui livro caixa e/ou diário, sendo, então, por ela própria apresentados os extratos bancários apontados.

Ora, à época dos fatos, a contribuinte tinha promovido a opção pela sistemática de tributação pelo SIMPLES, nos termos da Lei 9.317/96, sendo obrigada, entretanto, nos termos do Art. 7º daquela Lei, à manter (pelo menos) a escrituração do Livro Caixa e o Livro Registros de Inventário, além da boa ordem de toda a documentação pertinente.

Nesses termos, o ônus da prova a respeito das operações aventadas, com toda a certeza, eram da própria contribuinte, que dela não se desincumbira, não se havendo falar aqui, absolutamente, em qualquer "cerceamento ao direito de defesa".

A realização de diligências pelas autoridades administrativas julgadoras é uma "faculdade" estabelecida em Lei, não acarretando, *ipso facto*, a nulidade do procedimento o seu simples indeferimento, da forma como pretende ver afirmado a recorrente.

Em face dessas considerações, afasto a preliminar de nulidade suscitada.

DO MÉRITO

No mérito do Recurso Voluntário interposto, relevante observar que, no caso, está-se diante de específica imputação de "omissão de receita", tendo em vista a verificação de depósitos ("ingressos") efetivados na conta bancária da contribuinte que, segundo aponta a fiscalização, não teriam sido submetidos à tributação, o que, então, fora verificado a partir dos extratos bancários disponibilizados pela própria contribuinte em relação a todo o período do ano de 2006, da forma como ali então especificamente apontado.

Em primeiro lugar, urge destacar que a aplicação, no caso, da presunção de omissão de receitas decorre, especificamente, da aplicação das disposições do Art. 42 da Lei 9.430/96, que, sobre a matéria, assim então especificamente destaca:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

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

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

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

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

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais). (Vide Lei nº 9.481, de 1997)

§ 4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

(destaques nossos)

Por essas disposições, verifica-se que, obtendo os agentes da fiscalização as informações a respeito das movimentações financeiras realizadas nas contas-correntes da fiscalizada e não tendo ela apresentado, ao tempo e modo devido, **os específicos e devidos registros dos respectivos montantes em sua contabilidade com a comprovação de sua origem e natureza**, perfeitamente válida se mostra a aplicação da presunção de omissão de receitas, da forma como efetivada, não se podendo aqui, portanto, deixar-se de observar a específica determinação legal apontada.

Nesse ponto, relevante destacar que a simples afirmação da contribuinte-recorrente de que os referidos valores referir-se-iam a "**operações paralelas**" de descontos de cheques praticadas e desenvolvidas por um de seus sócios, utilizando-se da conta bancária da empresa como se a ele próprio pertencesse, em absolutamente nada ajuda na sustentação de sua tese de defesa, sobretudo porque ali expressamente reconhece que os depósitos efetivados teriam como objetivo, especificamente, a recomposição do saldo negativo mantido naquela conta, supostamente decorrente de inadimplências verificadas.

A recorrente, importante destacar, apesar de apontadas como prática imputável apenas a um de seus sócios, não nega que teria obtido "vantagens" das operações, pretendendo, inclusive, que, caso mantida a autuação, deveria ela então recair apenas sobre a parte relativa ao "ganho" auferido, que, não sendo o montante total do depósito, deveria ser constituído como o percentual de "desconto" da referida troca de títulos.

Um ponto incontroverso nos autos: os valores creditados na conta bancária da contribuinte, desde o início do ano de 2006, são valores recebidos de terceiros, representando receitas que, por sua vez, deveriam ser submetidas à tributação, em decorrência própria do regime por ela optado (tributação sobre a "**receita bruta**"), não se verificando, no caso, qualquer possibilidade de dedução de parcelas ou montantes, com a incidência somente sobre parte dos créditos recebidos.

Ademais, relevante observar que, no caso específico nos autos, a recorrente, apesar de ter em seu objeto social a comercialização de automóveis e peças usadas, **expressamente reconhece que as receitas consideradas tratavam-se, na verdade, de prática de**

"desconto de cheques", em decorrência de "mútuos" firmados com terceiros, com base, inclusive, nas declarações juntadas aos autos.

A respeito dessa prática, relevante observar que, no caso, não havendo nos autos qualquer "contrato de mútuo", o que se verifica, na verdade, é o desenvolvimento de prática comercial completamente fora do escopo de atuação da própria empresa, sem que ela, entretanto, em momento algum, apontasse qualquer meio ou forma de impedir ou vedar a prática. Na verdade, pelo contrário. A recorrente, mais uma vez, afirma que os depósitos efetivados tinham como objetivo, exatamente, fazer frente aos saldos negativos mantidos em sua conta bancária, tendo em vista a boa relação mantida com a gerência da instituição financeira apontada.

Importante aqui destacar, inclusive, que no caso, não restou apresentado nos autos qualquer contrato de mútuo firmado entre a empresa e o seu sócio, ou mesmo qualquer registro de aumento de capital por este realizado. O que a recorrente chama de mútuo, na verdade, são operações de índole mercantil, mais propriamente aproximada das chamadas *factoring*, que, inclusive, apresenta-se como efetiva e verdadeira "**conduta vedada**" naquela sistemática de tributação, nos termos, inclusive, expressamente constantes no Art. 9º. da Lei 9.317/96. Vejamos:

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

(...)

IV - cuja atividade seja banco comercial, banco de investimentos, banco de desenvolvimento, caixa econômica, sociedade de crédito, financiamento e investimento, sociedade de crédito imobiliário, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, distribuidora de títulos e valores mobiliários, empresa de arrendamento mercantil, cooperativa de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização e entidade de previdência privada aberta;

(...)

XII - que realize operações relativas a:

a) importação de produtos estrangeiros; .(Revogado pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

b) locação ou administração de imóveis;

c) armazenamento e depósito de produtos de terceiros;

d) propaganda e publicidade, excluídos os veículos de comunicação;

e) factoring;

f) prestação de serviço vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra;

(...)

(Grifos nossos)

Assim, ao contrário do que sustenta a recorrente, a afirmação de que os montantes recebidos em sua conta bancária representariam, na verdade, hipóteses de operações de "descontos de cheques", na verdade, acaba por representar efetiva e própria confissão da reiterada prática de conduta vedada na sistemática do Simples.

Ademais, a recorrente afirma que o que se estaria tributando na presente oportunidade seria o "saldo negativo" de sua conta bancária, o que, segundo ela, não seria admitido em nosso sistema tributário nacional.

Apenas para deixar assente a questão apontada, é importante destacar que, na sistemática do Simples, tributação a "*receita bruta*", não se admitindo, a princípio, qualquer dedução além das vendas canceladas e os descontos incondicionais. A submissão a sistemática de tributação que admitisse a dedutibilidade de custos (lucro real) dependeriam de prévia e específica opção da própria contribuinte, o que, nos presentes autos, em lugar algum se verifica.

Da exclusão do Simples Federal - Configuração de 'Prática Reiterada'

A par de todas as considerações aqui antes apresentadas, em que pese concluirmos, até agora, pela inadmissibilidade das razões sustentadas no Recurso Voluntário interposto, um ponto ainda aqui merece destaque: a identificação própria dos efeitos da exclusão da sistemática do Simples Federal verificada.

Em relação a este ponto, relevante observar que, partindo da análise de extrapolação, pela contribuinte, dos limites anuais de receita determinados pela legislação de regência, os agentes da fiscalização promoveram então a exclusão da contribuinte da sistemática própria do Simples, por meio de ADE que aponta a prática de efeitos a partir do ano seguinte ao da referida extrapolação.

Entretanto, conforme aqui antes apontado, trata-se nos presentes autos de lançamento decorrente de verificação da efetiva e própria hipótese de "omissão de receitas", identificada desde o primeiro mês do ano-calendário de 2006, e ainda, no caso, a confessada prática de "*operações de factoring*" (troca de cheques), o que, por força das disposições contidas na própria Lei 9.317/96, imporiam o reconhecimento da ***prática reiterada de conduta vedada***, importando, assim, a exclusão de ofício daquela sistemática, nos termos do art. 13 e seguintes. Vejamos:

Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

b) ultrapassado, no ano-calendário de início de atividades, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) multiplicados pelo número de meses de funcionamento nesse período. (Vide Medida Provisória nº 275, de 2005) (Redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006)

§ 1º A exclusão na forma deste artigo será formalizada mediante alteração cadastral.

§ 2º A microempresa que ultrapassar, no ano-calendário imediatamente anterior, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) estará excluída do Simples nessa condição, podendo, mediante alteração cadastral, inscrever-se na condição de empresa de pequeno porte. (Vide Medida Provisória nº 275, de 2005) (Redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006)

§ 3º No caso do inciso II e do parágrafo anterior, a comunicação deverá ser efetuada:

- a) até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente àquele em que se deu o excesso de receita bruta, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;
- b) até o último dia útil do mês subsequente àquele em que houver ocorrido o fato que deu ensejo à exclusão, nas hipóteses dos demais incisos do art. 9º e da alínea "b" do inciso II deste artigo.

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

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

II - embargo à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiver obrigada, bem assim pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Sistema Tributário Nacional);

III - resistência à fiscalização, caracterizada pela negativa de acesso ao estabelecimento, ao domicílio fiscal ou a qualquer outro local onde se desenvolvam as atividades da pessoa jurídica ou se encontrem bens de sua posse ou propriedade;

IV - constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual;

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;

VI - comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

VII - incidência em crimes contra a ordem tributária, com decisão definitiva.

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

I - a partir do ano-calendário subsequente, na hipótese de que trata o inciso I do art. 13;

II - a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - a partir do início de atividade da pessoa jurídica, sujeitando-a ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos impostos e contribuições, devidos de conformidade com as normas gerais de incidência, acrescidos, apenas, de juros de mora quando efetuado antes do início de procedimento de ofício, na hipótese do inciso II, "b", do art. 13;

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;

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

VI - a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência do ato declaratório de exclusão, nos casos dos incisos XV e XVI do caput do art. 9º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

(...)

Art. 16. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

(Grifos e destaques nossos)

A partir da leitura dessas disposições, verifica-se nos autos a identificação de três hipóteses excludentes específicas:

- i) *A extrapolação do limite legal estabelecido para a receita bruta das microempresas;*
- ii) *Operações vedadas à sistemática do Simples Federal ("factoring"); e*
- iii) *A prática reiterada de infrações à legislação tributária.*

Observe-se que, pelas disposições do Art. 15 da Lei 9.317/98, cada uma das hipóteses apresentadas impunha efeitos completamente distintos entre elas, sendo na **primeira** ("A extrapolação do limite legal estabelecido para a receita bruta das microempresas") com efeitos a partir do ano-calendário subsequente; na **segunda** ("Operações vedadas à sistemática do Simples Federal - "factoring"), a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente; e na **terceira** ("A prática reiterada de infrações à legislação tributária") com efeitos a partir, inclusive, do mês da respectiva ocorrência.

A partir dessas considerações, o que se verifica nos autos é que os agentes da fiscalização, identificando a extrapolação da receita bruta auferida pela contribuinte no ano-calendário de 2006, determinaram a exclusão de ofício, a partir daí, simplesmente ignorando todas as demais considerações contidas nos autos, o que, entretanto, não se mostra suficiente para a apuração, da forma como efetivada.

Ora, a par dessa consideração, é bem verdade que as sustentações a respeito da prática de "factoring" ("desconto de cheques de terceiros") verifica-se nos autos desde o primeiro questionamento formulado pela fiscalização a respeito da natureza dos créditos apontados, destacando-se aqui, ainda, inclusive, que essa operação, aliada à completa ausência de qualquer registro a respeito dessa movimentação financeira nos controles da contribuinte, encontra-se em absolutamente todo o período fiscalizado.

Nessas circunstâncias, o que aqui se verifica, sem qualquer sombra de dúvidas, é que a manutenção das condutas apontadas, em flagrante e clara inobservância das específicas disposições da legislação tributária de regência, fora sim devidamente identificada pelos agentes da fiscalização, não havendo qualquer possibilidade de sua simples desconsideração, da forma como efetivado nos presentes autos.

A questão da configuração da "prática reiterada" quando da identificação da efetiva operacionalização de "omissão de receitas" pela contribuinte é tema hoje pacífico na jurisprudência desse Conselho, verificando-se, a esse respeito, inclusive, diversos precedentes que assim o tem considerado. Vejamos:

Número do Processo 16832.000007/2010-59

Contribuinte IRMAOS AZEVEDO COSTA - OFICINA MULTIMARCAS LTDA.

Tipo do Recurso RECURSO DE OFÍCIO

Data da Sessão 25/09/2014

Relator(a) JOAO OTAVIO OPPERMANN THOME

Nº Acórdão 1102-001.213

Tributo / Matéria

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Documento assinado digitalmente. João Otávio Oppermann Thomé – Presidente e Relator. Participaram do julgamento os Conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, José Evande Carvalho Araujo, Francisco Alexandre dos Santos Linhares, Ricardo Marozzi Gregório, João Carlos de Figueiredo Neto, e Antonio Carlos Guidoni Filho.

Ementa

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples Ano-calendário: 2006 **PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXCLUSÃO DO SIMPLES. A falta de apresentação dos extratos bancários e de todos os demais documentos da escrituração, do Livro de Registro de Inventário, e a falta de declaração e recolhimento dos tributos, constatadas ao longo de todos os meses do ano calendário, caracterizam a prática reiterada de infração à legislação tributária, bastante para a exclusão, do Simples, da pessoa jurídica optante deste regime. EXCLUSÃO DO SIMPLES. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. EFEITOS. DECISÃO DEFINITIVA. A exclusão do Simples, no caso de prática reiterada de infração à legislação tributária, surte efeitos a partir do primeiro mês em que constatada a situação excludente, não havendo exigência de prévia decisão condenatória definitiva relativa ao mesmo tipo de infrações, ou relativa a lançamento tributário decorrente dessas mesmas infrações.**

(Grifos e destaques nossos)

Nessa linha temos já, em diversas outras oportunidades, manifestado o nosso entendimento em julgados nesta própria Turma de Julgamento, existindo, inclusive, em nosso acervo próprio, precedentes em que tal entendimento restara pois devidamente assentado, conforme, inclusive, o aresto abaixo, aqui trazido apenas a título de exemplificação:

Número do Processo 10410.006626/2009-06

Contribuinte LEITE & FEITOSA LTDA - ME

Tipo do Recurso RECURSO VOLUNTARIO

Data da Sessão 12/04/2012

Relator(a) PAULO JAKSON DA SILVA LUCAS

Nº Acórdão 1301-000.890

Tributo / Matéria

Decisão

Os membros da turma acordam, por maioria, **dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Redator designado.** Vencidos o Conselheiro Relator, Paulo Jakson e o Conselheiro Wilson Guimarães. Designado redator o Conselheiro Valmir Sandri.

Ementa:

SIMPLES — EXCLUSÃO - PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA - A omissão de receita comprovada por pessoa jurídica optante pelo SIMPLES, praticada em meses sucessivos, caracteriza a prática reiterada de infração à legislação tributária, bastante para a exclusão da optante do

SIMPLES, devendo a tributação se sujeitar às normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas, a partir do próprio ano-calendário da reiterada infração. TRIBUTAÇÃO REFLEXA - SIMPLES – PIS/COFINS/CSLL/INSS. Estende-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que s vincula.

(destaques nossos)

A existência, nos autos, de elementos suficientes para a identificação incontestada da prática reiterada de infrações, pela contribuinte, à específica legislação tributária de regência, impunha a obrigatoriedade de verificação de sua configuração pelos agentes da fiscalização, e, nessas circunstâncias, em estrita observância do comando normativo respectivo, a imputação da imediata exclusão da contribuinte na sistemática própria do Simples, e, nos termos do Art. 16 da lei 9.317/96, **a apuração dos montantes devidos de acordo com as normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, a partir, inclusive, do mês de ocorrência do fato infracional apontado**, o que, entretanto, conforme se verifica, aqui não foi efetivamente observado.

A opção promovida pelos agentes da fiscalização, ao que tudo indica, representa, na verdade, a opção de impor à contribuinte a alternativa mais onerosa, que seria, no caso, a aplicação das disposições da Legislação do Simples Federal (Lei 9.317/96), em circunstâncias em que elas próprias impõem/determinam a tributação pelas regras aplicáveis às demais pessoas jurídicas (não optantes pelo Simples), o que, ao nosso sentir, representaria, no caso, a pretensão de utilização do tributo como “sanção por ato ilícito”, em expressa afronta às disposições do próprio Art. 3º do Código Tributário Nacional.

A atividade de julgamento no Processo Administrativo de Recursos Fiscais, aqui já temos sustentado, é sustentáculo do controle de validade do lançamento fiscal, sendo esse, circunstancialmente, o mote de nossas atuações.

Em face dessas considerações, tendo em vista a inobservância, pelos agentes da fiscalização, das específicas normas de regência (no caso, as disposições da Lei 9.317/96) quando da apuração dos montantes devidos pela contribuinte, e, no caso, a efetiva e válida identificação de materialização da hipótese de “**Prática Reiterada de Infração à Legislação Tributária**”, que, por sua vez, por força das disposições expressas do Art. 16 daquele diploma impunha a apuração dos montantes devidos a partir da aplicação das normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas (não-optantes pelo Simples), entendo como impossível a manutenção do lançamento da forma como efetivado.

Com base nesses fundamentos, na linha da jurisprudência deste CARF, encaminho o meu voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, reconhecendo, no caso, a invalidade do lançamento da forma como efetivado, tendo em vista que, configurada a prática reiterada de infração à legislação tributária, deveria ser então a contribuinte excluída daquela sistemática desde a data da identificação da primeira ocorrência, apurando-se os montantes devidos a partir das normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas, o que, não tendo sido observado pelos agentes da fiscalização, impõe, na presente vertente, a obrigatoriedade de desconstituição do lançamento, nos termos e fundamentos aqui então devidamente apontados.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator

CÓPIA

Voto Vencedor

Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas - Redator Designado.

Inobstantes as valiosas considerações do Ilustre Conselheiro Relator, o Colegiado, pelo voto de qualidade, divergiu do entendimento com relação ao que ele denominou "***Da exclusão do Simples Federal - Configuração de 'Prática Reiterada - 'invalidade do lançamento'***".

O Ilustre Conselheiro Relator declina o seguinte entendimento, *in verbis*:

A par de todas as considerações aqui antes apresentadas, em que pese concluirmos, até agora, pela inadmissibilidade das razões sustentadas no Recurso Voluntário interposto, um ponto ainda aqui merece destaque: a identificação própria dos efeitos da exclusão da sistemática do Simples Federal verificada.

Em relação a este ponto, relevante observar que, partindo da análise de extrapolação, pela contribuinte, dos limites anuais de receita determinados pela legislação de regência, os agentes da fiscalização promoveram então a exclusão da contribuinte da sistemática própria do Simples, por meio de ADE que aponta a prática de efeitos a partir do ano seguinte ao da referida extrapolação.

Entretanto, conforme aqui antes apontado, trata-se nos presentes autos de lançamento decorrente de verificação da efetiva e própria hipótese de "omissão de receitas", identificada desde o primeiro mês do ano-calendário de 2006, e ainda, no caso, a confessada prática de "*operações de factoring*" (troca de cheques), o que, por força das disposições contidas na própria Lei 9.317/96, imporiam o reconhecimento da ***prática reiterada de conduta vedada***, importando, assim, a exclusão de ofício daquela sistemática, nos termos do art. 13 e seguintes.

(...)

A partir da leitura dessas disposições, verifica-se nos autos a identificação de três hipóteses excludentes específicas:

- i) *A extrapolação do limite legal estabelecido para a receita bruta das microempresas;*
- ii) *Operações vedadas à sistemática do Simples Federal ("factoring"); e*
- iii) *A prática reiterada de infrações à legislação tributária.*

Observe-se que, pelas disposições do Art. 15 da Lei 9.317/98, cada uma das hipóteses apresentadas impunha efeitos completamente distintos entre elas, sendo na **primeira** ("*A extrapolação do limite legal estabelecido para a receita bruta das microempresas*") com efeitos a partir do ano-calendário subsequente; na **segunda** ("*Operações vedadas à sistemática do Simples Federal - 'factoring'*"), a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente; e na **terceira** ("*A prática reiterada de infrações à legislação tributária*") com efeitos a partir, inclusive, do mês da respectiva ocorrência.

A existência, nos autos, de elementos suficientes para a identificação incontestada da prática reiterada de infrações, pela contribuinte, à específica legislação tributária de regência, impunha a obrigatoriedade de verificação de sua configuração pelos agentes da fiscalização, e, nessas circunstâncias, em estrita observância do comando normativo respectivo, a imputação da imediata exclusão da contribuinte na sistemática própria do Simples e, nos termos do Art. 16 da lei 9.317/96, **a apuração dos montantes devidos de acordo com as normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, a partir, inclusive, do mês de ocorrência do fato infracional apontado**, o que, entretanto, conforme se verifica, aqui não foi efetivamente observado.

Nota-se, pois, que, para o Relator, estaria configurada no presente caso a prática reiterada a que alude o inciso V do art. 14 da Lei nº 9.317, de 1996, de modo que caberia à autoridade fiscal promover, de ofício, a exclusão da contribuinte da sistemática do SIMPLES e, a partir daí, submetê-la à tributação segundo as regras previstas para as pessoas jurídicas em geral.

A tese acolhida pelo Ilustre Relator diz respeito ao fato de que, considerados os elementos reunidos ao processo, estaria caracterizada a PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÕES, o que implicaria em tributação nos moldes aplicados às demais pessoas jurídicas, e não na sistemática do SIMPLES.

A argumentação foi rejeitada, primeiramente porque a questão sequer foi suscitada em sede de recurso, não cabendo, no caso, a arguição de que tal matéria seria de ordem pública, obrigando, assim, o Colegiado a conhecê-la de ofício. Com efeito, o conceito de prática reiterada é contaminado de indeterminação, não sendo pacífico o entendimento de que ela resta caracterizada na circunstância versada nos autos.

No mais, restou consignado que o agente fiscal não detém competência para, a partir da caracterização de uma suposta prática reiterada de infrações, decretar a exclusão do contribuinte da sistemática do SIMPLES.

Nos termos do parágrafo 3º do art. 15 da Lei nº 9.317/96, a exclusão de ofício, para que possa surtir os efeitos jurídicos que lhe são próprios, deve ser promovida por meio da expedição de ato declaratório da autoridade fiscal da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurando-lhe o exercício do contraditório e da ampla defesa, nos termos das normas processuais em vigor.

Pelas razões expostas, decidiu o Colegiado, pelo voto de qualidade, afastar a invalidade do lançamento suscitada de ofício pelo Ilustre Conselheiro Relator e, em consequência manter o lançamento negando provimento ao recurso voluntário.

“documento assinado digitalmente”

Paulo Jakson da Silva Lucas - Redator