



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

Processo nº 19515.003664/2007-33
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-001.586 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 30 de julho de 2014
Matéria SIMPLES - OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente GILBERTO BORJA PINTO GÁS - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2004

Ementa:

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. REGULARIDADE DA APLICAÇÃO DA OMISSÃO DE RECEITA.

Nos termos do Art. 42 da Lei 9.430/96, caracterizam-se 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 comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

OMISSÃO DE RECEITAS. RECEITA BRUTA. PRESUNÇÃO LEGAL

A aplicação das informações bancárias para a apuração das movimentações realizadas - não regularmente contabilizadas pela contribuinte -, e a sua consideração como efetivas receitas omitidas, não representa, por si só, a descon sideração do critério jurídico de incidência dos tributos relacionados, mas apenas, e tão somente, a aplicação da hipótese legal de presunção fiscal, nos termos apontados.

LANÇAMENTO DECORRENTE. PIS. COFINS. INSS

Por se tratar de consideração de receitas omitidas, os montantes indicados na apuração do montante principal aplica-se, como decorrência, aos demais tributos indicados, de acordo com as regras a eles aplicáveis.

SIMPLES. EXTRAPOLAÇÃO DO LIMITE DE RECEITA.

Em conformidade com a legislação de regência (Lei nº 9.317, de 1996), o fato de a contribuinte optante pelo SIMPLES auferir receita em determinado ano superior ao limite previsto para permanecer no regime, não constitui

hipótese de exclusão nesse mesmo ano, mas, sim, no ano subsequente, eis que, neste caso, uma das condições para optar pelo SIMPLES, qual seja, ter auferido receita bruta no ano anterior até um determinado limite, não mais será atendida.

PRÁTICA REITERADA. ARGUIÇÃO. 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, por maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso. Vencidos os Conselheiros Valmir Sandri e Carlos Augusto de Andrade Jenier, (Relator). Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães.

(Assinado digitalmente)

VALMAR FONSECA DE MENEZES - Presidente.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator.

(Assinado digitalmente)

WILSON FERNANDES GUIMARÃES - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Valmar Fonsêca de Menezes (Presidente), Wilson Fernandes Guimarães, Valmir Sandri, Paulo Jakson da Silva Lucas, Cristiane Silva Costa (Suplente Convocada) e Carlos Augusto de Andrade Jenier

Relatório

Por bem descrever as circunstâncias fáticas contidas nos autos, adoto, aqui, o relatório apresentado pela r. decisão de primeira instância, onde destaco:

Em decorrência de ação fiscal direta, a contribuinte acima identificada foi autuada e intimada a recolher o crédito tributário relativo ao IRPJ-Simples, no valor de R\$ 195.227,17 (fls. 457); à contribuição para o PIS-Simples, no valor de R\$ 195.227,17 (fls. 465); à CSLL-Simples, no valor de R\$ 303.225,41 (fls. 473); à Cofins-Simples, no valor de R\$ 606.451,07 (fls. 481); à Contribuição para a Seguridade Social-INSS-Simples, no valor de R\$ 1.297.255,28 (fls. 133), j á incluídos multa proporcional de 7 5% e juros de mora calculados até 31.10.2007, referentes a fatos geradores ocorridos em 2003.

O enquadramento legal do lançamento está consignado nos campos próprios do auto de infração e é o que se segue: IRPJ, 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, § 1º, alínea "a", 5º, 7º, § 1º, 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, e 3º da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998; PIS, com base no artigo 3º, alínea "b" da Lei Complementar 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, e 18 da Lei nº 9.317/1996, e 3º da Lei nº 9.732/1998; CSLL, 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, e 18 da Lei nº 9.317/1996, e 3º da Lei nº 9.732/1998; Cofins, com base nos artigos 1º e 2º da Lei Complementar 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; e Contribuição para a Seguridade Social - INSS com base nos artigos 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "f", 5º, 7º, § 1º, e 18 da Lei nº 9.317/1996, e 3º da Lei nº 9.732/1998.

O demonstrativo de apuração do imposto e contribuição sobre as diferenças apuradas encontra-se às fls. 442/452.

A base legal da multa está assentada no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, combinado com o artigo 19 da Lei nº 9.317/1996 e, dos juros de mora, no artigo 6º, § 3º, da Lei nº 9.430/1996 (fls. 104, 110, 116, 117, 123 e 130).

O "Termo (07) de Verificação Fiscal e de Devolução de Livros Fiscais" (fls. 435/439) aponta que a contribuinte, optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples, no ano-calendário 2003, cometeu a infração de omissão de receitas, em razão de verificação de existência de depósitos bancários cuja origem e regular tributação não foram comprovadas, consignando que o montante desses valores é muito superior àqueles informados como receita na declaração de rendimentos, resultando na exigência dos

tributos incidentes sobre essa diferença. Foi constatada, ainda, insuficiência de recolhimento decorrente de mudança de faixa de alíquota do Simples incidente sobre a receita declarada em função do aumento do valor da receita bruta acumulada ocorrido com o cômputo da receita omitida.

Notificada dos lançamentos referentes ao Simples em 28/11/2007 (fls. 495), a contribuinte apresentou impugnação (fls. 497/531), em 27/12/2007, alegando, em síntese, o seguinte:

(i) Sua movimentação bancária não constitui fato gerador do IR, CSLL, PIS, COFINS e Contribuição ao INSS, a teor do disposto no artigo 43 do CTN, artigos 1º e 2º da Lei nº 7.689/88, artigo 2º da Lei nº 9.718/99 e artigo 20 da Lei nº 8.212/91;

(ii) O conceito de receita bruta do art. 31 da Lei nº 8.981/91 c/c art. 279 do RIR199, é distinto da omissão de receita, art. 281 do RIR199, sendo que a aplicação dos percentuais da sistemática do SIMPLES, previstos no artigo 5º da Lei nº 9.317/96, sobre a indigitada omissão é incabível por falta de previsão legal, violando assim o artigo 142 do CTN;

(iii) Em relação especificamente ao IR e CSLL, sendo inaplicável a sistemática do SIMPLES, a Impugnante teria direito à tributação de eventual diferença apurada pela fiscalização com base no lucro presumido, conforme artigos 44 do CTN c/c 15 da Lei nº 9.249/95, bem como art. 20 da Lei nº 9.249/95;

(iv) A legislação do SIMPLES não prevê hipótese para arbitramento das bases de cálculo do IR, CSLL, PIS, COFINS e Contribuição ao INSS, sendo incabível a aplicação dos percentuais previstos no artigo 5º da Lei nº 9.317/1996 sobre a movimentação bancária realizada em 2003 em razão da ausência de fundamento legal e por configurar violação aos artigos 5º, inciso II, c/c 150, inciso I, da Constituição Federal;

(v) Especificamente em relação ao IR e CSLL o artigo 535 do RIR199 não contempla a movimentação bancária como uma das hipóteses para arbitramento quando desconhecida a receita bruta;

(vi) Na remota hipótese de ser mantido o arbitramento, o valor da suposta omissão de receita não poderia ser utilizado em sua totalidade sob pena de violação aos artigos 3º e 43 do CTN;

(vii) Tendo em vista a impossibilidade de aplicação dos percentuais relativos ao Simples, fica prejudicada as exigências do Pis e da Cofins, tendo em vista que o artigo 42 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 assegura ao revendedor varejista, tal como a Impugnante, a alíquota zero para o PIS e para a COFINS;
e

(v) Da mesma maneira, não sendo aplicáveis as alíquotas do Simples, a Contribuição ao INSS deveria ser calculada com base na folha de salários paga pelo Impugnante no ano de 2003, nos termos do artigo 20 da Lei nº 8.212/91;

Tendo sido constatado que o sujeito passivo incorreu em excesso de receita bruta para o ano-calendário 2003, o autuante efetuou representação para sua exclusão do Simples, mediante formalização do processo nº 19515.003705/2007-91 (fls. 494).

Apreciando as razões trazidas na impugnação, concluiu a douta 1ª Turma da DRJ/SP1 pela procedência do lançamento, mantendo-o, inclusive, em todos os seus termos, em acórdão que assim então restou ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO.

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

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. MULTA. 75%.

Em lançamento de ofício é devida multa de 75% no mínimo calculada sobre a totalidade ou diferença do tributo que não foi pago, recolhido ou declarado, ainda que apurado em razão de caracterização de presunção legal de omissão de receitas.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE ORIGEM.

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

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.

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

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.

*Impugnação Improcedente**Crédito Tributário Mantido*

Regularmente intimada, pela contribuinte foi então interposto o seu competente Recurso Voluntário, aduzindo, para tanto, o seguinte:

- *Que, apesar de regularmente intimada para a apresentação de informações a respeito das movimentações bancárias no importe de R\$ 10.653.385,00 (Dez milhões, seiscentos e cinquenta e três mil, trezentos e oitenta e cinco reais), tais informações não foram apresentadas por conta de “extravio de documentos”.*
- *Que a movimentação bancária não é fato gerador do IR, CSLL, PIS, COFINS e Contribuições do INSS.*
- *Que o conceito legal de “receita bruta” não se equipara ao de “omissão de receitas”, sendo, assim, inaplicável a legislação do SIMPLES.*
- *Que a incidência do PIS e da COFINS, no caso, estaria submetida à incidência monofásica, sendo indevida assim a sua exigência na presente vertente.*
- *Por se tratar a recorrente de empresa atuante na atividade de revenda varejista de Gás Liquefeito de Petróleo – GLP, toda a tributação relativa ao PIS e à COFINS estaria restrito à fonte produtora, sendo indevida a sua cobrança da recorrente.*
- *Que é inválida a exigência de contribuição ao INSS sobre a receita omitida, tendo em vista que a sua base não é a receita, mas sim a folha de salários.*

É o que se tem a relatar. Passo ao meu voto.

Voto Vencido

Conselheiro CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER, relator.

Sendo tempestivo o recurso interposto, dele conheço.

Conforme aqui destacado, trata-se de efetivação de lançamento fiscal com base na aplicação de presunção legal de omissão de receitas (Art. 42 da Lei 9.430/96), tendo em vista que, apesar de devidamente intimada, não apresentou a contribuinte qualquer fundamento, registro ou explicação a respeito dos vultosos recursos movimentados em sua conta corrente (cerca de R\$ 10.653.385,00), que contribuinte, em suas razões, simplesmente destaca ter sido causada por força de “extravio de documentos”.

Passemos então à análise dos argumentos apresentados no recurso interposto.

Da presunção legal de omissão de receitas

O primeiro ponto de análise necessária nos presentes autos, refere-se à validade da *presunção de omissão de receitas* pelos agentes da fiscalização.

Inicialmente, é importante destacar que, obtidas as informações das vultosas movimentações financeiras realizadas na conta bancária do contribuinte, a partir das informações obtidas a partir da cobrança da CPMF, foi ela então devidamente intimada para a apresentação de documentos, registros e comprovações a respeito da origem, destino e natureza dos referidos recursos, intimação essa que em momento algum fora cumprido pela contribuinte.

A partir dessas circunstâncias fáticas, verifica-se que, aplicando as disposições próprias do Art. 42 da Lei 9.430/96, consideraram os agentes fiscais a presença da hipótese de omissão de receitas, e, a partir daí, promoveram o lançamento respectivo. O procedimento realizado, portanto, encontra previsão legal nos mandamentos do seguinte dispositivo:

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)

De acordo com o que se verifica nos presentes autos, efetivamente incontestável se mostra a ausência de atendimento, pela contribuinte, da específica intimação fiscal a respeito das informações relativas à movimentação dos apontados valores em sua conta-corrente, sendo, assim, perfeitamente regular a aplicação da presunção na espécie.

A partir dessas considerações, verifica-se que, a rigor, toda a oposição construída pela recorrente no sentido de que a “omissão de receita” não seria fato gerador de qualquer tributo apontado (IR, CSLL, PIS, COFINS, etc.) apresenta-se como completa e integralmente equivocada, sobretudo porque, no caso, não se trata de considerá-las em si como “fatos geradores”, mas sim, de expressa autorização legal de que os referidos valores sejam presumidamente reconhecidos como “receitas”, sendo daí, então, decorrente todas as consequências tributárias respectivas.

Por essas razões, entendo completamente desarrazoada a discussão pretendida pela recorrente em relação à invalidade da aplicação da presunção, sendo certo que, verificando-se a existência da hipótese fática especificamente prevista nas disposições legais de regência (movimentações financeiras não devidamente comprovadas/esclarecidas), perfeitamente válida se apresenta, assim, a aplicação da presunção.

Da aplicação da presunção e a necessária exclusão da sistemática do SIMPLES

Ultrapassada a consideração aqui apresentada de que, de fato, regular se apresenta a aplicação da presunção legal de omissão de receitas (Art. 42 da Lei 9.430/96), cumpre observar que, no presente caso, trata-se a contribuinte de empresa optante pelo SIMPLES (Lei 9.317/96), e, nessas circunstâncias, o montante apurado a título de receitas omitidas apresentam-se no valor de aproximadamente R\$ 10.653.385,00 (Dez milhões. Seiscentos e cinquenta e três mil, trezentos e oitenta e cinco reais).

Considerando esse montante como de efetivas “receitas auferidas e não submetidas à tributação”, os agentes da fiscalização, ao que se verifica, supostamente aplicando as disposições do art. 24 da Lei 9.249/95, simplesmente aplicaram sobre os referidos montantes as alíquotas próprias aplicáveis ao referido regime simplificado de tributação, apurando, assim, o montante então supostamente devido pela contribuinte.

Entretanto, em que pese todos os fundamentos e razões apresentadas, é de se destacar que as determinações contidas no referido Art. 24 da Lei 9.249/95 não impõe a simples a aplicação cega de alíquotas regularmente aplicáveis às pessoas jurídicas em caso de verificação de omissão de receitas, mas sim, diversamente, a obrigatoriedade de que os referidos montantes sejam considerados como “receitas auferidas”, e, a partir daí, com todas as consequências legais a ela aplicáveis como se efetiva e regularmente registradas tivessem sido.

No caso das empresas submetidas à sistemática do Simples Federal (Lei 9.317/96), é de se observar o necessário respeito aos limites legais estabelecidos para o tratamento, sendo, também, consequência legal a sua exclusão de ofício, nas hipóteses em que restar verificada a extrapolação de receita. Senão, vejamos:

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\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006)

II - na condição de empresa de pequeno porte que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais); (Redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006)

(...)

rt. 12. A exclusão do SIMPLES será feita mediante comunicação pela pessoa jurídica ou de ofício.

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. (Redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006)

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

(...)

Art. 16º 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.

Da análise dessas disposições, verifica-se que, sendo considerado o montante de **R\$ 10.653.385,00 (Dez milhões. Seiscentos e cinquenta e três mil, trezentos e oitenta e cinco reais)** como valor de receitas efetivamente auferidas pela contribuinte e não contabilizadas, a consequência legal necessária, no presente caso, seria a de determinação de

sua exclusão de ofício da sistemática do SIMPLES, apurando-se os montantes devidos, então, a partir das regras aplicáveis a todas as demais pessoas jurídicas.

Nessa linha, entendo que, no caso, a apuração do montante devido, simplesmente, a partir da aplicação das alíquotas do SIMPLES FEDERAL sobre o montante de das receitas tidas por omitidas não observou, no caso, o adequado tratamento legal determinado pelas disposições de regência, devendo-se, ao revés, efetivamente, ser efetivamente promovida a exclusão de ofício da contribuinte da sistemática própria do Simples (Lei 9.317/96), apurando-se o montante devido de acordo com as regras aplicáveis às demais pessoas jurídicas, que, no caso, seria, necessariamente, pela efetivação do lançamento com base no *Lucro Real*, *Presumido ou Arbitrado*, a ser então verificado em cada caso.

Observe-se que, neste ponto, inúmeros precedentes deste Conselho já se verificam em sua jurisprudência, sobretudo porque, caracterizada a prática reiterada de omissão de receitas pela contribuinte, a determinação legal é a consideração de sua exclusão daquela sistemática com efeitos, inclusive, contados a partir do primeiro mês, apurando-se, assim, os tributos devidos pelas normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas. Senão, vejamos:

Número do Processo 16004.000716/2009-53
Contribuinte FRIGOPOTI - FRIGORIFICO POTI LTDA
Tipo do Recurso RECURSO VOLUNTARIO
Data da Sessão
Relator(a) GERALDO VALENTIM NETO
Nº Acórdão 1202-001.038
Tributo / Matéria

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade do lançamento fiscal e de decadência e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário. (documento assinado digitalmente) CARLOS ALBERTO DONASSOLO – Presidente em Exercício. (documento assinado digitalmente) GERALDO VALENTIM NETO - Relator. EDITADO EM: 22/10/2013 Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Donassolo (Presidente em Exercício), Plínio Rodrigues Lima, Viviane Vidal Wagner, Nereida de Miranda Finamore Horta, Alexei Macorin Vivan (Suplente convocado) e Geraldo Valentim Neto.

Ementa

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Exercício: 2004, 2005, 2006 ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ - DECADÊNCIA - NOTAS FISCAIS “FRIAS” - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA - ARBITRAMENTO DO LUCRO - TRIBUTOS JÁ RECOLHIDOS PELO SIMPLES - MULTA QUALIFICADA Nas situações em que for constatada conduta dolosa do contribuinte na prática de infrações tributárias, o prazo decadencial segue a regra inscrita no art. 173, I, do CTN. É correta a imputação ao contribuinte das receitas auferidas em operações por ele realizadas e ocultadas por meio de notas fiscais frias emitidas por terceiros. Presumem-se receitas omitidas os valores dos depósitos bancários cuja origem não foi comprovada pelo contribuinte. Uma vez demonstrado que a escrituração contém vícios que a tornam imprestável para a apuração do lucro real, correto é o arbitramento do lucro. Devem ser deduzidos dos créditos tributários apurados os valores já recolhidos pela sistemática do SIMPLES. A aplicação de multa qualificada foi devidamente fundamentada, pois o contribuinte informou na DIPJ do ano-calendário 2003 somente valores referentes a prestação de serviços, não declarou débitos em DCTF, não comprovou a origem dos créditos ingressados em suas contas bancárias e utilizou notas fiscais frias emitidas por terceiros para a comercialização de produtos decorrentes do abate de bovinos, com o objetivo de não recolher os tributos devidos. ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL - AUTO REFLEXO. Aplicam-se à CSLL as mesmas razões que deram fundamento ao IRPJ por tratar-se de auto reflexo. ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS - AUTO REFLEXO. Aplicam-se à COFINS as mesmas razões que deram fundamento ao IRPJ por tratar-se de auto reflexo. ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP AUTO REFLEXO.

*Aplicam-se ao PIS/PASEPas mesmas razões que deram fundamento ao IRPJ por tratar-se de auto reflexo. **ASSUNTO: EXCLUSÃO DO SIMPLES - PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA - SUSPENSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. Uma vez constatada a prática reiterada de infração à legislação tributária, impõe-se a exclusão do SIMPLES, com efeitos retroativos ao mês da ocorrência das infrações, nos termos do art. 15, V, da Lei nº 9.317/1996.** Não há previsão legal de efeito suspensivo para a manifestação de inconformidade apresentada contra ato declaratório executivo de exclusão do SIMPLES. O art. 151 do CTN não se aplica por analogia, pois trata de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. **MULTA QUALIFICADA - EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE** - A apresentação de declarações de informações com os campos em branco associada à omissão na apresentação das DCTF caracteriza a intenção do agente em descumprir, de forma deliberada, a obrigação tributária. Provado o evidente intuito de fraude, sujeita-se o sujeito passivo aos lançamentos dos tributos devidos, acompanhados da multa qualificada de 150%. **JUROS DE MORA - TAXA SELIC** - A utilização da taxa SELIC no cálculo dos juros de mora decorre de expressa previsão legal (Lei nº 9.065/95, art. 13), estando também em consonância com o disposto no CTN (art. 161, § 1º).*

Em face dessas considerações, entendo, no presente caso, assistir razão à contribuinte-recorrente, sobretudo porque, devendo as autoridades fiscais efetivamente considerar os montantes apurados como de receitas verdadeiramente auferidas e omitidas, **e, sobretudo, a prática reiterada da referida infração à legislação tributária**, a sua inclusão na contabilidade da contribuinte importaria na sua necessária e imediata exclusão de ofício da sistemática do Simples Federal, impondo, por conseqüência, a apuração dos montantes devidos a partir das regras normais aplicáveis às demais pessoas jurídicas (Lucro Real, Presumido ou Arbitrado, conforme o caso), e não, absolutamente, da forma como aqui considerado.

Nesses termos, encaminho o meu voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, reconhecendo, no caso, a efetiva insubsistência do lançamento efetivado, desconstituindo-o, assim, em todos os seus termos, com base nos fundamentos aqui então regularmente apresentados.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro WILSON FERNANDES GUIMARÃES, redator designado.

Embora tenha rendido homenagens ao pronunciamento do Ilustre Relator, o Colegiado decidiu de forma diversa, relativamente aos fundamentos por ele esposados para considerar “inválido” o lançamento”.

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

[...] em que pese todos os fundamentos e razões apresentadas, é de se destacar que as determinações contidas no referido Art. 24 da Lei 9.249/95 não impõe a simples a aplicação cega de alíquotas regularmente aplicáveis às pessoas jurídicas em caso de verificação de omissão de receitas, mas sim, diversamente, a obrigatoriedade de que os referidos montantes sejam considerados como “receitas auferidas”, e, a partir daí, com todas as consequências legais a ela aplicáveis como se efetiva e regularmente registradas tivessem sido.

No caso das empresas submetidas à sistemática do Simples Federal (Lei 9.317/96), é de se observar o necessário respeito aos limites legais estabelecidos para o tratamento, sendo, também, consequência legal a sua exclusão de ofício, nas hipóteses em que restar verificada a extrapolação de receita. Senão, vejamos:

...

Da análise dessas disposições, verifica-se que, sendo considerado o montante de **R\$ 10.653.385,00 (Dez milhões. Seiscentos e cinquenta e três mil, trezentos e oitenta e cinco reais)** como valor de receitas efetivamente auferidas pela contribuinte e não contabilizadas, a consequência legal necessária, no presente caso, seria a de determinação de sua exclusão de ofício da sistemática do SIMPLES, apurando-se os montantes devidos, então, a partir das regras aplicáveis a todas as demais pessoas jurídicas.

Nessa linha, entendo que, no caso, a apuração do montante devido, simplesmente, a partir da aplicação das alíquotas do SIMPLES FEDERAL sobre o montante de das receitas tidas por omitidas não observou, no caso, o adequado tratamento legal determinado pelas disposições de regência, devendo-se, ao revés, efetivamente, ser efetivamente promovida a exclusão de ofício da contribuinte da sistemática própria do Simples (Lei 9.317/96), apurando-se o montante devido de acordo com as regras aplicáveis às demais pessoas jurídicas, que, no caso, seria, necessariamente, pela efetivação do lançamento com base no *Lucro Real, Presumido ou Arbitrado*, a ser então verificado em cada caso.

Observe-se que, neste ponto, inúmeros precedentes deste Conselho já se verificam em sua jurisprudência, sobretudo porque, caracterizada a prática reiterada de omissão de receitas pela contribuinte, a determinação legal é a consideração de sua exclusão daquela sistemática com efeitos, inclusive, contados a partir do primeiro mês, apurando-se, assim, os tributos devidos pelas normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas. Senão, vejamos:

Em face dessas considerações, entendo, no presente caso, assistir razão à contribuinte-recorrente, sobretudo porque, devendo as autoridades fiscais efetivamente considerar os montantes apurados como de receitas verdadeiramente auferidas e omitidas, **e, sobretudo, a prática reiterada da referida infração à legislação tributária**, a sua inclusão na contabilidade da contribuinte importaria na sua necessária e imediata exclusão de ofício da sistemática do Simples Federal, impondo, por consequência, a apuração dos montantes devidos a partir das regras normais aplicáveis às demais pessoas jurídicas (Lucro Real, Presumido ou Arbitrado, conforme o caso), e não, absolutamente, da forma como aqui considerado.

Observa-se, pois, que, em apertada síntese, o fundamento em que se baseia o Relator para ter como inválido o lançamento dos tributos e contribuições na sistemática do SIMPLES está representado pelo fato de que, em virtude da extrapolação do limite de receita bruta e da prática reiterada de infrações, a contribuinte não poderia ter sido submetida à tributação com base no referido regime simplificado.

O Colegiado, contudo, não entendeu dessa forma.

No que diz respeito à extrapolação de receita, equivoca-se o Relator, pois, considerada a legislação de regência (Lei nº 9.317, de 1996), o fato de a contribuinte, optante pelo SIMPLES, auferir receita em determinado ano superior ao limite previsto para permanecer no regime, não constitui hipótese de exclusão nesse mesmo ano, mas, sim, no ano subsequente, eis que, neste caso, uma das condições para optar pelo SIMPLES, qual seja, ter auferido receita bruta no **ano anterior** até um determinado limite, não mais será atendida.

Não era por outra razão que a Lei nº 9.317, de 1996, estabelecia:

Art. 23 [...]

§ 2º A pessoa jurídica, inscrita no SIMPLES na condição de microempresa, que ultrapassar, no decurso do ano-calendário, o limite a que se refere o inciso I do art. 2º, sujeitar-se-á, em relação aos valores excedentes, dentro daquele ano, aos percentuais e normas aplicáveis às empresas de pequeno porte, observado o disposto no parágrafo seguinte.

§ 3º A pessoa jurídica cuja receita bruta, no decurso do ano-calendário, exceder ao limite a que se refere o inciso II do art. 2º, adotará, em relação aos valores excedentes, dentro daquele ano, os percentuais previstos na alínea "e" do inciso II e nos §§ 2º, 3º, inciso III ou IV, e § 4º, inciso III ou IV, todos do art. 5º, acrescidos de 20% (vinte por cento), observado o disposto em seu § 1º.

Cabe registrar que a norma referenciada pelo Ilustre Relator (alínea "b" do inciso II do art. 13 da Lei nº 9.317, de 1996) diz respeito à pessoa jurídica que inicia as suas atividades, não sendo esse o caso da Recorrente.

No que tange à alegada prática reiterada de infrações, 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, afastar a preliminar de invalidade do lançamento suscitada pelo Ilustre Conselheiro Relator e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

“documento assinado digitalmente”

Wilson Fernandes Guimarães - Redator