



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

Processo nº 19515.003770/2009-89
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-001.359 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de dezembro de 2013
Matéria SIMPLES
Recorrente Faraj Sadik Semaan Confecções EPP
Recorrida Fazenda Nacional

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

Ano-calendário: 2005

NULIDADE DO LANÇAMENTO - NÃO CONFIGURAÇÃO

Os requisitos formais previstos no art. 11 do Decreto nº 70.235/72, não referem-se à Notificação de Lançamento, não se aplicando ao Auto de Infração, cujos requisitos estão previstos no art. 10 do mesmo diploma.

COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL.

Os procedimentos fiscais relativos a tributos administrados pela RFB serão executados, em nome desta, pelos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (AFRFB) e instaurados mediante Mandado de Procedimento Fiscal, conforme determina o art. 2º da Portaria nº 11.371/07.

CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA. Estando o auto de infração acompanhado de demonstrativo que identifica todos os créditos apontados como de origem não comprovada, demonstrativos mensais dos percentuais aplicados sobre as receitas brutas mensais, para fins de determinação da base de cálculo, não se materializa a alegação de cerceamento de defesa por ausência de planilhas e demonstrativos que comprovem o ilícito.

OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM RECURSOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA- O art. 42 da Lei nº 9.430/96 instituiu presunção legal de omissão de receitas em relação aos valores creditados em instituição financeira para os quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprove a origem dos recursos neles utilizados. Tratando-se de presunção legal, ocorre a inversão do ônus da prova em favor do fisco.

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

Uma vez que a infração representada por omissão de receitas implica, além de lançamento do IRPJ, lançamentos da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS), da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e da Contribuição para a Seguridade Social INSS, a decisão quanto a sua ocorrência alcança todas as exações em cuja base de cálculo influenciou.

MULTA AGRAVADA - Não se aplica o agravamento da multa previsto no § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430/96 se o contribuinte não deixou de atender, no prazo, às intimações, embora tenha inicialmente solicitado dilação do prazo e, afinal, apresentado os elementos pedidos de forma incompleta.

CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA.
INDEFERIMENTO.

Não deve ser tomado em consideração pedido de conversão do julgamento em diligência quando o contribuinte não expõe objetivamente os motivos que a justifiquem e não apresente os quesitos referentes aos exames desejados.

DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA DO ATO DECLARATÓRIO E
LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO.

A autoridade fiscal que constatar infração à legislação tributária que implica situação de exclusão obrigatória do SIMPLES (excesso de receita bruta) tem o dever de formalizar procedimento para a exclusão de ofício, que se dará mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo. Se houver impugnação ao auto de infração e ao ato declaratório (manifestação de inconformidade), estas devem ser reunidas em um único processo, para serem decididas simultaneamente, funcionando o julgamento do auto de infração como prejudicial ao julgamento da exclusão do sistema simplificado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por unanimidade de votos, DAR provimento parcial ao recurso. Ausentes justificadamente os Conselheiros Edwal Casoni de Paula Fernandes Júnior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

(documento assinado digitalmente)

Valmar Fonseca de Menezes

Presidente

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri

Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros: Valmar Fonseca de Menezes, Wilson Fernandes Guimarães, Paulo Jakson da Silva Lucas, Valmir Sandri e Gilberto Baptista (Suplente convocado).

Relatório

Cuida-se de recurso impetrado por Faraj Sadik Semaan Confeções EPP, contra a decisão da 14ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada ao Ato Declaratório Executivo de exclusão do SIMPLES por ter excesso de receita bruta, bem como a impugnação aos lançamentos, mantendo integralmente as exigências de IRPJ, PIS, Cofins, CSLL e contribuição para o INSS relativos ao ano calendário de 2005, respectivas multas e juros de mora.

Conforme elementos dos autos, em 11/06/2008 o contribuinte foi intimado a apresentar os livros comerciais e fiscais obrigatórios e acessórios, bem como a relação das instituições financeiras com as quais transacionou no período sob análise.

Em 06 de agosto foi lavrado Termo de Reintimação, alertando o contribuinte que o não atendimento implicaria agravamento da multa. Em 13/08/2008 foram entregues o Livro de Registro de Entradas e de Saídas e Apuração do ICMS, e dois disquetes com movimentação de entrada e saída. Como não foram apresentados todos os documentos solicitados, em 09/02/2009 a Fiscalização lavrou Termo de Embaraço à Fiscalização.

Em seguida foi apresentado o extrato bancário do Banco Safra, agência 08700, C/C 008.3830. Após análise do extrato bancário, em 14 de abril de 2009 o contribuinte foi intimado a comprovar a origem dos valores creditados/depositados em sua Conta corrente, conforme os dados constante do banco: Banco SAFRA — Ag. 08700 — C/C 0083830.

Em 15 de setembro de 2009, não tendo o contribuinte apresentado os livros contábeis nem comprovado a origem dos valores creditados/depositados na sua conta corrente, a Fiscalização procedeu à constituição do crédito tributário através da lavratura de autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e contribuição para o INSS, com presunção de omissão de receitas, a partir do levantamento dos depósitos bancários de origem não comprovada, após desconconsideração dos cheques, DOCS e TEDS devolvidos/estornados.

Foi procedida, ainda, à Representação Fiscal referente à exclusão do contribuinte do SIMPLES, que resultou na emissão do Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/EQRES nº 084/2009, que excluiu o contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), a partir de 01/01/2006.

Impugnação aos lançamentos

Em impugnação tempestiva aos autos de infração o sujeito passivo levantou as preliminares (i) de nulidade do lançamento por incompetência do autuante para lavrá-lo, e (ii) cerceamento de defesa, porque a fiscalização não lastreou as exigências em laudos, planilhas, documentos indispensáveis a comprovação do ilícito, consoante determina a parte final do artigo 9º do Decreto nº 70.235/72. Afirmou ter ocorrido inversão do ônus da prova

para o Contribuinte, apenas possível em determinadas e restritas hipóteses previamente estabelecidas em lei.

Quanto ao mérito, afirmou que o fisco indicou base de cálculo equivocada, contrariou o Código Tributário Nacional, não verificou que alguns depósitos bancários referem-se a cheques que anteriormente, foram devolvidos, exemplificando com o cheque devolvido em 07/11/2005, no valor de R\$ 4.573,00 pelo Motivo 48 (não identificar o beneficiário/nominal).

Requeru conversão do julgamento em diligência, ou, caso assim não entendam os julgadores, protestou pela juntada de laudo pericial para comprovar o alegado.

Aduziu que saldos bancários e depósitos bancários, isoladamente, não configuram sinais exteriores de riqueza, deles não se extrai qualquer ilação quanto a uma riqueza subjacente e incontestável, sob a titularidade do depositante, não houve aumento patrimonial. Salienta, que o Decreto nº 58.400/66, artigo 55, alínea "e", bem como o Decreto nº 76.186/75, artigo 39, alínea "e", expressam que o sinal exterior de riqueza deve ser o marco inicial da investigação do Fisco, e não objetivo final. Menciona jurisprudência do Conselho de Contribuintes (Acórdão 104-17829)

Acrescentou que o lançamento, assim constituído só é admissível quando ficar comprovado o nexo causal entre os depósitos e o fato que represente omissão de rendimento, mencionando ementa do julgado do TRF.

Contestou a imputação da multa de 112,50%, afirmando ter atendido a todas as intimações, que recebeu, anexando xerocópias das respostas protocoladas pela própria fiscal que lavrou o auto de infração.

Requeru, afinal a conversão do julgamento em diligência, nos termos do artigo 18 do Decreto nº 70235/72, para sanar as irregularidades cometidas pelo Fisco. Caso não for este entendimento, protestou pela juntada do laudo pericial, a procedência da defesa apresentada.

Manifestação de Inconformidade em face do Ato de Exclusão do Simples

No tocante à exclusão do Simples, o sujeito passivo apresentou Manifestação de Inconformidade, alegando que, tendo em vista que a apresentação de impugnação tempestiva, a exigibilidade do crédito tributário está suspensa, não devendo prevalecer à exclusão.

Argumentou que apenas com a constituição definitiva do crédito, poder-se-ia proceder à exclusão.

No mérito, o contribuinte traz as mesmas alegações apresentadas na impugnação do auto de infração, salientando que deve ser declarada nula sua exclusão do SIMPLES, eis que a receita bruta no ano calendário de 2005 não ultrapassou o limite legal.

A Turma de Julgamento julgou improcedentes a Manifestação de Inconformidade e a impugnação, em decisão assim ementada:

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

Ano-calendário: 2005

COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL. Os procedimentos fiscais relativos a tributos administrados pela RFB serão executados, em nome desta, pelos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (AFRFB) e instaurados mediante Mandado de Procedimento Fiscal, conforme determina o art. 2º da Portaria nº11. 371/07.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. É legítimo o lançamento fiscal efetuado com supedâneo em documentação idônea e de acordo com as premissas legais de ocorrência do fato gerador das contribuições.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS E VALORES CREDITADOS EM CONTA BANCÁRIA. ORIGEM NÃO COMPROVADA. ÔNUS DA PROVA. A Lei nº 9.430/1996, em seu art. 42, estabeleceu a presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

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.

LANÇAMENTOS. O decidido quanto à infração que, além de implicar o lançamento de IRPJ implica o lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS), da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e da Contribuição para a Seguridade Social INSS Simples, também se aplica a estes outros lançamentos naquilo em que for cabível.

MULTA AGRAVADA. A aplicação da multa no caso de omissão de receita por depósitos bancários de origem não comprovada, está regida pelo art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, com a alteração efetuada pela Lei nº 11.488/2007, que pode ser agravada em cinquenta por cento nas hipóteses do art.44, §2º da lei nº9.430/96.

PEDIDO DE JUNTADA DE DOCUMENTOS. PRECLUSÃO TEMPORAL.

A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, salvo nas exceções do art.16, §4º do Decreto nº

*CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA.
INDEFERIMENTO.*

O pedido de diligência ou perícia deve ser apreciado levando-se em consideração a matéria de fato ou a razão de natureza técnica do assunto, cuja comprovação não possa ser feita no corpo dos autos. Caso contrário, deve ser indeferido (art. 16, §4º c/c o art. 18, ambos do decreto nº 70.235/72).

Impugnação Improcedente

Frustrada a tentativa de ciência por via postal, o sujeito passivo intimado da ciência por edital afixado em 27/09/2012 e desafixado em 15/10/2012, apresentou recurso em 14/11/2012, no qual reedita as razões trazidas na impugnação e na manifestação de inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Valmir Sandri, Relator

Conheço dos recursos, por tempestivos.

Não havendo razões de recurso particularizadas em função do tributo lançado, o que vier a ser decidido aplica-se a todos os lançamentos litigados.

Preliminares

Equivoca-se a Recorrente quando suscita a nulidade dos lançamentos por falta de assinatura do Delegado da Receita Federal de Fiscalização ou sua autorização para que o Auditor fiscal os praticasse, invocando o art. 11, inciso IV, do Decreto nº 70.235/72.

Referido artigo não tem pertinência com os lançamentos em discussão, que foram formalizados mediante autos de infração, e não mediante notificação de lançamento, cujos requisitos legais estão previstos no art. 11 do Decreto nº 70.235/72, entre eles o mencionado no seu inciso IV, a seguir reproduzido:

“Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

(...)

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.”

Os autos de infração foram lavrados por Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, servidor legalmente competente para o ato praticado, e devidamente autorizado a fazê-lo por Mandado de Procedimento Fiscal.

Também não procede a alegação de cerceamento de defesa a pretexto de as exigências não atenderem o previsto no art. 9º do Decreto nº 70.235/72, por não lastreadas as

exigências em laudos, planilhas, documentos indispensáveis a comprovação do ilícito, com inadmissível inversão do ônus da prova.

Às fls. 93 a 97 consta o demonstrativo que identifica todos os créditos apontados como de origem não comprovada, e às fls. 98 e seguintes os demonstrativos mensais dos percentuais aplicados sobre as receitas brutas mensais, para fins de determinação da base de cálculo.

A infração tem por base legal o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, que atribui ao contribuinte o ônus de identificar a origem dos recursos creditados em conta de sua titularidade em instituição financeira.

A inversão do ônus da prova decorre da presunção legal do dispositivo legal que o veicula, ao estabelecer que, não logrando o titular comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, presume-se que os recursos depositados traduzem rendimentos do contribuinte. A inversão do ônus da prova é característica das presunções legais, cumprindo ao contribuinte demonstrar que o numerário creditado não é renda tributável ou que já foi oferecido à tributação.

Pela presunção estabelecida no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, apenas os créditos são objeto de verificação, e a fiscalização os analisa individualizadamente, desconsiderando os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa jurídica. Para os demais, se o titular, devidamente intimado, não comprova a origem dos recursos, a fiscalização está autorizada a considerá-los como oriundos de receitas omitidas, independentemente de estabelecer nexos causal entre os depósitos e fato que represente omissão de rendimento.

Assim, impertinente a invocação à ausência de comprovação de acréscimo patrimonial ou gastos incompatíveis com rendimentos declarados. A Súmula 26 do CARF enuncia *que a presunção legal estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários de origem não comprovada*.

A jurisprudência do TRF e a Quarta Câmara do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes não têm aplicação ao litígio em causa, pois relacionam-se a fatos anteriores à presunção legal introduzida pela Lei nº 9.430/96, ou seja, foram prolatadas com base em outra legislação.

Conforme consta do Termo de Verificação Fiscal, a receita presumidamente omitida foi apurada a partir do levantamento dos depósitos bancários de origem não comprovada, tendo sido desconsiderados, no cálculo, os cheques, DOCS e TEDS devolvidos/estornados. Portanto, não se confirma a alegação da Recorrente de que a fiscalização não teria observado que alguns cheques foram devolvidos.

Da mesma forma, não deve ser lavado em consideração o pedido de conversão em diligência genericamente formulado, sem que o contribuinte aponte objetivamente o motivo que a justifique e formule quesitos referentes aos exames desejados.

Passo a analisar a contestação do agravamento da multa.

Consta do TVF que o contribuinte foi intimado para apresentar livros e documentos e relação das instituições financeiras com as quais transacionou e solicitou sucessivas dilações de prazo, e que, quando da reintimação, em que foi alertado do possível agravamento da multa, apresentou parte dos elementos pedidos, motivando a lavratura de Termo de Embaraço à Fiscalização. Em seguida, foi lavrado o auto de infração com o agravamento da multa.

Conforme consta do inciso I do art. 33 da Lei nº 9.430/96, a negativa não justificada de exibição de livros e documentos em que se assente a escrituração das atividades do sujeito passivo, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, caracteriza embaraço à fiscalização.

Contudo, a lei não prevê uma penalidade específica para essa esse ilícito, mas apenas estabelece, no *caput* do artigo, que sua caracterização autoriza a Secretaria da Receita Federal a submeter o sujeito passivo a regime especial para cumprimento de obrigações.

O § 5º do mesmo artigo dispõe que *às infrações cometidas pelo contribuinte durante o período em que estiver submetido a regime especial de fiscalização será aplicada a multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 desta Lei, duplicando-se o seu percentual*.

Conforme arts. 6º e 7º a Instrução Normativa SRF nº 979, de 16/12/2009, o regime especial de fiscalização (REF) tem início com a ciência do despacho fundamentado que o aplica, no qual constam as medidas adotadas, os tributos aos quais se aplica e o prazo de duração (arts. 6º e 7º). E o art. 8º do mesmo ato normativo determina que *as infrações cometidas pelo contribuinte durante o período em que estiver submetido ao REF, será aplicada a multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei Nº 9.430, de 1996, duplicando-se o seu percentual, sem prejuízo da adoção de outras medidas previstas na legislação tributária, administrativa ou penal*. (destaquei)

Porém, no caso, não foi aplicada a duplicação do percentual de multa motivada por embaraço à fiscalização, até porque não há nos autos notícia de que o contribuinte estivesse submetido a regime especial de fiscalização.

Por seu turno, o § 2º do art. artigo 44 da Lei nº 9.430/96 não se presta ao agravamento, porque o tipo legal pressupõe o não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para prestar esclarecimentos ou apresentar os elementos referidos nos seus incisos II e III (arquivos de sistemas e documentação técnica).

No caso concreto, não se configurou o não atendimento, uma vez que, nos prazos assinalados, o contribuinte formalizou pedido de dilação de prazo, e em 13 de agosto de 2008, dentro do prazo assinalado de cinco dias contados da ciência do termo de reintimação (06/08/2008), apresentou os elementos solicitados, embora de forma incompleta. .

O tipo legal do agravamento é o não atendimento no prazo, e não o atendimento de forma incompleta.

Nesses termos, entendo não cabível o agravamento.

Exclusão do SIMPLES

Processo nº 19515.003770/2009-89

SI-CFTI
Fl. 10

Acórdão n.º 1301-001.359

Quanto à exclusão do SIMPLES, a Recorrente requer a nulidade do Ato Declaratório, alegando que sua edição só seria possível com o “trânsito em julgado” do litígio referente ao auto de infração que a acusa de omissão de receita.

Sem razão a Recorrente. Tendo a fiscalização constatada infração à legislação tributária que implica situação de exclusão obrigatória (excesso de receita bruta), tem ela o dever de formalizar procedimento para a exclusão de ofício, que se dará mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo (Lei 9.317/96, art. 15, § 3º).

Apenas, para observância do devido processo legal, havendo a impugnação ao ato declaratório (manifestação de inconformidade) e ao auto de infração, estas devem ser reunidas em um único processo (como aconteceu no caso), para serem decididas simultaneamente, funcionando o julgamento do auto de infração que detectou a omissão de receitas como prejudicial ao julgamento da exclusão do SIMPLES.

Por todo o exposto, dou provimento parcial ao recurso tão somente para reduzir a multa ao percentual de 75%.

É como voto.

Sala das Sessões, em 03 de dezembro de 2013.

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri