



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo nº 10909.001695/2005-90
Recurso nº 134.951 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 301-34.264
Sessão de 30 de janeiro de 2008
Recorrente ISABELA COMÉRCIO DE PESCADOS LTDA.
Recorrida DRJ/FLORIANÓPOLIS/SC

OK

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

Ano-calendário: 2001

IRPJ E OUTROS/SIMPLES. OMISSÃO DE RECEITAS. NÃO COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DE VALORES DEPOSITADOS EM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO.

Declina-se a competência para julgamento ao Primeiro Conselho de Contribuintes por estar afeta a esse Colegiado a atribuição de apreciar os recursos sobre exigência de crédito tributário referente a omissão de receitas, de que decorra insuficiência de recolhimento de impostos e contribuições do Simples.

Precedentes: Recursos 142.857 e 133.741.

COMPETÊNCIA DECLINADA EM PARTE PARA O PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da primeira câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, declinar a competência em parte em favor do Primeiro Conselho de Contribuintes, nos termos do voto do relator.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO – Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Rodrigo Cardozo Miranda, Patrícia Wanderkoke Gonçalves (Suplente), Susy Gomes Hoffmann e João Luiz Fregonazzi. Esteve ausente a Conselheira Irene Souza da Trindade Torres.



Relatório

Em razão de conter os elementos necessários à compreensão dos fatos e dos fundamentos que permeiam o litígio, adoto o relatório constante da decisão de primeira instância, o qual transcrevo adiante:

“Trata o presente processo de manifestação de inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo DRF/ITJ nº 034, de 23/06/2004 (fl.38) que excluiu a interessada do SIMPLES, por [...] *incorrer na hipótese do inciso II do art.9º da Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996, alterado pelo art.6º da Lei 9.779, de 19 de janeiro de 1999*”, com efeitos a partir de 01 de janeiro de 2001.

Cientificada do ato de exclusão, a interessada apresentou sua impugnação, acostada aos autos às fls.44 a 71, que contempla as seguintes questões:

I – Dos Fatos

II (a) – Da Preliminar de Nulidade do Ato Declaratório 34/2005

II (b) – Da Preliminar de Decadência de Proceder ao Lançamento

III – Do Mérito

IV – Do Descabimento da Penalidade Aplicada

V – da Inexatidão da Base de Cálculo do IRPJ lançado de Ofício

VI – Tributações Reflexas

VII – Ilegalidade dos Juros SELIC

O presente processo trata apenas da **exclusão de ofício** da empresa do Simples e, portanto, somente serão aqui apreciadas as alegações trazidas pela contribuinte excluída que dizem respeito a tal, como o **item II** (a) às fls.46 a 47, pois as demais questões levantadas referem-se ao processo de exigência de crédito tributário, protocolado sob o nº 10909.002079/2005-56, já julgado por esta Delegacia de Julgamento por meio do Acórdão DRJ/FNS Nº 7.003 em sessão de 18 de novembro de 2005, juntado por cópia às fls.73 a 94.

A motivação fiscal que gerou a exclusão da empresa do Simples consta no ato de exclusão (fl.38), eis o artigo citado da Lei 9.317/96:

Das Vedações à Opção (artigos 9º a 11)

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

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

** Inciso I com redação dada pela Medida Provisória nº 2.189-49, de 23/08/2001 (DOU de 24/08/2001 - em vigor desde a publicação).*

II - na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais);

** Inciso II com redação dada pela Medida Provisória nº 2.189-49, de 23/08/2001 (DOU de 24/08/2001 - em vigor desde a publicação).*

A contribuinte foi intimada a apresentar suas justificativas acerca da origem dos créditos bancários existentes em suas contas correntes junto aos bancos, conforme **Termo de Intimação Fiscal** (fl.23) acompanhada das relações dos créditos bancários às fls.24 a 30, ocasião em que se pronunciou acerca de alguns depósitos (fls.31/32), concluindo que *“Quanto aos demais créditos constantes do Termo de Intimação, ressalvamos que o contribuinte até o momento não logrou êxito em obter a documentação ou comprovação hábil de suas origens, posto que os valores foram há muitos anos registrados em sua conta corrente. Este elevado lapso temporal de 05 (cinco) anos dificulta o atendimento pleno das solicitações;”*

Como não conseguiu explicar a origem dos créditos bancários em suas contas correntes, a Fiscalização os considerou, nos termos do art.42 da Lei 9.430/96 como omissão de receitas, cujo montante ultrapassa o limite estabelecido no artigo supra transcrito, sendo, então, formalizada a Representação Fiscal (fls.36/37) para a exclusão da empresa do Simples, acatada pela autoridade competente da DRF de Itajaí/SC, que emitiu o já destacado ato declaratório de exclusão.

Eis os argumentos da empresa excluída:

- que o Ato Declaratório que excluiu a Impugnante do Simples é nulo de pleno direito, eis que cívado de vício insanável, representado por equivocados tipificação e enquadramento legal, além de retroagir a período não autorizado pela norma reguladora da matéria;

- basta ver que o fundamento legal invocado para excluir a empresa do simples – Instrução Normativa 355, de 29 de agosto de 2003, artigo 23 – que além de se constituir em ato infra-legal, sem poderes, portanto, para instituir penalidades ou obrigações tributárias, foi editado 3 (três) anos após o ano-calendário de 2000, no qual, segundo acusação fiscal, a Impugnante teria praticado as pretensas irregularidades que respaldaram sua exclusão do regime especial de tributação;

- ou seja, o delegado da receita Federal em Itajaí/SC, em contrariedade à lei e às orientações emanadas do Secretário da Receita Federal, retroagiu os efeitos da exclusão do Simples, formalizada através de Ato declaratório baixado em junho de 2005, para o ano-calendário de 2000;

- ocorre que tal pretensão não encontra guarida, quer nas leis 9.317/96 e 9.732/98, vigentes à época dos fatos, quer nas INs SRF 102/01 e 250/2002, as quais estabeleceram, para as pessoas jurídicas que tenham optado pelo SIMPLES até 28/07/01, a seguinte regra de transição:

“a) Atos Declaratórios de Exclusão baixados no período de 29/07/01 a 31/12/01, continua a sistemática de exclusão regulada pela Lei 9.732/98, ou seja, efeitos a partir do mês seguinte aquele em que se proceder a exclusão;

b) A partir do ano de 2002, o efeito da exclusão retroage, no máximo, a 1º de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31 de dezembro de 2001, e a exclusão for efetuada a partir de 2002”.

- tendo a Impugnante optado pelo SIMPLES em janeiro de 2000 e o ato declaratório sido baixado em junho de 2005, é óbvio que os efeitos excludentes do referido ato só poderiam retroagir, no máximo, a 1º de janeiro de 2002, ex vi o comando das normas reguladoras baixadas pelo secretário da Receita federal;

- ademais, a impugnante não incorreu em nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 14 da Lei 9.317/96, que são as únicas que autorizam a autoridade Administrativa a proceder a exclusão de ofício da Impugnante do SIMPLES;

- requer, então, a declaração de “[...] nulidade do mencionado Ato declaratório e, em consequência os autos de infração dele resultantes, eis que os mesmos foram formulados pelo vício insanável de equivocados tipificação e enquadramento legal e falta de liquidez e certeza dos créditos tributários neles constituídos,”

O Acórdão DRJ/FNS nº 7.003/05 (fls. 73/94), prolatou decisão que julgou o lançamento procedente em parte para reduzir a aplicação da multa de 150% para 75%, eis que o Fisco não logrou comprovar com base em elementos concretos qualquer circunstância que pudesse caracterizar o evidente intuito de fraude por parte da recorrente, não restando caracterizado o elemento subjetivo denominado “dolo”. A simples omissão de receita não dá causa a agravamento de multa. De igual modo, não restando caracterizada a conduta dolosa do contribuinte, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo prazo e nos termos do § 4º do art. 150 do CTN, de forma que as exigências de IRPJ-Simples correspondentes aos fatos geradores objeto dos lançamentos anteriores a 31 de julho de 2000 (item 001) restam canceladas por força da decadência. Com relação ao IRPJ lançado correspondente ao item 002, ficam cancelados os lançamentos anteriores a 31 de julho de 2000, por força do art. 150 do CTN (ver fl. 84).

Relativamente às contribuições sociais, diversamente do ocorrido com o IRPJ, entendeu a decisão a quo que o instituto legal que trata da decadência encontra amparo legal no inciso I do art. 45 da Lei 8.212/91, que prevê o prazo decadencial de 10 anos para a constituição do crédito tributário, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído, eis que as contribuições (PIS-Simples, CSSL-Simples e INSS-Simples) são destinadas ao financiamento da Seguridade Social *ex vi* da alínea “d” do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/91 e do inciso VI do parágrafo único do art. 195 do Dec. Nº 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social). Portanto, nesse caso não há créditos constituídos a destempo.

No mérito a decisão hostilizada buscou amparo no art. 6º, § 5º, da Lei nº 8.021/90, que admite o arbitramento de rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza, arbitramento esse que poderá ser efetuada com base em depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações; e no art. 42 da Lei nº 9.430/96, que dispõe no mesmo sentido.

Com isso, a existência de depósitos não escriturados ou de origens não comprovadas tornou-se uma nova hipótese legal de presunção de omissão de receitas, que veio a se juntar ao elenco já existente, notadamente por se encontrar ligada à falta de esclarecimentos da origem dos numerários depositados, conforme dicção literal da lei. Ao Fisco cabe provar o fato constitutivo do seu direito, no caso em questão, a existência de depósito bancário sem origem comprovada. Assim, ocorrida determinada situação fática, pode-se presumir, até prova em contrário – esta a cargo do contribuinte -, a ocorrência da omissão de receitas.

O simples fato da existência de depósitos bancários com origem não comprovada é, por si só, hipótese de omissão de receitas, cabendo ao sujeito passivo a prova em contrário que, conforme dito, não as apresentou, consoante o relato contido no Termo de Verificação e Encerramento de ação Fiscal (fl. 348). Nesse sentido os acs. 104-18.307/01 e 102-45.740/02.

Acerca da aplicação da taxa Selic a título de juros de mora, entendeu a decisão *a quo* ser pertinente a exigência com base no art. 13 da Lei nº 9.065/95 e no § 3º do art. 61 da Lei nº 9.430/96, dispositivo este indicado no auto de infração à fl. 585, não havendo como afastá-lo sem expurgar, também, tais dispositivos literais de lei.

Já com relação ao questionamento da legalidade ou constitucionalidade do comando legal, entendeu este juízo que a competência para tal desiderato é de exclusividade do Poder Judiciário. Outrossim, essa alegação de inconstitucionalidade/ilegalidade tributária não pode ser oponível na esfera administrativa, consoante entendimento exarado pelo Parecer Normativo CST nº 329/70 e art. 4º do Dec. 2.346/97.

O Acórdão DRJ/FNS nº 7.004/05 (fls. 96/102), indeferiu a solicitação outrora formulada pela contribuinte, sintetizando o seu posicionamento consoante ementa adiante transcrita:

“Excesso de Receita Bruta. Exclusão a partir do ano calendário subsequente.

Correta a exclusão de ofício do Simples, com efeitos a partir de 01 de janeiro de 2001, quando constatado que o montante de receita bruta verificado no ano anterior ultrapassou o limite legal para permanência no sistema.

Solicitação indeferida.”

Em apertada síntese, o voto condutor argüiu que não havendo a Manifestante logrado comprovar a origem dos créditos bancários depositados em suas contas correntes, nada apresentando acerca da origem dos créditos bancários, os mesmos foram considerados como receita omitida, que ultrapassaram os limites legais para a permanência no Simples.

O voto condutor pautou-se na representação fiscal formalizada, quando se verificou que da Declaração Anual Simplificada constou a receita anual de R\$ 173.188,40, entretanto não havendo a contribuinte conseguido comprovar a origem dos créditos de recursos financeiros em contas correntes de sua titularidade no valor total de R\$ 3.071.753,90, para o mesmo período, presumindo-se pela existência de Receita Bruta omitida nos termos do art. 42

da Lei 9.430/96, por conseguinte ensejando a exclusão de ofício da contribuinte, em razão de haver ultrapassado o limite estabelecido para a opção do Simples, no ano calendário de 2000, com efeitos a partir do ano-calendário de 2001.

Esclareceu, inclusive, que a omissão de receita a que se referiu a Representação Fiscal para exclusão do Simples foi objeto de lançamento tributário, impugnado, objeto do processo administrativo fiscal protocolado sob o nº 10909.002079/2005-56, ora julgado por esta Turma de Julgamento conforme Acórdão DRJ/FNS nº 7.003, já mencionado. Portanto, já reconhecida à omissão de receita por esta instância administrativa nos termos do citado acórdão, que ultrapassa o limite legal permitido para permanência no Simples, correto o Ato Declaratório Executivo DRF/ITJ nº 34, que promoveu a exclusão da contribuinte do Simples, com efeitos a partir de 01 de janeiro de 2001, conforme arts. 9º, I e II, e 15-IV da Lei nº 9.317/96.

Bem assim que acerca de atos normativos (fl.46) e a Lei 9.732/98, que introduziram modificações nas datas em que se fariam presentes os efeitos da exclusão do SIMPLES, de se dizer que tal regramento era aplicável nas situações de hipóteses impeditivas ao ingresso no SIMPLES, não se aplicando nos casos de exclusão por excesso de receita bruta, como o caso da Impugnante.

De igual modo revela-se inverídica outra afirmação da Manifestante de que o art. 23 da Instrução Normativa SRF 355/2003 foi considerado como fundamento legal para excluir a empresa do simples. Nada mais equivocado. O Ato declaratório menciona o **parágrafo único** do art.23 da citada instrução, que trata de oferecimento ao contraditório e ampla defesa aos excluídos de ofício do SIMPLES.

Ciente da decisão de primeira instância através de AR em 01/02/06 (fl. 104), a contribuinte protocolou o seu recurso voluntário em 24/02/06 (fls. 105/132), portanto, tempestivamente, para reiterar os termos aduzidos na exordial, de forma minudente, sem, entretanto, trazer aos autos fatos novos ou superveniente.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Otacílio Dantas Cartaxo, Relator

Versa a matéria sob exame sobre lançamento de IRPJ, PIS, CSSL e Contribuição Social – INSS/Simples, portanto de tributação reflexa, além da exclusão da Recorrente da sistemática do Simples, por meio do ADE/DRF/ITJ nº 34/06, de 23/06/06, com efeito retroativo a 01/01/01, com fundamento no art. 15-IV da Lei 9.317/96, alterado pelo art. 3º da Lei nº 9.732/98.

Por oportuno, cabe registrar a existência de duas decisões prolatadas pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis-SC, contra a mesma contribuinte, decorrentes da apreciação da representação fiscal para fim de exclusão do Simples, por haver sido constatado pela fiscalização que a contribuinte devidamente intimada não conseguiu comprovar a origem dos créditos de recursos financeiros em contas-corrente de sua titularidade no valor total de R\$ 3.071.753,90.

A primeira, através do acórdão DRJ/FNS nº 7.003/05 (fls. 73/94), tratou, preliminarmente, de decadência para a constituição de crédito tributário de IRPJ, e de tributação reflexa das contribuições, em razão de haver transcorrido mais de cinco anos entre a ocorrência do fato gerador da obrigação e a ciência do lançamento. Nesse caso sendo reconhecida em parte, até junho de 2000, a decadência em relação ao IRPJ sob a égide do § 4º do art. 150 do CTN, por se tratar de lançamento por homologação e por não restar evidenciado o evidente intuito de fraude pelo órgão lançador, por conseguinte sendo reduzida a multa de 150% para 75%. Entretanto, de forma diversa foi à decisão em relação às contribuições sociais, em face do prazo decadencial expirar em dez anos, contado do primeiro dia exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído, a teor do art. 45-I da Lei nº 8.212/91. Afastadas as alegações de ilegalidade e de inconstitucionalidade em face da competência exclusiva do Poder Judiciário para a apreciação destas questões, no mérito, não restando comprovada a origem dos depósitos bancários, consolidou-se a presunção de omissão de receita com fulcro no art. 6º, § 5º, da Lei nº 8.021/90 e no art. 42 da Lei nº 9.430/96, que dispõe no mesmo sentido.

Já o Acórdão DRJ/FNS nº 7.004/05 (fls. 96/102), em face da não comprovação pela Recorrente, da origem dos valores encontrados em suas contas correntes, julgou os mesmos como receitas omitidas e, dessa forma restou ultrapassado o limite legal autorizado para a sua permanência na sistemática do Simples, havendo a correspondente exclusão, com efeito retroativo a 01/01/01 (ano subsequente).

De comum entre as duas decisões existe a omissão de receita obtida por meio do cotejamento entre os valores contidos nos recibos bancários e aquele constante da declaração simplificada, objeto tanto da exigência de crédito tributário quanto da exclusão da contribuinte do Simples.

A omissão de receita, resultante do limite legal ultrapassado para a permanência no Simples, vinculado à tributação reflexa é um tema que não se encontra entre o rol daqueles cuja apreciação é da competência deste Conselho, havendo precedentes em julgados para casos semelhantes, a exemplo dos recursos nº 142.857 e 133.741, sendo este de relatoria do Cons. José Luiz Novo Rossari, quando esta Corte declinou da competência do julgamento da lide em favor do Primeiro Conselho de Contribuintes, por força do dispositivo contido no art. 7º, inciso I, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes – RICC, aprovado pela Port. MF nº 55/98, adiante transcrito:



“Art. 7º Compete ao Primeiro Conselho de Contribuintes julgar os recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância sobre a aplicação da legislação referente ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, adicionais, empréstimos compulsórios a ele vinculados e contribuições, observada a seguinte distribuição:

I - às Primeira, Terceira, Quinta, Sétima e Oitava Câmaras:

a) os relativos à tributação de pessoa jurídica;

b) os relativos à tributação de pessoa física e à incidência na fonte, quando procedimentos decorrentes ou reflexos, assim compreendidos os referentes às exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu para determinar a prática de infração à legislação pertinente à tributação de pessoa jurídica;

c) os relativos à exigência da contribuição social sobre o lucro instituída pela Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988; e

d) os relativos à exigência da contribuição social sobre o faturamento instituída pela Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, e das contribuições sociais para o PIS, PASEP e FINSOCIAL, instituídas pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, e pelo Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, respectivamente, quando essas exigências estejam lastreadas, no todo ou em parte, em fatos cuja apuração serviu para determinar a prática de infração à legislação pertinente à tributação de pessoa jurídica.”


O art. 20 do novo RICC aprovado pela Port. MF nº 147/07, que revogou a Port. MF nº 55/98, com alterações posteriores, manteve o conteúdo do texto retro-assinalado.

Inobstante se tratar de matéria reflexa, onde se discute a exigência de crédito tributário, há que se reconhecer a existência de matéria a ser apreciada por este Conselho, qual seja, a procedência da exclusão do Simples, além dos efeitos dessa exclusão.

Ante todo o exposto, deixo de conhecer da matéria para que se decline da competência para julgamento em favor do Primeiro Conselho de Contribuintes, no que pertine à omissão de receita pela não comprovação da origem dos depósitos bancários, bem assim para quanto ao crédito tributário para, depois de vencida esta etapa, retornar o processo a esta Corte para julgamento da Exclusão do Sistema do SIMPLES.

É assim que voto.

Sala das Sessões, em 30 de janeiro de 2008


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - Relator