



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

Processo nº 10215.720633/2009-12
Recurso nº Voluntário
Resolução nº 1302-000.336 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Data 23 de setembro de 2014
Assunto Conversão em diligência
Recorrente LIRA & LIRA LTDA - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade, converter o julgamento em diligência, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Relator.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Presidente

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Waldir Veiga Rocha, Márcio Rodrigo Frizzo, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Eduardo de Andrade, Hélio Eduardo de Paiva Araújo e Alberto Pinto Souza Junior.

Relatório

LIRA & LIRA LTDA. - EPP, já qualificada nestes autos, inconformada com o Acórdão nº 01-26.575, de 26/06/2013, da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belém/PA, recorre voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

Trata o presente processo de autos de infração para constituição de créditos tributários de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ – fl. 109), Contribuição para o Programa

de Integração Social (PIS – fl. 120), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS – fl. 131) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL – fl. 142), por fatos geradores ocorridos nos anos-calendário 2005 e 2006.

Os procedimentos e infrações objeto da autuação, bem assim os argumentos da defesa, foram bem sintetizados no relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância, a seguir transcrito (grifos no original).

II – DAS INFRAÇÕES LANÇADAS

2. A Empresa foi autuada pelas seguintes infrações à legislação tributária, a saber:

2.1 – OMISSÃO DE RECEITAS DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

Omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em contas de depósito ou de investimento, mantidas em instituições financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme descrito no TERMO DE VERIFICAÇÃO DE INFRAÇÃO, que é parte integrante e indissociável deste Auto de Infração.

ARBITRAMENTO DO LUCRO

Razão do arbitramento no(s) período(s): 03/2005 06/2005 09/2005 12/2005 03/2006 06/2006 09/2006 12/2006

Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que a escrituração mantida pelo contribuinte é imprestável para determinação do Lucro Real, em virtude dos erros e falhas enumerados no TERMO DE VERIFICAÇÃO DE INFRAÇÃO, que é parte integrante e indissociável deste Auto de Infração.

Enquadramento Legal:

A partir de 01/04/1999

Art. 530, inciso II, do RIR/99.

DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

Nos anos fiscalizados, o sujeito passivo tributava seus rendimentos mediante as regras estabelecidas para o SIMPLES, Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, na condição de empresa de pequeno porte.

A Lei nº 9.317, de 1996, estabelece que a empresa de pequeno porte que auferir, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00, não poderá optar pelo SIMPLES. Caso tenha optado, deverá, obrigatoriamente, comunicar sua exclusão. Se não o fizer, a exclusão dar-se-á de ofício, surtindo efeito a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido.

.....

Em 2004, o sujeito passivo auferiu receita bruta acima do limite estabelecido para as empresas de pequeno porte. Contudo, não comunicou sua exclusão obrigatória. Assim, mediante o Ato Declaratório Executivo nº 4, de 23/03/2009, ele foi excluído de ofício do SIMPLES a partir de 01/01/2005.

O Ato Declaratório Executivo, à fl. 88, foi publicado no Diário Oficial da União de 25/03/2009. A ciência pelo sujeito passivo, à fl. 91, ocorreu em 26/03/2009.

III - DA IMPUGNAÇÃO

3 Em 09/10/2009, a Empresa apresentou impugnação ao Auto de infração (fls. 167/219), e alega em síntese:

3.1 – PRELIMINARES – NULIDADE – DA PEREMPÇÃO DO MPF

Assim, Doutos Julgadores, quando da conclusão da fiscalização e ciência do sujeito passivo de que trata o Mandado de Procedimento Fiscal nº 02.10200/2008/002397, o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil Dr Jefferson Messias de Jesus Oliveira, Matrícula nº 14.347, se encontrava em sua execução já mais de cento e vinte (120) dias. Portanto, já havia decorrido mais de 120 dias (quatro meses), da emissão do MPFF originário, não podendo mais, aquela autorização respaldar a mesma fiscalização, nem o Auditor-Fiscal em questão continuar a executar os atos e termos processuais àqueles inerentes - § único, artigo 16, Portaria SRF nº 3.007, de 26/11/2001. A Autoridade Fiscal tornara-se incompetente para o exercício daquela fiscalização, pelo decurso do prazo estipulado no artigo 12,I, da norma administrativa. Observe-se, por oportuno, que o caput do artigo 12 refere-se a "prazo máximo" de validade.

.....

Desse modo, Excelência, está nulo o Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, porque lavrado por autoridade incompetente, por decurso de prazo, para o mandado originário.

3-2 - DO MÉRITO

A autoridade fiscal se limitou apenas em solicitar informações da empresa: que negou as informações de boa-fé prestada pelo Impugnante. Autorizamos também a Receita Federal solicitar informações da instituição bancária para que identificasse quais pessoas transferiram e depositaram dinheiro na conta corrente do Impugnante. A secretaria da Receita Federal - SRF, solicitou simples informações do banco, sem, contudo, fazer a identificação das pessoas que transferiram e depositaram dinheiro na conta corrente do contribuinte; e o que é pior, efetuou o lançamento do tributário com base em indícios e presunções; sem a identificação do sujeito passivo responsável pelo fato imponible. Com isso o lançamento está lastreado de vícios e totalmente NULO.

3.2.1. - DA INEXISTÊNCIA DE MANUTENÇÃO DOS VALORES

"creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica", consoante expressa o Artigo 42 da Lei 9.430/96.

Com a devida máxima vênia Sábios Julgadores, a movimentação bancária, não reflete a realidade do faturamento da empresa contribuinte, pelas razões que passamos a expor:

a) Os valores monetários que circularam pela conta da contribuinte pessoa jurídica anos 2005 e 2006, não foram mantidos na conta da contribuinte, apenas passaram pela conta; b) Os valores que circularam na conta da contribuinte, como dito não ficaram e não foram mantidos na conta bancária, apenas circularam, e esses valores, como não haviam restrições e proibições de depósitos em 2005 e 2006, não havia a exigência de vinculação de movimento bancária para casamento de operações comerciais e ou civis, o contribuinte como cidadão comum, usou a conta bancária, com a finalidade de (serviço bancário), inclusive cedendo a conta para parentes, amigos e clientes fazerem remessas e recebimentos de valores, uma vez que trabalha há muitos anos na atividade de comércio e nessa região de Itaituba, (Vale do Tapajós), ainda predomina e predominava a atividade garimpeira, sendo comum o cidadão chegar do garimpo e pedir para usar o conta bancária para receber valores e transferir valores. Fato esse que é público e notório na cidade de Itaituba, não precisando de nenhuma prova fática material.

c) O contribuinte desavisadamente fazia uso da conta bancária (da pessoa jurídica e física), movimentando valores de compra e venda da pessoa jurídica, como citado pelo próprio Auditor Fiscal e inclusive de outros comerciantes, quando resolviam algumas compras em volume maior para melhorar o preço do produto e poderem comprar. E, em razão da atividade principal ser compra e venda é que ocorreram o volume maior de circulação financeira na conta bancária pessoa física do contribuinte, sem qualquer relação com rendimentos e ou ganhos de capital pessoa jurídica e física.

d) E conforme se corrobora com as respectivas declarações e documentos fiscais e contábeis apresentados pelo Contador da empresa ora Impugnante (LIRA & LIRA LTDA EPP) referente aos anos de 2005 e 2006, os valores tributados mês a mês e progressivamente pelo Auditor, esses valores não foram mantidos nas contas bancárias da Contribuinte, como dito apenas circulou pelas contas, o artigo 42 da Lei 9.430/96 é bem claro, há a necessidade de manutenção desses valores na conta bancária, o que não ocorreu.

e) O faturamento correto e verdadeiro da empresa ora Impugnante é o apresentado pela documentação fiscal entregue pelo Contador da empresa ao Ilustre Auditor Fiscal.

f) Com a devida vênia Sábios Julgadores, jamais no caso da empresa autuada, ora impugnante, poderia o Auditor Fiscal, levar em conta a simples circulação das contas correntes da pessoa jurídica, pois,

jamais vão refletir o verdadeiro faturamento da mesma. Portanto, é absolutamente absurda autuação da empresa ora pessoa jurídica, pela movimentação bancária. Ato nulo, em flagrante abuso da Doute Autoridade Fiscal.

g) É comum a auditoria fiscal, autuar as empresas pelo movimento das notas de compras e vendas, que porventura não foram escrituradas, fazendo o arbitramento do imposto e demais contribuições, mas não tributar o inexistente.

3.2.2 DA SEGURANÇA JURÍDICA DO LANÇAMENTO

O agente fiscal não pode, pois, valer-se de presunções, ficções ou indícios para suprir lacunas de auto de infração lavrado com base em extratos e/ou depósitos bancários.

Não devemos esquecer que os agentes fiscais, como, os demais, dos funcionários públicos, têm o dever de resolver motivadamente os casos que lhes são afetos, observados os direitos e garantias individuais.

3.2.3. - CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM BASE EM EXTRATOS BANCÁRIOS E/OU DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

O método utilizado pela fiscalização para autuação do Impugnante está baseado em apenas extratos bancários, transferência e no fluxo de depósitos, que não oferece nenhuma adequação técnica e consistência material de ordem a afastar a conjectura de simples presunção, com vista à identificação e Quantificação do fato gerador, em particular, embora possam induzir omissão de receitas, aumento patrimonial ou sinal exterior de riqueza, no entanto, não são em si mesmo, exigíveis em hipóteses de incidência, para efeito de imposto de renda, quanto ao fato gerador deve oferecer consistência suficiente em ordem a afastar a conjectura ou simples presunção, para a segurança jurídica do contribuinte e observância dos princípios da legalidade e da tipicidade.

3.2.4. - DA POSSIBILIDADE DE ACESSO A INFORMAÇÃO BANCÁRIA DO CONTRIBUINTE

A autoridade administrativa poderia solicitar a requisição dos dados bancários do contribuinte que seria formalizada mediante documento denominado de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), não consta aos autos,.....

Como se percebe a RMF seria expedida pela autoridade outorgante do MPF a ela vinculado, ou seja, o Delegado da Receita Federal em Santarém, Pará, devendo ser precedida de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre movimentação financeira, respondendo o sujeito passivo pela veracidade das informações

prestadas, porém, esse documento não foi encaminhado ao contribuinte. A autoridade solicitou-lhe diretamente as informações as informações, parece-nos, que, estava de posse desta, mediante a CPMF; causando-lhe a quebra do sigilo bancário sem autorização judicial.

A RMF deveria ter sido expedida com base em relatório circunstanciado, elaborado pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal encarregado da execução do MPF ou por seu chefe imediato, no qual deveria constar a motivação da proposta de expedição da RMF que demonstrasse, com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade prevista na legislação, observado o princípio da razoabilidade, e isso não foi efetuado pela Auditora Fiscal, ficando claro e evidente que este teve acesso as informações bancárias do contribuinte com base em dados obtidos da CPMF sem autorização judicial, infringindo a CF/88 e as normas tributárias.

Na análise dos autos, em especial ao Termo de Início de Fiscalização, verifica-se que a autoridade administrativa solicita: Extratos de todas as contas bancárias; documento hábil e idôneo que comprove a origem dos recursos depositados na conta corrente do impugnante, enfim, um verdadeiro bombardeio a sua vida privada e intimidade consagrada na Constituição federal, sem autorização judicial. Subsidiando o MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL com base na CPMF. Mais um motivo para a nulidade do lançamento.

3.2.5 - LIMITABILIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.

- VIOLAÇÃO DA GARANTIA À LIBERDADE, À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA (ART. 5º, CAPUT E INCISO X);

- DA VIOLAÇÃO DA GARANTIA AO SIGILO DE DADOS (ART.5º, INCISO XII).

- VIOLAÇÃO AO § 1º DO ART. 145 DA CF.

- A AUTORIDADE FISCAL FACE AO SIGILO BANCÁRIO

Já por diversas ocasiões, o STF manifestou convicção de ver sigilo de dados de operações financeiras como desdobramento do direito à privacidade assegurado no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, que constitui ainda uma das formas de expressão da liberdade prestigiada no caput do citado artigo 5º, só passível de flexibilidade pela Administração Pública ou pelo Ministério Público através de ordem judicial.

De tudo isso, resulta que o direito individual ao sigilo de dados reservados de vida financeira e bancária das pessoas nem sempre pode se opor ao interesse público, mas sua quebra só pode advir de

determinação judicial, estampando, em decorrência, a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar 105/01 relacionados, por afronta ao inciso XII do art. 5º.

Esta razão porque não há se admitir, como querem alguns, que a obtenção direta de informações privadas pela Administração Tributária se apoie no § 1º do art. 145 da CF. Muito ao revés, posto que ali ao se facultar ao Poder Público aferir a capacidade econômico do contribuinte para fins de graduação dos impostos, identificando o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, ressalvou-se, expressamente, o respeito aos direitos individuais, no caso da possibilidade de acesso à movimentação financeira por parte do fisco, conflitam aparentemente a inviolabilidade do sigilo de dados (art. 5º, XII) e da vida privada (art. 5º, X), com o princípio geral do sistema tributário (art. 145, § 1º), os objetivos fundamentais (art. 3º) e os direitos sociais (art. 6º).

Tendo instaurado o procedimento fiscal, o entendimento jurisprudencial é que o pedido de quebra do sigilo bancário seja encaminhado ao juiz, com a devida fundamentação e que haja elementos concretos que indiquem que o indivíduo tenha cometido algum fato delituoso. Em não havendo elementos incriminadora, não há como permitir a quebra do sigilo.

3.2.6 DA EXCLUSÃO DO SIMPLES COM EFEITO SOMENTE A PARTIR DE MARÇO DE 2009 QUANDO DA CIÊNCIA DO CONTRIBUINTE OPTANTE DO SIMPLES.

A CONTRIBUINTE ORA IMPUGNANTE, OPTANTE PELO SIMPLES, FOI EXCLUÍDA DESSA MODALIDADE DE PAGAMENTO DE IMPOSTO EM MARÇO DE 2009, MESMO ASSIM A RECEITA FEDERAL DETERMINOU O EFEITO DA EXCLUSÃO A PARTIR DE 01/01/2005, DESRESPEITANDO O DIREITO ADQUIRIDO DA OPÇÃO DO SIMPLES. OS EFEITOS DA EXCLUSÃO NÃO PODERIAM SER OUTRO, A NÃO SER O MÊS DE MARÇO DE 2009, DATA DA CIÊNCIA DA EXCLUSÃO

Assim é incontroverso e inquestionável a manutenção da Contribuinte no SIMPLES NACIONAL nos períodos de 2005 e 2006, por ser direito adquirido e constitucional assegurado, ante a exclusão do simples nacional com efeito em março de 2009.

DA IRRETROATIVIDADE DA LEI

Quando o poder Legislativo baixa leis retroativas, altera as condições básicas do Estado de Direito, quebrando, irremediavelmente, a confiança que as pessoas devem ter do poder público. Com efeito elas já não têm segurança, pois ficam à mercê não só do Direito vigente (o que é normal), mas, também, de futuras e imprevisíveis decisões

políticas, que se podem traduzir em regras retroativas. Se isto acontece, o Estado de Direito soçobra.

Data vênia as Leis Infraconstitucionais e Ordinárias, não podem alterar e sobrepor a lei maior, portanto, os fatos estão seguros e garantidos pelo Lei maior. Se não for assim, para a Lei maior, para que a Constituição Pátria. A atitude da Auditoria Fiscal é injusta, porque vem aplicar dois pesos e duas medidas, visando unicamente arrecadar, engordar o leão, num País, que se incide mais tributos no mundo todo.

Não há o que se contra argumentar, é incontroverso, tem que se aplicar o fundamento constitucional e penal da irretroatividade da Lei. Incondicionalmente aplicando-se a Lei (no tempo e espaço), obedecendo a escala hierárquica. Dessarte mantendo a Contribuinte Impugnante inscrita e beneficiária do Simples Nacional.

3.2.7. - DA REGULARIDADE DA EMPRESA ORA TRIBUTADA COMO OPTANTE DO SIMPLES NO REGIME EPP EMPRESA DE PEQUENO PORTE REFERENTE AOS ANOS AUTUADOS DE 2005 E 2006.

A Contribuinte recolheu e apresentou a declaração pelo Simples nos últimos anos expressando sua vontade de permanecer no Simples, não cabendo a exclusão retroativa, conforme Parecer Cosit, nº 60 e Ato Declaratório SRF nº 16, de 02/10/2002.

3.2.8. - DA VEDAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PARA COBRANÇA DE TRIBUTO OU MULTA COM EFEITO DE CONFISCO, VIA DE CONSEQUÊNCIA INCORRE EM ILEGALIDADE NA APLICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO DE 75%.

A contribuinte não poderia ser autuada por valores declarados, na forma do art. 5º do Decreto Lei nº 2.124/84. A autoridade administrativa deveria ter apurado os tributos não pagos e encaminhá-los para cobrança. Neste caso, a aplicação da multa de 75% é ilegal.

3.2.9. - DA NECESSIDADE DE EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO OS VALORES DA RECEITA BRUTA DECLARADA NA DECLARAÇÃO DO SIMPLES, SOB PENA INCORRER EM BITRIBUTAÇÃO.

Com a devida vênia, o Ilustre Auditor Fiscal não fez a imputação proporcional dos tributos pagos, nem tampouco, ao lavrar o auto de infração excluiu da base de cálculo do lançamento tributário, os valores da receita bruta declarada na declaração do Simples, ou seja houve bitributação.

A Contribuinte ora Impugnante, recolheu e apresentou a declaração pelo simples nos anos de 2005 e 2006, além de ser incabível a exclusão retroativa, o Autor Fiscal ao lavrar o Auto de Infração não excluiu da base de cálculo do lançamento tributário, os valores da receita bruta

declarada na declaração do simples da Contribuinte, incorrendo inevitavelmente em bitributação.

3.2.10. - DA RELAÇÃO DE BENS E DIREITOS PARA ARROLAMENTO

De plano, se defronta com a inverídica autuação e arbitramento feito pelo Ilustre Auditor Fiscal, onde buscou arbitrar valores inexistentes de renda da Impugnante e seu titular, onde além da varredura na movimentação bancária, também o fizeram a varredura na existência de bens, visando encontrar aumento de patrimônio e evidenciar sinais exteriores de riqueza, o que NÃO ENCONTRARAM.

Tanto é prova que o Mandado de Procedimento Fiscal, no encerrar a fiscalização, promoveu o TERMO DE CIÊNCIA DE ARROLAMENTO DE BENS E DIREITOS, dado o absurdo e infundado valor arbitrado e autuado, e não encontraram bens que chegue ao valor autuado, quanto mais da receita estimada pela Auditoria.

3.3 DOS PEDIDOS

a) Seja considerada a documentação contábil e fiscal apresentada pela Impugnante, referente as reais Receitas e Despesas;

b) para que seja desconsiderada a movimentação bancária, levantada pelo Auditoria Fiscal, uma vez que, o movimento Bancário não espelha a realidade do faturamento da Impugnante;

b) para que seja Tributado os valores respectivos, ora fiscalizados referentes aos anos de 2005 e 2006, somente pelo faturamento apresentado e levantado na fiscalização, mediante a dedução das despesas apresentadas pela Impugnante;

c) Seja acolhida a regularidade da Contribuinte pelo SIMPLES como empresa EPP - referente aos anos de 2005 e 2006, por ser direito adquirido e constitucional assegurado, ante a exclusão do simples nacional com efeito em março de 2009.

d) Seja declarada a regularidade da escrituração mantida pelo Contribuinte, referente aos anos de 2005 e 2006, nos termos do artigo 923 do RIR/99;

e) Seja declarada ilegal a multa de ofício de 75%, corroborado com o entendimento do C. STF., e seu lançamento nulo de pleno direito.

f) Seja deferida a compensação de todos valores referentes aos tributos Federais, recolhidos pela Impugnante, e retidos na fonte, diferenças de créditos à compensar em todo o período autuado;

g) Requer se digne, seja deferido a não INCIDÊNCIA do PIS/PASEP, COFINS e demais Contribuições sociais, ante a inquestionável previsão legal, a priori, minuciosamente descrita, determinando a exclusão dessas contribuições, por indevidas, e Insubsistência do Auto de Infração;

h) *Requerendo seja acolhida a preliminar de perempção do MPF 02.10200/2008/002397, consoante as razões expendidas, uma vez que concluído fora de prazo, estando intempestivo e nulo de pleno direito, não produzindo nenhum efeito fiscal em relação a Contribuinte.*

i) *Requerendo ainda., Ad Cautelan, protestar provar a alegado, por todos os meios de provas permitidos em direito, Garantias Constitucionais, **juntada de documentos com esta, tudo conforme relação em anexo, juntada de novos documentos, etc...***

Esperando a final a contribuinte/Impugnante, para que data vênia, ante os fatos alegados e documentos corroborados com esta, e do elevado conhecimento especializado dos Sábios Julgadores Fazendários, seja acolhida a presente IMPUGNAÇÃO AOS DÉBITOS CONSTANTES do AUTO DE INFRAÇÃO de nº MPF 02.10200/2008/002397, tornando sem efeito e anulando os atos e efeitos do Auto de Infração, por insubsistente, por direito e inquestionável justiça.

3.4 – DAS DECISÕES JUDICIAIS E ADMINISTRATIVAS

Na sua defesa a Impugnante apresentou alguns julgados judiciais, e administrativos para consubstanciar a sua fundamentação.

3.5 – MATÉRIA NÃO IMPUGNADA – ARBITRAMENTO DO LUCRO

A Impugnante não teceu argumentos de defesa em relação ao **ARBITRAMENTO DO LUCRO**, logo, consideraremos matéria não Impugnada.

A 1ª Turma da DRJ em Belém/PA analisou a impugnação apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 01-26.575, de 26/06/2013 (fls. 512/544), considerou procedente o lançamento com a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006

DECISÕES ADMINISTRATIVAS. EFEITOS.

São improficuos os julgados administrativos trazidos pelo sujeito passivo, pois tais decisões não constituem normas complementares do Direito Tributário, já que foram proferidas por órgãos colegiados sem, entretanto, uma lei que lhes atribuisse eficácia normativa, na forma do art. 100, II, do Código Tributário Nacional.

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS.

As decisões judiciais, com efeito inter partes, não podem ser aplicadas a outros casos.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. AUSÊNCIA. DEMONSTRATIVO DE EMISSÃO E PRORROGAÇÃO - CIÊNCIA - O MPF Mandado de Procedimento Fiscal é instrumento de controle administrativo e de informação ao contribuinte. Seu vencimento não constitui, por si só, causa de nulidade do lançamento e nem provoca a reaquisição de espontaneidade por parte do sujeito passivo. Eventuais

omissões ou incorreções no Mandado de Procedimento Fiscal não são causa de nulidade do auto de infração.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. APRECIÇÃO VEDADA. ENTENDIMENTO ADMINISTRATIVO. A autoridade administrativa não possui atribuição para apreciar a arguição de inconstitucionalidade ou de ilegalidade dos preceitos legais que embasaram o ato de lançamento. As leis regularmente editadas segundo o processo constitucional gozam de presunção de constitucionalidade e de legalidade até decisão em contrário do Poder Judiciário. As alegações de inconstitucionalidade ou de ilegalidade somente são apreciadas nos julgamentos administrativos quando houver expressa autorização.

SIGILO BANCÁRIO. É lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar nº 105/2001, examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial. A obtenção de informações junto às instituições financeiras, por parte da administração tributária, a par de amparada legalmente, não implica quebra de sigilo bancário, mas simples transferência deste, porquanto em contrapartida está o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais por dever de ofício.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITAS.

Os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações são caracterizados como omissão de receitas.

PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FATO INDICIÁRIO. FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO.

A presunção legal juris tantum inverte o ônus da prova. Neste caso, a autoridade lançadora fica dispensada de provar que o depósito bancário não comprovado (fato indiciário) corresponde, efetivamente, ao auferimento de rendimentos (fato jurídico tributário), nos termos do art. 334, IV, do Código de Processo Civil. Cabe ao contribuinte provar que o fato presumido não existiu na situação concreta.

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO. É inaplicável o conceito de confisco e de ofensa à capacidade contributiva em relação à aplicação da multa de ofício, que não se reveste do caráter de tributo.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA - Nos termos do artigo 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada na impugnação.

PRECLUSÃO PROBATÓRIA. O prazo para apresentação da impugnação é de trinta dias contados da ciência do lançamento. A apresentação extemporânea de novos argumentos e/ou provas por

parte do sujeito passivo deve estar fundamentada na força maior ou na superveniência de fato ou direito.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA

Aplica-se às contribuições sociais reflexas, no que couber, o que foi decido para a obrigação matriz, dada a íntima relação de causa e efeito que os une.

Ciente da decisão de primeira instância em 28/10/2013, conforme Aviso de Recebimento à fl. 552, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 14/11/2013 conforme carimbo de recepção à folha 553.

No recurso interposto (fls. 554/611), a interessada reitera, quase com as mesmas palavras, os argumentos trazidos em sede de impugnação. Não renova os protestos contra o arrolamento de bens, mas questiona a afirmação da Autoridade Julgadora de primeira instância, quanto a tratar-se o arbitramento do lucro de matéria não impugnada. Sustenta que toda sua tese de impugnação ao auto de infração trata do arbitramento do lucro, feito exclusivamente com base na “movimentação bancária”, sem qualquer comprovação de renda e ou faturamento. Reforça seus questionamentos contra a presunção legal estabelecida pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996, e aduz que “*em casos como o presente, a fiscalização deveria aprofundar-se nas investigações, e não simplesmente efetuar o lançamento lastreado em indícios e presunções: em razão dos extratos/bancários, não caracterizarem, por si só, rendimentos tributáveis*”. “*Teria que pelo menos haver prova de aumento patrimonial, consubstanciado ao volume da autuação por arbitramento, que não houve e não há*”.

Conclui com pedidos idênticos aos veiculados na peça impugnatória.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Waldir Veiga Rocha, Relator

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Do exame dos autos, constato que o processo não se encontra em condições de julgamento.

É que o presente processo cuida da constituição de créditos tributários por fatos geradores ocorridos nos anos-calendário 2005 e 2006. A exigência se fez com base nas normas aplicáveis às pessoas jurídicas não optantes pelo sistema simplificado de pagamentos (SIMPLES), instituído pela Lei nº 9.317/1996.

No entanto, até o ano-calendário 2004, o contribuinte era tributado pelo sistema simplificado. Durante a fiscalização, foram apuradas omissões de receitas também no ano de 2004, pelo que foram lavrados autos de infração para constituição dos créditos tributários correspondentes. Ainda, diante da constatação de que as receitas omitidas, somadas às declaradas, excediam o limite para permanência no SIMPLES, foi publicado o Ato Declaratório Executivo nº 4, de 23/03/2009 (fl. 88), mediante o qual o contribuinte foi excluído

do SIMPLES a partir de 01/01/2005. Tanto os lançamentos referentes ao ano-calendário 2004 quanto o ADE são objeto do processo administrativo nº 10215.720046/2009-23.

O processo nº 10215.720046/2009-23 seguiu seu curso normal, tendo sido prolatado o Acórdão nº 01-14.628, de 13/07/2009, pela 2ª Turma da DRJ Belém/PA. Aquela decisão considerou o lançamento procedente em parte, e manteve a exclusão do SIMPLES, como se verifica do trecho final do voto condutor do acórdão, a seguir reproduzido:

42. Neste sentido, voto por considerar procedente em parte o lançamento, exonerando a tributação referente aos meses de janeiro e fevereiro de 2004, e manter a exclusão da empresa em epígrafe do Simples, com efeitos a partir de 01/01/2005, por ter auferido no ano calendário 2004 receita acima do limite permitido.

Em consulta ao sistema COMPROT, constatei que o processo nº 10215.720046/2009-23 foi remetido ao CARF em 09/11/2009 para apreciação do recurso voluntário, e não encontrei notícia de que o julgamento já tenha ocorrido. Concluo, assim, que a exclusão do SIMPLES ainda não se encontra definitivamente julgada no âmbito administrativo.

A exclusão do SIMPLES a partir de 01/01/2005 é matéria prejudicial à decisão que se há de tomar neste processo, acerca das exigências de tributos nos anos subsequentes.

Um segundo motivo que impede o julgamento, neste momento, é a alegação da recorrente de que teria efetuado pagamentos na sistemática do SIMPLES, nos meses dos anos-calendário 2005 e 2006. Existem indícios nesse sentido, a saber, a existência da declaração de valores a pagar nas DSPJ (fls. 236/247 e 254/265), mas não encontro nos autos evidência segura de que os valores tenham sido efetivamente recolhidos.

Diante do exposto, voto por converter o julgamento em diligência, para que os autos sejam encaminhados à Unidade Preparadora, que deverá adotar as seguintes providências:

1. Consultar os sistemas de processamento de dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil e elaborar relação dos valores efetivamente pagos pelo contribuinte, referentes ao SIMPLES, das competências dos meses dos anos-calendário 2005 e 2006, caso existentes tais pagamentos. Fazer acostar aos autos documentos comprobatórios.
2. Aguardar a decisão definitiva na instância administrativa do processo nº 10215.720046/2009-23. Após o trânsito em julgado administrativo, fazer acostar aos presentes autos cópia da decisão definitiva do processo nº 10215.720046/2009-23.

Concluída a diligência, deve ser dada ciência ao contribuinte dos documentos e demonstrativos juntados ao processo, abrindo-lhe prazo para se manifestar, caso o deseje. Na sequência, os autos devem retornar ao CARF para prosseguimento do julgamento administrativo.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha