



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

Processo nº 10235.001610/2009-77
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1401-004.199 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de fevereiro de 2020
Matéria OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente F.A. TOBELEM -ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2006

NULIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. VÍCIO INEXISTENTE. PRELIMINAR REJEITADA.

A receita bruta do Simples, no caso de estabelecimento matriz e suas filiais, para efeito de aplicação da alíquota, é o valor global acumulado para respectivo mês de apuração.

Não comprovada atividade de representação comercial por conta e ordem de terceiros, pela não apresentação da escrituração contábil e documentos de suporte, a receita bruta (faturamento) pertence integralmente ao sujeito passivo pelo exercício de atividade comercial em nome próprio, ou seja, por sua conta e risco.

Em defesa de mérito direta e indireta contra o lançamento fiscal, é ônus do sujeito passivo comprovar, respectivamente, a negativa de ocorrência dos fatos e a existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do fisco.

É válido e eficaz o auto de infração lavrado por agente competente e de acordo com o artigo 10 do Decreto nº 70.235/72 e artigo 142 do CTN.

O auto de infração deverá conter, obrigatoriamente, entre outros requisitos formais, a capitulação legal e a descrição dos fatos. Somente a ausência total dessas formalidades é que implicará na invalidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa. Ademais, se a Pessoa Jurídica revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma metódica, mediante defesa, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa

Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa na fase de investigação ou fiscalização, cujo procedimento é exercido no interesse exclusivo do fisco, tendo caráter inquisitório.

Rejeita-se a preliminar de nulidade do auto de infração que foi lavrado legitimamente em conformidade com o art. 142 do CTN e com o art. 10 do Decreto nº 70.235/72 e sem que tenha sido caracterizado qualquer situação especificada no art. 59 desse Decreto

NULIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL. SIGILO BANCÁRIO. ACESSO DIRETO DO FISCO AOS DADOS DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA BANCÁRIA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (LC Nº 105, ART. 6º). OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO. PRELIMINAR REJEITADA.

O art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, foi declarado constitucional pelo Pleno do STF, no julgamento das ADIs 2390, 2386, 2397 e 2859 e do RE 601.314-SP (repercussão geral), com os seguintes fundamentos:

- a) o sigilo bancário não é absoluto e deve ceder espaço ao princípio da moralidade nas hipóteses em que transações bancárias indiquem ilicitudes;
- b) a LC 100/2001 é um instrumento para fiscalizar o dever fundamental do contribuinte de pagar tributos. O dever fundamental de pagar tributos está alicerçado na ideia de solidariedade social. Assim, dado que o pagamento de tributos, no Brasil, seria um dever fundamental — por representar o contributo de cada cidadão para a manutenção e o desenvolvimento de um Estado que promove direitos fundamentais —, é preciso que sejam adotados mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal.
- c) a prática prevista na LC 105/2001 é comum em vários países desenvolvidos e a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo questionado seria um retrocesso diante dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil para combater ilícitos como a lavagem de dinheiro e evasão de divisas e para coibir práticas de organizações criminosas;
- d) a identificação de patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte pela administração tributária dá efetividade ao princípio da capacidade contributiva, que, por sua vez, sofre riscos quando se restringem as hipóteses que autorizam seu acesso às transações bancárias dos contribuintes.
- e) a LC 105/2001 não viola a CF/88. Isso porque o legislador não estabeleceu requisitos objetivos para requisição de informações pela administração tributária às instituições financeiras e exigiu que, quando essas chegassem ao Fisco, ali mantivessem o dever de sigilo. Com efeito, o parágrafo único do art. 6º preconiza que o resultado dos exames, as informações e os documentos deverão ser conservados em sigilo, observada a legislação tributária. Assim, não há ofensa à intimidade ou qualquer outro direito fundamental, pois a LC 105/2001 não permite a "quebra de sigilo bancário", mas sim a transferência desse sigilo dos bancos ao Fisco.
- f) o art. 6º da LC 105/2001 é taxativo e razoável ao facultar o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras somente se houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais

exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Ademais, não há que falar em vício de nulidade, quando a expedição da Requisição de Movimentação Financeira (RMF) deu-se no âmbito de procedimento de fiscalização instaurado e com base em relatório objetivo da fiscalização de que trata o Decreto nº 3.724/2001, onde relata, narra indícios de interposição de pessoa e sonegação fiscal, tornando imprescindível a transferência do sigilo dos bancos ao fisco.

PROTESTO GENÉRICO POR PRODUÇÃO DE PROVA E REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA.

Em defesa de mérito direta e indireta contra o lançamento fiscal, é ônus do sujeito passivo comprovar, respectivamente, a negativa de ocorrência dos fatos e a existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do fisco.

A autoridade julgadora é livre para formar sua convicção devidamente motivada, fundamentada, podendo deferir diligências/perícias quando entendê-las necessárias, ou indeferir as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, sem que isto configure preterição do direito de defesa.

Indefere-se o pedido de diligência ou perícia, cujo objetivo é instruir o processo com as provas documentais que o recorrente deveria produzir em sua defesa, juntamente com a peça impugnatória ou recursal.

A diligência fiscal, perícia técnico-contábil, não têm o condão de substituir o sujeito passivo na sua atividade de produção de prova.

A perícia técnica se reserva à elucidação de pontos duvidosos que requeiram conhecimentos especializados para deslinde do litígio, não se justificando quando o fato puder ser demonstrado pela juntada de documentos.

Por se tratar de prova especial subordinada a requisitos específicos, a perícia só pode ser admitida, pelo Julgador, quando a apuração do fato litigioso não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Indefere-se o pedido genérico para produção posterior de provas, diligência e/ou perícia quando desnecessários para resolução da lide ou quando formulado em desacordo com o art. 16, IV, §1º, do Decreto nº 70.235/72.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA (LEI Nº 9.430/96, ART.42). PROVA INDIRETA. OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Caracterizam como omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito, poupança e/ou investimento, junto à 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.

Para imputação, por presunção legal, da infração omissão de receitas (fato probando) basta ao fisco comprovar a ocorrência dos fatos indiciários (fatos conhecidos):

- (i) falta de registro da movimentação financeira bancária na escrituração contábil/fiscal;
- (ii) existência de extratos bancários de conta corrente, em poder do fisco, cuja movimentação financeira bancária não foi registrada na escrituração contábil/fiscal;
- (iii) embora intimado, na forma do art. 42 da Lei 9.430/96, o sujeito passivo deixou de comprovar a origem dos recursos ingressados a crédito em conta corrente bancária.

A partir desses fatos indiciários (fatos conhecidos) presume-se a ocorrência ou existência de omissão de receitas à margem da tributação (fato probando).

A presunção legal de omissão de receitas tem caráter relativo e inverte o ônus da prova.

O ônus probatório da não ocorrência do fato probando - omissão de receitas - é do sujeito passivo, que poderá afastá-la mediante produção de prova hábil, idônea e cabal.

Restando confirmado e comprovado o valor tributável da infração imputada, mantém-se a infração imputada.

OMISSÃO DE RECEITAS. RECEITAS DA ATIVIDADE NÃO ESCRITURADAS E NÃO DECLARADAS. VENDAS COM ACEITAÇÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO COMO MEIO DE PAGAMENTO NAS MODALIDADES DE CRÉDITO E DÉBITO. DADOS FORNECIDOS PELA EMPRESAS OPERADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO.

Restando demonstrada a omissão de receitas mediante prova direta, mantém-se a infração imputada.

INSUFICIÊNCIA DE PAGAMENTO. RECEITA BRUTA DECLARADA. INFRAÇÃO REFLEXA DA OMISSÃO DE RECEITAS. FAIXA DE ALÍQUOTA DEFINIDA PELA RECEITA BRUTA ACUMULADA PARA RESPECTIVO PERÍODO MENSAL DE APURAÇÃO (RECEITA DECLARADA + RECEITA OMITIDA).

Cabível a exigência da diferença de tributos do Simples em relação à receita bruta informada na declaração do Simples, em face da constatação de pagamento a menor para respectivo período mensal de apuração.

LANÇAMENTO REFLEXO: CSLL-SIMPLES, PIS-SIMPLES, COFINS -SIMPLES E INSS-SIMPLES.

Mantido o lançamento principal (IRPJ-Simples), mantém-se, também, os lançamentos decorrentes pela íntima relação de causa e efeito, inexistindo razão fática e jurídica para decidir diversamente.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. REVELIA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

A falta de apresentação de impugnação, na primeira instância de julgamento, por parte do responsável solidário configura sua revelia no processo administrativo fiscal.

Não se conhece do recurso do responsável solidário, portanto, em face da revelia.

Todavia, como o processo trata de lançamento de crédito tributário sob o escopo da solidariedade passiva, e considerando que um dos sujeitos passivos autuados (pessoa jurídica) - validamente - impugnou e recorreu acerca do auto de infração, os efeitos da revelia, dispostos no artigo 21 do Decreto nº 70.235/72 e alterações posteriores, deverão permanecer suspensos até a decisão final irreformável na órbita administrativa acerca do lançamento fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso do Sr. José Manuel Alcolumbre Tobelem, e quanto ao recurso voluntário da Contribuinte, rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas, o pedido de diligência e o protesto genérico por juntada posterior de provas para, no mérito, negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente.

(assinado digitalmente)

Nelso Kichel - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Carlos André Soares Nogueira, Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin, Nelso Kichel, Letícia Domingues Costa Braga, Eduardo Morgado Rodrigues e Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recursos Voluntários da firma individual **F.A.Tobelem - ME** e do responsável solidário **Sr. Jose Samuel Alcolumbre Tobelem** (e-fls. 1304/1315 e e-fls. 1424/1456) em face do Acórdão da 2ª Turma da DRJ/Belém (e-fls. 1284/1297) que julgou a Impugnação improcedente, ao manter o lançamento fiscal do SIMPLES Federal, ano-calendário 2006.

Obs:

(i) O **Sr. José Samuel Alcolumbre Tobelem**, responsável solidário pelo crédito tributário objeto dos autos (arts. 124, II, 135, III, e 137, III, c, CTN), não apresentou impugnação na instância *a quo* (revel).

Quanto aos fatos, consta dos autos:

- que, em **18/03/2010**, a Fiscalização da RFB, unidade DRF/Macapá, lavrou **Autos de Infração SIMPLES Federal (IRPJ, PIS, Cofins, CSLL e Contrib. Seg. Social - INSS), ano-calendário 2006** (e-fls. 1142/1252), ao imputar as seguintes infrações, *in verbis*:

(...)

001 - OMISSÃO DE RECEITAS

RECEITAS NÃO ESCRITURADAS

Conforme descrito no Relatório Fiscal, fls. 983 a 989.

Fato Gerador	Valor Tributável (R\$)	Multa (%)
31/01/2006	40.019,96	75
28/02/2006	23.909,91	75
31/03/2006	31.493,01	75
30/04/2006	40.269,89	75
31/05/2006	102.545,72	75
30/06/2006	37.879,75	75
31/07/2006	61.823,86	75
31/08/2006	84.862,40	75
30/09/2006	90.897,37	75
31/10/2006	103.905,61	75
30/06/2006	34.063,69	75
31/12/2006	151.655,74	75

Obs:

(i) **Omissão de receitas imputada com base em prova direta**, dados extraídos a partir das vendas por meio de cartão de crédito (vendas não registradas na escrituração contábil e não declaradas ao fisco), valor tributável da infração R\$ 803.326,91.

(ii) Os dados foram obtidos pelo fisco em procedimento de circularização das empresas operadoras de cartões de crédito.

ENQUADRAMENTO LEGAL:

Art. 24 da Lei nº 9.249/95; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "a", 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317/96.; Art. 3º da Lei nº Arts. 186, 188 e 199, do RIR/99.

002 - OMISSÃO RECEITAS

DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS

Conforme descrito no Relatório Fiscal fls. 983 a 989.

Fato Gerador	Valor Tributável (R\$)	Multa (%)
31/01/2006	1.422.046,34	75
28/02/2006	241.896,24	75
28/02/2006	803.255,90	75
31/03/2006	1.221.742,52	75
30/04/2006	1.120.589,63	75
31/05/2006	1.179.749,16	75
30/06/2006	781.219,21	75
31/07/2006	1.038.815,12	75
31/08/2006	1.047.995,22	75
30/09/2006	704.219,09	75
31/10/2006	1.387.658,81	75
30/11/2006	1.279.329,12	75
31/12/2006	1.168.391,67	75

Obs:

(i) **Omissão de receitas por presunção legal** (prova indireta), depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada, valor tributável da infração : **R\$ 12.692.688,94.**

(ii) Extratos bancários fornecidos pelas instituições financeiras, mediante RMF.

ENQUADRAMENTO LEGAL:

Art. 24 da Lei nº 9.249/95; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "a", 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317/96; art. 42 da Lei nº 9.430/96.; Art. 3º da Lei nº 9.732/98.; Arts. 186, 188 e 199, do RIR/99.

003 - INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

- Conforme descrito no Relatório Fiscal ,fls. 983 a 989.

(...)

Obs:

(i) Infração reflexa da Omissão de Receitas;

(ii) As Insuficiências de pagamento de IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e INSS foram apuradas levando em consideração o valor mensal da receita bruta informado na Declaração do Simples 2007, ano-calendário 2006, e respectiva alíquota definida pelo valor da receita bruta acumulada até o respectivo mês (receita declarada + receitas omitidas), conforme Planilha s seguir:

<i>DEMONSTRATIVO DE PERCENTUAIS APLICÁVEIS SOBRE A RECEITA BRUTA Mês/Ano</i>	<i>Receita Bruta Mensal (Decl.) (R\$)</i>	<i>Dif. Apuradas (R\$)</i>	<i>Receita Bruta Acumulada (R\$)</i>	<i>% Total SIMPLES</i>
01/2006	66.514,80	1.462.066,30	1.528.581,10	9,80
02/2006	68.163,00	803.255,90		12,60
02/2006	0,00	265.806,15		15,12
			2.665.806,15	
03/2006	70.232,10	1.253.235,53	3.989.273,78	15,12
04/2006	72.729,00	1.160.859,52	5.222.862,30	15,12
05/2006	72.915,10	1.282.294,88	6.578.072,28	15,12
06/2006	75.531,60	819.098,96	7.472.702,84	15,12
07/2006	75.142,30	1.100.638,98	8.648.484,12	15,12
08/2006	75.956,20	1.132.857,62	9.857.297,94	15,12
09/2006	74.816,00	795.116,46	10.727.230,40	15,12
10/2006	78.204,31	1.491.564,42	12.296.999,13	15,12
11/2006	82.103,49	1.313.392,81	13.692.495,43	15,12
12/2006	89.548,90	1.320.047,41	15.102.091,74	15,12

(iii) Diferença de Tributos do Simples Federal - IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e Contrib. Prev. - INSS (insuficiências de pagamento) foram apuradas com base na receita bruta mensal informada na Declaração do Simples (coluna 2 do demonstrativo acima) com aplicação das alíquotas respectivas também citadas no demonstrativo acima (última coluna). Vide autos de infração (e-fls. 1142/1213).

- que, ainda, consta do Relatório Fiscal, **quanto aos fatos**, parte integrante dos autos de infração (e-fls. 1135/1141), *in verbis*:

(...)

I. DA INVESTIGAÇÃO FISCAL

(...)

9. Em 1º/09/2009, fls. 185 a 187, a titular da fiscalizada foi intimada a:

a) apresentar os **extratos bancários** das contas-correntes, poupanças, aplicações financeiras etc mantidas pela matriz e pelas filiais da fiscalizada, nos bancos ora identificados, que deram origem a **movimentação financeira incompatível com o total da renda disponível declarada, no ano-calendário de 2006**, como a seguir descrito:

(...)

10. Em resposta, a titular da fiscalizada informou não dispor dos documentos acima solicitados, alegando extravio do mesmos, fls. 189. Nesta oportunidade, informou ter procedido a atualização do endereço da fiscalizada junto ao cadastro da Receita Federal.

11. Em face da não apresentação dos extratos bancários pela fiscalizada, foram emitidas, em 1º/10/2009, as Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira - RMF (...).

(...)

22. Após realizada a auditoria nos extratos bancários fornecidos pelas supracitadas instituições financeiras, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/1996, a fiscalizada foi intimada, na pessoa de sua titular, fls. 794 a 799, 802 a 908:

a) a comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nos depósitos efetuados, no ano-calendário de 2006, nas seguintes contas-correntes: nº 31.407-2, mantida na Agência nº 4544-6, do Banco do Brasil; nº 3736229, mantida na Agência nº 0191, do Banco ABN AMRO Real; nº 21645-0, mantida na Agência nº 1138, do Banco Itaú; nº 13-000588-9, mantida na Agência nº 0697, do Banco Banespa/Santander; nº 101193, mantida na Agência nº 1529, do Unibanco; e nº 10385-3, mantida na Agência nº 0990, conforme planilha intitulada “Auditoria de Depósitos Bancários (Total dos créditos, após as exclusões previstas no art. 42, da Lei nº 9.430/1996)”;

b) da planilha intitulada “Auditoria de Depósitos Bancários (Transferências entre contas da própria pessoa jurídica e outras exclusões; art. 42, da Lei nº 9.430/1996)”, contendo os valores de créditos excluídos (estornos e decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa jurídica);

c) de que a não comprovação da origem dos recursos utilizados nos referidos depósitos caracteriza a omissão de receitas,

sujeitando as mesmas à tributação (no regime do SIMPLES), por meio da lavratura de auto de infração, com a incidência de multa mínima de 75% sobre o total do tributo apurado.

23. Até a presente data a fiscalizada não procedeu a alteração do seu endereço fiscal junto à Receita Federal do Brasil, fls. 909.

24. Em 8/3/2010 a titular da fiscalizada informou não dispor dos documentos acima solicitados, alegando extravio do mesmos, fls. 910.

II. DA DETERMINAÇÃO DA MATÉRIA TRIBUTÁVEL.

A fiscalizada apresentou à Receita Federal uma Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - Simples (art. 7º da Lei nº 9.317/ 1996) relativa ao ano-calendário de 2006, PJSI 2007, fls. 4 a 21, indicando sua condição de empresa de pequeno porte.

2. Na PJSI 2007 a fiscalizada consignou os seguintes valores de receitas brutas mensais (e respectivos valores de “Simples a pagar”):

a) janeiro: R\$ 66.514,80 (R\$ 3.591,80);

b) fevereiro: R\$ 68.163,00 (R\$ 3.680,80);

c) março: R\$ 70.232,10 (R\$ 3.792,53);

d) abril: R\$ 72.729,00 (R\$ 4.218,28);

e) maio: R\$ 72.915,10 (R\$ 4.229,08);

f) junho: R\$ 75.531,60 (R\$ 4.682,96);

g) julho: R\$ 75.142,30 (R\$ 4.959,39);

h) agosto: R\$ 75.956,20 (R\$ 5.013,11);

i) setembro: R\$ 74.816,00 (R\$ 5.237,12);

j) outubro: R\$ 78.204,31 (R\$ 5.787,12);

k) novembro: R\$ 82.103,49 (R\$ 6.075,66);

l) dezembro: R\$ 89.548,90 (R\$ 6.984,81); totalizando R\$ 901.856,80, no ano-calendário de 2006.

3. Como optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples, a fiscalizada estava obrigada a, no mínimo, escriturar o Livro Caixa (art. 7º, § 1º, alínea a, da Lei nº 9.317/1996), no qual deveria estar registrada toda sua movimentação financeira, inclusive bancária; bem como guardar todos os documentos e demais papéis (inclusive extratos bancários) que serviram de base para a escrituração do referido livro (art. 7º, § 1º, alínea c, da Lei nº 9.317/1996).

4. Devidamente intimada, fls. 34 a 36, 42, 100, 101, 115, 119 a 121, 123, 178, 183, 185 a 190, a fiscalizada não apresentou nem o Livro Caixa nem os extratos das contas-correntes, poupanças, aplicações financeiras etc mantidas pela ela e suas filiais, no Banco do Brasil S.A., no Banco ABN AMRO Real S.A., no Banco Itaú S.A., no Banco do Estado de São Paulo S.A. - Banespa, no Banco Santander S.A., no Unibanco - União dos Bancos Brasileiros S.A. e no Banco Bradesco S.A., ao longo do ano-calendário de 2006.

5. O seguinte fato autorizou o Fisco, nos termos do art. 3º, inciso XI, c/c seus §§ 1º e 2º, inciso I, do Decreto nº 3.724/2001, a ter acesso às informações relativas à movimentação financeira da fiscalizada, (e, em decorrência do art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/1996, c/c o art. 42 da Lei nº 9.430/1996, a utilização das mesmas para fins do lançamento do Imposto de Renda da Pessoa Física), a saber: a movimentação financeira incompatível com o total da renda disponível declarada à Receita Federal, no ano-calendário de 2006, nos seguintes termos: a) total da renda disponível declarada à Receita Federal: R\$ 901.856,80 (conforme PJSI 2007, fls. 4 a 21); b) total da movimentação financeira: R\$ 14.309.255,50, fls. 22, 28 e 30.

(...)

8. Após a auditoria realizada nos documentos coligidos no curso do presente procedimento, a saber: extratos apresentados pelas supracitadas instituições financeiras, fls. 364 a-399, 402 a 411, 412 a 431, 433 a 599, 602 a 608, 609 a 725, 726 a 755, 756 a 790; e os relatórios das vendas efetuadas pela fiscalizada, mediante a aceitação de **cartão de crédito** como meio de pagamento (nas modalidades de crédito e débito), mensalmente, durante o ano-calendário de 2006, apresentados pela Companhia Brasileira de Meios de Pagamento (Visanet) e pela Redecard S. A. (Sistema Redecard: bandeiras Mastercard e Diners), fls. 240 a 324 e 338 a 361, foram constatadas duas situações que configuram omissões de receitas.

9. A primeira refere-se a **omissões de receitas apuradas de forma direta**, decorrentes das diferenças de valores de receitas declaradas na PJSI 2007, fls. 4 a 21, e dos valores constantes dos relatórios das vendas efetuadas pela fiscalizada, mediante a aceitação de cartão de crédito como meio de pagamento (nas modalidades de crédito e débito), mensalmente, durante o ano-calendário de 2006, apresentados pela Companhia Brasileira de Meios de Pagamento (Visanet) e pela Redecard S. A. (Sistema Redecard: bandeiras Mastercard e Diners), fls. 240 a 324 e 338 a 361, conforme planilha intitulada "Demonstrativo de Apuração de Omissões de Receitas", fls. 916 e 917, elaborada com o auxílio das planilhas "Demonstrativo de Apuração de Receitas (Operações Intermediadas pela Visanet)", fls. 912 e 913, e "Demonstrativo de Apuração de Receitas (Operações Intermediadas pela Redecard)", fls. 914 e 915.

10. A segunda refere-se a omissões de receitas apuradas de forma indireta, ou seja, por presunção legal (art. 42 da Lei nº 9.430/1996), caracterizadas pela falta de comprovação da origem dos recursos utilizados em depósitos bancários, no ano-calendário de 2006, após as devidas exclusões, tanto as constantes da planilha intitulada "Auditoria de Depósitos Bancários (Transferências entre contas da própria pessoa jurídica e outras exclusões; art. 42, da Lei nº 9.430/ 1996)"; contendo os valores de créditos excluídos (estornos e decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa jurídica); como os valores cujos históricos eram relativos a operações com cartões de crédito. As referidas omissões encontram-se indicadas na planilha "Depósitos Bancários/Valores com Origem não Comprovada (Outros Créditos, após as Exclusões Previstas no art. 42 da Lei 11º 9.430/1996 e das Operações com Cartões de Crédito)", fls. 918 a 982.

11. Os valores informados pela fiscalizada em sua PJ SI 2007 como "Simples a pagar", fls. 6 a 17, sofreram majoração, mercê da "acumulação" da receita bruta mensal informada naquela declaração, com as receitas omitidas apuradas pela Fiscalização, acima mencionadas, dando origem, assim, a insuficiências de recolhimentos dos valores de "Simples a pagar".

(...)

- que foi imputada sujeição passiva solidária ao Sr. JOSÉ SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM, CPF nº 324.873.552-04, conforme **Termo de Responsabilidade Tributária** (e-fls. 1253/1259), do qual transcrevo os seguintes excertos, *in verbis*:

(...)

Responsável Tributário

Nome		CPF
JOSÉ SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM		324.873.552-04
Logradouro	Número	Complemento
AV. HENRIQUE GALÚCIO	621	
Bairro	Cidade / UF	CEP
CENTRO	MACAPÁ/AP	68900-170

Lavratura

Local de Lavratura	Data
Delegacia da Receita Federal do Brasil em Macapá/AP	23/3/2010

(...)

IV. DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

*O crédito apurado no presente Procedimento de Fiscalização corresponde às obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração de lei (o art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/1990, que define crimes contra a ordem tributária; e o art. 1.179 da Lei nº 10.406/2002 - Código Civil) pela seguinte pessoa: o mandatário da fiscalizada, o senhor **JOSÉ SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM**, CPF nº 324.873.552-04, conforme Procuração de fls. 50.*

2. Como responsável pelos negócios da fiscalizada, a pessoa supracitada deveria abster-se da prática de atos tendentes a viabilizar o não pagamento dos tributos federais devidos pela empresa, a saber: omitir informação às autoridades fazendárias (apresentação da PJSI 2007, fls. 4 a 21, nela consignando valores a menor de receitas auferidas no ano-calendário de 2006. Demais, não foi escriturado o Livro Caixa, a que estava obrigada a fiscalizada, no ano sob fiscalização, nem apresentados os documentos de guarda obrigatória.

3. Assim, a referida pessoa, no comando da fiscalizada, perpetrou infração tanto ao Código Civil, no tocante aos seus deveres de sócio-gerente (art. 1179), tanto à lei que tutela penalmente a ordem tributária, razão pela qual devem responder pelo crédito tributário ora apurado, na forma dos arts. 135, inciso III, e 137, inciso III, alínea “c”, da Lei nº 5.172/1966, Código Tributário Nacional- CTN.

(...)

Fundamentação Legal

Face ao todo exposto restou caracterizada a sujeição passiva solidária nos termos dos arts. 124, inciso II, 135, inciso III, e 137, inciso III, alínea “c”, da Lei nº 5.172/66, Código Tributário Nacional - CTN, c/c o art.1.179 da Lei nº 10.406/2002 - Código Civil.

(...)

- que o crédito tributário lançado de ofício nos Sistema SIMPLES Federal, na data dos autos de infração, ano-calendário 2006, perfaz o montante de **R\$ 4.530.204,24**, assim discriminado:

Auto de Infração	Principal (R\$)	Juros de Mora (Calculados até 26/02/2010) (R\$)	Multa de ofício de 75%	Total
IRPJ - Simples	149.698,14	57.617,04	112.273,55	319.588,73
CSLL - Simples	149.698,14	57.617,04	112.273,55	319.588,73

PIS -Simples	109.529,57	42.170,37	82.147,13	233.847,07
Cofins- Simples	439.835,52	169.344,95	329.876,58	939.057,05
Contrib. Seg. Social -INSS - Simples	1.273.141,93	490.124,34	954.856,39	2.718.122,66
Total				4.530.204,24

Cientes do lançamento fiscal por via postal o sujeito passivo **F.A.TOBELEM** e o sujeito passivo responsável solidário **Sr. JOSÉ SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM** em **25/03/2010 - quinta-feira** (e-fls. 1260/1261), porém apenas a pessoa jurídica, firma individual, F. A. TOBELÉM - ME (titular FRANCILENE ARAÚJO TOBELEM) apresentou impugnação em **26/04/2010 - segunda -feira** (e-fls. 1269/1281), por intermédio do Sr. JOSÉ SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM, **procurador legal** que assinou a Impugnação (Procuração e-fl. 1282), cujas razões, em síntese, são as seguintes

1 - DA IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO COM BASE EM MEROS DEPÓSITOS BANCÁRIOS:

- que se o lançamento decorre de mera constatação de depósitos bancários, sem maiores investigações sobre a ocorrência do fato gerador do imposto (art. 43 do CTN), o que fere, não só o princípio da verdade material, principalmente o princípio da estrita legalidade;

- que o legislador pretende tributar os rendimentos que representam um efetivo e real acréscimo patrimonial verificado no período. E isso não restou comprovado no presente lançamento fiscal;

- que a Impugnante tem como objetivo principal a atividade de venda de aparelhos de telefone celular e cartões para carga de celular da operadora Amazônia Celular S/A - Pará. Na qualidade de representante comercial da operadora Amazônia Celular, recebe uma comissão pelas vendas e serviços prestados;

- que a parceria comercial com a operadora Amazônia Celular funcionava assim: a Impugnante recebia aparelhos da Amazônia Celular e os vendia aos clientes, recebia também cartões de carga e recarga de celular. **Do total das faturas, a Impugnante ficava apenas com 20% do total e o restante repassava à operadora Amazônia Celular;**

- que, embora as vendas de cartões e aparelhos celulares fossem efetuados pela Impugnante e os depósitos das vendas via cartão de Crédito (Visanet, Redecard) fossem efetuados diretamente na conta bancária da Impugnante, fica evidente que não podem ser considerados receitas da empresa, posto que, dessas receitas, a maior parte dos valores era repassada para terceiros, ficando apenas com uma pequena parte relativa às comissões ou remunerações pelos serviços prestados;

- que não se pode pretender, *in casu*, que meros depósitos bancários, por si só, constituam fato gerador do imposto de renda, pois não caracterizam disponibilidade econômica de renda da Impugnante;

- que, mesmo depois da edição da Lei nº 9.430, de 1996, meros depósitos em confronto com as provas e a indicação da empresa beneficiária de parte dos depósitos, não servem por si só para presumir que a integralidade dos depósitos são receitas tributáveis;

- que a Impugnante tinha várias contas em diversos bancos e, constantemente, fazia retiradas de uma conta para realizar alguma despesa ou investimento. Às vezes, as sobras eram depositadas em outra conta. Às vezes, o negócio não era realizado e o dinheiro era devolvido e depositado em outra conta. Também há casos de empréstimos de curto prazo, depositados diretamente na conta da Impugnante. Também há os saldos de depósitos de exercícios anteriores que justificam parte dos valores no início do ano.

2- RESSARCIMENTO DE VENDA PROMOCIONAL DE TELEFONE

- que quando a Amazônia Celular S/A queria fazer a promoção de um determinado aparelho, ela solicitava que a Impugnante vendesse-se o aparelho por um preço inferior ao que a ela havia comprado da operadora, e em contrapartida a operadora ressarcia à recorrente pela diferença do preço de venda e o preço promocional através de uma operação bancária;

- que, em suma, os depósitos realizados pela Amazônia Celular referentes a esses ressarcimentos, nada mais eram do que a reposição de um dinheiro que a recorrente já possuía, e, por conseguinte, já tributado. Por isso, analisando-se apenas os depósitos bancários, tem-se a ilusão de que a Impugnante estaria movimentando um valor altíssimo e omitia receitas, entretanto, analisando operação por operação verifica-se grande parte delas pode ser explicada, como dito.

3 - DA IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO ANTE A COMPROVAÇÃO EFETIVA DA ORIGEM DOS DEPÓSITOS (Ilegitimidade passiva):

- que a Impugnante funcionava como prestadora de serviços da operadora Amazônia Celular S/A - Pará, e por esses serviços era remunerada de acordo com a Cláusula Quinta (Do Preço e Remuneração).

A Impugnante atuava como distribuidora de cartões de recarga dos celulares, que os revendia aos chamados Pontos de Vendas para venda final ao consumidor.

Conforme contrato, a “comissão a ser percebida a título de remuneração pelo serviço prestado” era de 10% (dez por cento) descontado na Nota Fiscal, sobre o montante adquirido, acrescida de mais 10%, se superadas as metas fixadas pela Amazônia Celular (5.3. da Cláusula Quinta).

Em suma, do total faturado a Impugnante ficava efetivamente com apenas 20%, e o restante repassava à operadora Amazônia Celular, conforme contrato;

- que, embora a Impugnante não tenha entregue o Livro Caixa por motivos justificados, admitir que toda renda de venda de cartões e celulares é receita tributável da Impugnante, é, em última análise, tributar duas vezes a mesma receita (bis in idem). Isto porque, a Impugnante, mediante contrato, opera como intermediária na venda de cartões e aparelhos celulares da operadora Amazônia Celular e, por força desse contrato, repassa 80% dessa receita a Amazônia Celular, que - por sua vez-, certamente, declara e paga os tributos incidentes sobre as mesmas. Repisando: o Fisco pretende exigir duas vezes tributos sobre a mesma receita, uma vez da Impugnante através destes lançamentos e outra vez da empresa Amazônia Celular que certamente declarou as receitas repassadas pela Impugnante;

- que o contrato é claro: a Impugnante presta serviços à Amazônia Celular S/A - Pará e, por isso, recebe comissão de até 20% dessa operadora. Importante ressaltar que a Impugnante era a única distribuidora da operadora Amazônia Celular no Estado e vendia a maior parte dos cartões aos chamados Pontos de Vendas (varejistas);

- que essas informações foram passadas ao Auditor-Fiscal, o qual por atenção a princípio da verdade material, deveria intimar a empresa Amazônia Celular para que confirmasse as informações. Em suma, se a Impugnante prova que parte das receitas pertence a terceiros, por força de contrato, deveria aprofundar a investigação para excluir os valores não pertencentes a Impugnante, e citou precedente do CARF (Acórdão nº 106-17.164);

- que soa “absurdo” pretender que todo o dinheiro depositado na conta corrente de uma empresa de representação comercial de outra corresponda à receita integral própria. Citou ainda precedente do CARF (Acórdão nº 104-19.302);

- que o fisco, ao exigir o tributo sobre os valores integrais depositados em conta corrente da Impugnante, estaria, em última análise, tributando o sujeito passivo (no caso a Impugnante) de forma excessiva (ou indevidamente), na medida em que, a maior parte da receita pertence a empresa Amazônia Celular S.A., a qual, por sua vez, certamente, declarou essas receitas à Receita Federal e ofereceu à tributação;

- que não pode prosperar o presente lançamento, porquanto o Fisco exige tributo, sobre receitas que não pertencem integralmente a Impugnante, configurando erro na identificação do sujeito passivo. Por isso deve ser considerado nulo o lançamento.

4- DA IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO - DEPÓSITOS DE UM MÊS JUSTIFICAM OS RECURSOS DO MÊS SEGUINTE:

- que não há “impedimento algum considerar que a omissão de rendimentos detectada e tributada em um mês seja suficiente para justificar a omissão presumida de rendimentos e caracterizada pelos depósitos bancários nos meses seguintes.”.

5- DA IMPROCEDÊNCIA DOS LANÇAMENTOS REFLEXOS

- que a improcedência dos lançamentos alcançam não só as exigências de IRPJ (lançamento principal), como também do PIS, COFINS, CSLL e INSS, posto que, sendo

reflexos de lançamento principal, seguem a sorte deste, em face da intimação conexão dos fatos.

Por fim, a Impugnante pediu:

a) nulidade de pleno direito do presente libelo fiscal ou declará-lo improcedente pelos motivos acima expostos. Ou, se assim não entender a Turma Julgadora, que:

b) que se reconheça como renda tributada apenas os valores relativos as comissões fixadas em contrato no percentual de 20% dos depósitos levantados, por serem os valores realmente auferidos como renda pela Impugnante nas operações que realizou, determinando a reconstituição do crédito tributário com base nesses valores;

c) ou seja, **protestou por todos os meios de provas admitidas em direito.**

Na sessão de **13/10/2010**, a 2ª Turma da DRJ/Belém julgou a Impugnação improcedente, ao manter o lançamento fiscal, conforme Acórdão (e-fls. 1284/1297), cuja ementa e dispositivo transcrevo, *in verbis*:

(...)

Assunto: Simples

(...)

Exercício: 2007

Ementa: VENDA POR CARTÃO DE CRÉDITO - OMISSÃO DE RECEITAS - Verificada por indícios a omissão de receita, a autoridade tributária poderá, para efeito de determinação da base de cálculo sujeita à incidência do imposto, arbitrar a receita do contribuinte, tomando por base as receitas, apuradas em procedimento fiscal, correspondentes ao movimento diário das vendas, da prestação de serviços e de quaisquer outras operações. (Art.284 - Decreto nº 3.000 de 26 de março de 1999 - Regulamento do Imposto de Renda)

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. PRESUNÇÃO LEGAL. A Lei nº 9.430, de 1996, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza lançar o imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

(...)

Acordam os membros da 2ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar improcedente a manifestação de inconformidade.

(...)

Ciente desse *decisum* o sujeito passivo firma individual **F. A. TOBELÉM - ME**, em 04/01/2011, por via postal - Aviso de Recebimento - AR (e-fl. 1303), **apresentou Recurso Voluntário, em 02/02/2011 (e-fls. 1304/1315), por intermédio da titular da firma individual, Sra. FRANCILENE ARAÚJO TOBELEM, cujas razões, em síntese, são as seguintes:**

1 -PRELIMINAR DE NULIDADE. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM ORDEM JUDICIAL:

- que é inconstitucional o dispositivo que praticamente torna o sigilo bancário inexistente, transformando a “quebra” do sigilo em uma regra sem exceções (LC nº 105, art. 6º);

- que, mesmo que assim não fosse, o artigo padeceria de outra inconstitucionalidade (que também vicia o art. 6º da mesma lei complementar), porquanto deixa nas mãos da Administração, parte interessada, e não do Poder Judiciário, em tese imparcial, o juízo acerca da presença das circunstâncias que justificam a quebra;

- que, considerando que no caso ora debatido, o fisco federal não possuía qualquer autorização judicial, e não apresentou motivos para considerar indispensável a quebrar do sigilo bancário do contribuinte, resta incontestado a nulidade do lançamento pela quebra ilegal do seu sigilo bancário.

2- MÉRITO:

2.1 - OFENSA AO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL - PRESUNÇÃO ILEGAL DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS:

- que, *in casu*, a contribuinte ainda na impugnação provou que mantinha contrato de exclusividade para prestar serviços à operadora de telefonia celular Amazônia Celular S/A - Pará, e por esses serviços era remunerada de acordo com a Cláusula Quinta (Do Preço e Remuneração) do contrato anexado aos autos;

- que não se tratava de um contrato simples, em que a contribuinte apurava o dinheiro pela venda de cartões e repassava, no final do mês, o valor correspondente a 80%, ficando com 20%, como sugere o contrato.

Na verdade, o funcionamento desse contrato não era simples assim, isto porque o acordo se concretizava mediante operações comerciais com descontos concedidos na compra ou reembolsos indenizatórios, que no final, rendia à recorrente um ganho comercial equivalente a 20% de todo faturamento;

- que, embora a empresa ainda continua com dificuldades para reunir todos os documentos de provas, nesta oportunidade pretende, com os documentos que conseguiu resgatar até agora, esclarecer melhor o funcionamento do contrato e a sua real renda tributável:

a) remuneração pela venda de cartões de crédito:

- que os cartões telefônicos (celular) têm preços pré-fixados pela operadora: o cartão de 15 custa R\$ 15,00; o cartão de 20 custa R\$ 20,00, e assim por diante. Isto significa que a recorrente somente poderia vender os cartões pelos seus respectivos preços pré-fixados e impressos nos próprios cartões, nem um centavo a mais;

- que o ganho da empresa/recorrente está na compra dos cartões. Conforme documentos, em anexo, constata-se que a empresa adquiria os referidos cartões com descontos de até 20%. Por exemplo: a NF nº 09045, emitida em 07/11/2006 pela Amazônia Celular S/A, informa que foram comprados 2.000 cartões de 16, totalizando o valor de R\$ 32.000,00. Essa compra foi paga mediante duplicata vencida em 07/12/2006, com desconto de 15%, ou seja, a empresa pagou apenas R\$ 27.200,00, conforme documentos anexos;

- que, assim, se a empresa/recorrente vendesse os 2.000 cartões faturando R\$ 32.000,00 em novembro, pagaria no mês seguinte à Amazônia Celular R\$ 27.200,00, tendo um lucro efetivo de R\$ 4.800,00 que corresponde ao desconto concedido no momento da compra. E assim por diante;

- que, portanto, o ganho da empresa se concretizava quando da compra dos cartões e não nas vendas dos mesmos. Equivale dizer que, os depósitos resultantes das vendas de cartões não podem representar ganho da empresa/recorrente, posto que esses valores retornavam à empresa Amazônia Celular.

b) remuneração pela venda de aparelhos e serviços de ativação de celular:

- que outras rendas realmente pertencentes à empresa/recorrente são as remunerações pelas vendas de aparelhos celulares e serviços de ativação de linhas. Por essas operações, a Amazônia Celular, com base em relatório periódico (cópias anexas), informava à empresa/recorrente o valor da comissão do período e, com base nesses relatórios, **a recorrente era obrigada a emitir uma nota fiscal contra a Amazônia Celular**, a qual, por sua vez, depositava o valor da comissão, já descontados o Imposto de Renda (retido na fonte), conforme destacado nos respectivos relatórios;

- que a empresa está sendo injusta e duplamente tributada em relação a esses valores depositados, pois se o I. R. já era retido na fonte pagadora, não pode a Fazenda tributar, novamente, esses mesmos valores. Daí, a necessidade de que se faça uma diligência na escrita da empresa Amazônia Celular (hoje Telemar-Oi) para apurar esses fatos, uma vez que esta empresa era a responsável pela retenção do imposto;

- que a diligência além de apurar os valores do I. Renda retidos e recolhidos, provará os valores efetivamente depositados pela Amazônia Celular como comissão e outras indenizações.

c) ressarcimento de venda promocional de telefone:

- que o ganho da recorrente pela parceria comercial com a operadora Amazônia Celular se manifestava no momento das compras de cartões, remuneração pela venda de aparelhos celulares e ressarcimento (ou indenizações) promocionais;

- que, entre essas indenizações promocionais, se destacam o PRICE PROTECTION e CHURNING, que consistiam no seguinte: periodicamente, a Amazônia Celular S/A determinava que a recorrente promovesse um evento promocional para aumentar a venda de um determinado aparelho. Para tanto, mandava que o aparelho fosse vendido ao consumidor por valor inferior ao preço pago na sua aquisição pela recorrente. Por exemplo: a recorrente adquiria um modelo e marca de celular por R\$ 314,00, colocando-o à venda por R\$ 427,04. Posteriormente a Amazônia Celular mandava que esse aparelho fosse vendido por R\$ 99,00. E, para compensar, o evidente prejuízo, a Amazônia Celular ressarcia a recorrente pela diferença do preço de compra e o preço promocional (ou seja, R\$ 215,00);

- que, portanto, uma grande parte dos depósitos são simples ressarcimentos de dinheiro de aquisição de aparelhos promocionais, não receitas de vendas. Isto é, em boa parte dos depósitos denominados “TED recebidos” estão inclusos valores que, na verdade, são devoluções de compras; e, portanto, não representam receitas de vendas, mas devolução de valores pagos a maior, quando da aquisição do aparelho promocional. Isso prova que a Amazônia Celular mantinha o controle das vendas e determinava o ganho da recorrente, assumindo, inclusive, os eventuais prejuízos. Prova também que é temeroso simplesmente presumir que o total dos depósitos eram receitas da recorrente.

d) operações de *churning*:

- que outra operação com a Amazônia Celular realizada através de depósitos bancários se denomina *CHURNING* e que consistia basicamente no seguinte: a Amazônia Celular pagava a recorrente os serviços por ela prestados tais como: ativação de pós-pago, caixa postal, transferência de assinatura, migração para outro plano prestado, entre outros. Serviços esses pagos mensalmente através de notas fiscais de serviço. Entretanto, quando um cliente cancelava um determinado serviço dentro de 3 meses, ou deixava de utilizá-lo por mais de um mês, a Amazônia Celular descontava esses cancelamentos dos serviços já pagos a Recorrente. Em suma, se num mês a empresa recebia “X” e, no mês seguinte fosse punida, receberia então, “x-1”. Era uma forma de punição por não conseguir “cativar melhor o cliente”. Essa operação era denominada “*churning*”.

2.2- ILEGITIMIDADE PASSIVA - TRIBUTOS JÁ PAGOS PELA AMAZÔNIA CELULAR - DA IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO:

- que, **embora não tenha entregue o Livro Caixa por motivos justificados**, admitir que toda renda de venda de cartões e celulares seja receita tributável da recorrente, em última análise, é pretender tributar duas vezes a mesma receita (bis in idem). Isto porque, a Recorrente mediante contrato, operava apenas como intermediária na venda de cartões, aparelhos celulares e ativações de linhas telefônicas da operadora Amazônia Celular e, por força desse contrato, tinha um ganho real de até 20% sobre essas receitas.

- que o contrato é claro: a empresa/recorrente prestava serviços Amazônia Celular S/A - Pará e, por isso, recebia como comissão de até 20% desta operadora. Importante ressaltar que a Recorrente era a única distribuidora da operadora Amazônia Celular no Estado (até 2007) e vendia a maior parte dos cartões aos chamados Pontos de Vendas (varejistas);

- que, pelo menos, 80% da receita repassada foi devidamente escriturada e registrada na contabilidade da empresa Amazônia Celular. E, por consequência, ofertada à tributação pela citada empresa. E essa verdade pode ser provada com a verificação da escrita daquela empresa, inclusive com pagamento do respectivo tributo sobre esses valores. Portanto, se a recorrente apontou e provou a quem pertence 80% das “receitas” representadas pelos depósitos, deveria o órgão julgador, em obediência ao princípio da verdade material, mandar investigar com mais imparcialidade e concretamente a origem e o destino da presumida receita;

- que, se não agir assim, a Fazenda Nacional estará se aproveitando indevidamente de uma situação que lhe favorece. Convém lembrar que, no âmbito público, em razão do princípio da legalidade e moralidade, a Administração não pode se prevalecer dessas situações para cobrar tributo duas vezes sobre as mesmas receitas: uma da recorrente e outra da empresa Amazônia Celular;

- que, após verificados todos os elementos de prova, inclusive com a indicação do destino da maior parte das receitas, o feito se apresenta sem força suficiente para ensejar a condenação da contribuinte, uma vez que os indícios ou presunções, não podem mais subsistir incólume para firmar o crédito tributário;

- que soa absurdo pretender que todo o dinheiro depositado na conta corrente da representante comercial seja próprio. Qual a lógica (jurídica ou econômica) para se considerar que a empresa obteve um lucro bruto tributável de 100% sobre suas operações, considerando que a empresa atuava apenas como intermediária da Amazônia Celular? Segue, em anexo, cópias de duplicatas e notas fiscais recuperadas (e-fls. 1321/1388), onde se comprova que a recorrente comercializava apenas com a Amazônia Celular;

- que são robustas as provas e esclarecimentos acerca da origem dos depósitos e que nem todos os valores depositados podem ser arbitrariamente considerados com receitas da recorrente. Ainda citou precedente do CARF: Acórdão 104-19302 ;

- que, para corroborar com esses fatos, enviou ofício à empresa Amazônia Celular S.A., para que a citada empresa forneça, disponibilize cópia dos livros onde constam registrados os valores repassados pela recorrente, e suas respectivas comissões, no sentido de provar que a maior parte das receitas não pertencem à recorrente.

2.3 - DA IMPROCEDÊNCIA DOS LANÇAMENTOS REFLEXOS:

- que a improcedência dos lançamentos alcançam não só as exigências de IRPJ (lançamento principal) como também do PIS, COFINS e CSLL, posto que, sendo reflexos, seguem a sorte daquele.

Por fim, a recorrente pediu:

a) que seja julgando nulo ou improcedente o lançamento, pelos motivos e provas apontadas na impugnação e neste recurso;

b) para melhor formação da convicção deste E. Conselho seja determinado a **realização de diligências** junto a Oi/Telemar, sucessora da Amazônia Celular, para o fim de:

- identificar os valores retidos na fonte em nome da recorrente, e respectivas receitas já efetivamente tributadas;

- identificar os valores depositados em conta corrente da empresa/recorrente a título de indenização pelas vendas promocionais de aparelhos celulares.

c) ou seja, protestou por todos os meios de provas admitidas em direito.

Obs: Com as razões do recurso, a contribuinte apresentou, juntou documentos, relatórios, extratos de remuneração, planilhas (e-fls. 1321/1388).

Na sessão de 21/11/2018, o julgamento foi convertido em diligência fiscal para saneamento dos autos, ou seja, **para intimação (dar ciência) ao Sr. JOSÉ SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM**, responsável solidário pelo crédito tributário objeto dos autos, **do resultado da decisão de primeira instância de julgamento**, conforme Resolução nº 1301-000.634 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária (e-fls. 1402/1418).

Ciente da decisão de primeira instância em 27/06/2019 (e-fls. 1422/1423), o Sr. **JOSÉ SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM**, responsável solidário pelo crédito tributário, apresentou Recurso Voluntário em 22/07/2019 (e-fls. 1424/1456), cujas razões, em síntese, transcrevo os seguintes excertos:

(...)

3. Sujeição passiva e inexistência de preclusão. Matéria de ordem pública de indispensável apreciação pelo Órgão Julgador e conhecível a qualquer tempo.

9. É imperioso destacar, de início, que a responsabilização automática do ora recorrente pelo crédito tributário é matéria de ordem pública e de indispensável apreciação pelo órgão julgador, não havendo preclusão quanto ao tema, portanto.

-

10. A devolução dos autos à origem para sua intimação e recurso demonstra a importância de sua manifestação integral como corolário dos princípios da ampla defesa e contraditório.

11. Para além do questionamento da matéria já arguida na impugnação pela pessoa jurídica, pode ainda o Recorrente questionar a responsabilização solidária promovida pelo AFRFB, visto tratar-se da legitimidade da parte no polo passivo, atingindo o núcleo dos pressupostos processuais (art. 17 do CPC).

12. Estando a sujeição passiva solidária inserta como elemento fundamental de aperfeiçoamento da própria regra matriz de incidência tributária, a aferição do Julgador quanto à higidez (ou não) da eleição do sujeito passivo é necessária, sob pena de ilegalidade.

13. Ademais, não há prova nos autos de que o ora recorrente tenha sido intimado quanto ao “Termo de Responsabilidade Tributária”, pois a carta registrada com aviso de recebimento de fl. 1.266 (dos autos eletrônicos) não conta com sua assinatura, mas sim de terceiro chamado “Marinete Lobato”.

14. A notificação à empresa quanto ao auto de infração (e que foi impugnada) não continha como anexo o “Termo de Responsabilidade Tributária”, conforme se depreende da fl. 1.265 dos autos eletrônicos.

15. Registra-se, o sujeito passivo que consta do auto de infração é a pessoa jurídica, FA TOBELEM, sem indicação de que sobre o mandatário (recorrente) também pesava a autuação. Tal informação apenas foi formalizada no famigerado “Termo de Responsabilidade Tributária”, o qual fora entregue a terceira pessoa.

16. A ausência de notificação válida ao sujeito passivo é causa de nulidade do lançamento, conforme se depreende do Acórdão nº. 2301-004.372 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária do CARF (08/12/2015):

(...)

17. Apenas após julgamento por esse Órgão Colegiado foi que o ora recorrente inequivocamente tomou ciência dos fundamentos para sua responsabilização solidária.

18. É preciso ter em mente muito claramente que o ora recorrente era um funcionário, um mandatário sujeito aos comandos do proprietário da empresa.

19. A tese de ausência de preclusão para questionamento do vínculo da responsabilidade aqui apontada, bem como aquela que afirma a necessidade de cientificação própria do responsável solidário, é adotada pela própria Receita Federal, a teor do art. 4º, *caput* e §2º, bem como art. 5º, §3º, todos da Portaria RFB nº. 1.862/2018², que assim dispõe:

(...)

21. Assim, deverá ser conhecido e apreciado o presente recurso em sua integralidade, incluindo a matéria de ordem pública atinente à impossibilidade de sujeição passiva do ora recorrente, esposada no tópico seguinte.

4. Impossibilidade de responsabilização solidária do empregado sem que haja demonstração de realização de atos abusivos ou ilegais. A outorga de procuração para a potencial prática de atos administrativos não é prova hábil à responsabilização de mandatário.

22. A responsabilização com base no art. 135 do CTN exige, sem margem para dúvida, que o representante da empresa tenha praticado atos – deliberadamente – com excesso de poderes ou infração da lei ou contrato social.

23. Nada disso aconteceu neste caso.

(...)

26. Vê-se claramente, portanto, **que o ora recorrente está sendo responsabilizado pelo mero não pagamento de tributos por parte da empresa, o que, como se sabe, é vedado pelo Enunciado da Súmula n.º 430 do Superior Tribunal de Justiça:**

“Súmula n.º 430: O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”.

“Tema 97 de Recurso Repetitivo do STJ: “A simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa”.

27. Adicionalmente, o recorrente, como mero representante, fazia o que lhe era solicitado pela empresa e sua proprietária. A existência de procuração com amplos poderes é mera “força potencial” que pode ou não ser exercida pelo funcionário, a depender do comando que receber.

28. **Qual a conduta jurídica ilegal praticada pelo recorrente?** Segundo o autuante, como houve omissão de receita, isto daria azo à responsabilização automática, sem que se tenha realizado qualquer apuração quanto à existência de dolo ou não por parte do representante da empresa.

29. **O Auditor-Fiscal não colacionou aos autos nenhuma prova quanto à alegada conduta abusiva ou fraudulenta do recorrente. Sua responsabilização se deu com esteio na existência de uma procuração e por não ter atendido à solicitação do autuante para apresentação de livros fiscais, o que a própria empresa informa que não possuía.**

(...)

31. Sendo o dolo elemento subjetivo indispensável para a responsabilização do representante da empresa, deverá ser reconhecida a impossibilidade de sujeição passiva solidária do recorrente, pois inexistente qualquer prova nos autos de que tenha agido deliberadamente mediante abuso de poder. Não é admissível a responsabilização daquele que não teve nenhuma participação no alegado ato ilícito.

32. Nota-se que para a constituição do crédito tributário o AFRFB valeu-se das presunções legais relativas, deduzindo a obrigação tributária do cotejo de dois elementos indiciários: extratos bancários com a movimentação financeira da autuada e filiais e suposta ausência de comprovação da origem dos recursos.

(...)

5. Da invalidade do lançamento de ofício em relação ao recorrente.

(...)

37. Atenta a essa necessidade, a Receita Federal editou a Instrução Normativa nº. 1862/2018³, que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados quando constada a pluralidade de sujeitos passivos, sem violar o contraditório e a ampla defesa:

“Art. 3º Na hipótese de imputação de responsabilidade tributária, o lançamento de ofício deverá conter também:

I - a qualificação das pessoas físicas ou jurídicas a quem se atribua a sujeição passiva;

II - a descrição dos fatos que caracterizam a responsabilidade tributária;

III - o enquadramento legal do vínculo de responsabilidade decorrente dos fatos a que se refere o inciso II; e

IV - a delimitação do montante do crédito tributário imputado ao responsável.

(...)

38. **Como visto, o Auto de Infração sequer qualificou o recorrente.** Quanto à descrição dos fatos, limitou-se, em três parágrafos do “Termo de Responsabilidade Solidária” (fl. 1258), a afirmar a responsabilização de forma abstrata, fundada em presunções e desprovida de articulação que demonstrasse a participação do recorrente nos fatos geradores bem como o nexo de causalidade entre atos eventualmente ilegais praticados por este e o resultado da autuação.

39. Soma-se a isso a não juntada de qualquer prova indispensável à comprovação da prática de ato ilegal que ensejasse a responsabilização tributária. Até porque **durante toda a instrução da autuação, o AFRFB apenas emitiu intimações ao recorrente para que este apresentasse documentos contábeis necessários à fiscalização da empresa, em nenhum momento indicando que tais elementos estavam sendo coligidos para imputar ao próprio recorrente a sujeição passiva, o que viola o contraditório.**

40. Antes que se argumente que a IN acima não se aplica a fatos passados, é fundamental destacar que esta norma, de caráter procedimental, apenas uniformiza a regra de responsabilização plúrima de sujeitos, dando-lhe a roupagem legal e constitucional necessária à validade dos atos, sendo certo que tais cautelas sempre foram indispensáveis.

6. Da decadência ou prescrição em relação ao recorrente.

41. O auto de infração que não qualificou o recorrente como destinatário da exação constituiu o crédito tributário apenas em face da pessoa jurídica, sendo certo que o reconhecimento do vínculo de solidariedade (quando não feito diretamente no auto de infração) deve obediência ao prazo decadencial em relação ao suposto responsável.

(...)

7. Da insubsistência do auto de infração lastreado unicamente em informações bancárias e presunções.

(...)

8. Nulidade dos autos de infração. Erro na eleição do sujeito passivo e base de cálculo indevida. Autuação fiscal apenas contra a empresa matriz em virtude de alegada omissão de receitas das filiais.

(...)

51. Isso porque os autos de infração (fls. 1.139 a 1.231 autos eletrônicos) são todos contra a empresa de CNPJ nº 01.092.720/0001-22. No entanto, o autuante utilizou como “base de cálculo global” as movimentações bancárias de três empresas, incluindo duas filiais de CNPJ nº 01.092.730/0004-75 e 01.092.730/0008-07. Ou seja, uma única empresa sofreu a tributação de três empresas.

(...)

55. Assim, é patente a nulidade por erro material da autuação, pois contrária aos ditames do art. 142 do CTN, haja vista o erro na eleição do sujeito passivo e da base de cálculo, violando o princípio tributário da autonomia dos estabelecimentos:

(...)

56. Sobre esse aspecto, convém, inclusive, colacionar trecho da Solução de Consulta Cosit nº 08/2013 da Coordenação Geral de Contencioso Administrativo e Judicial da Receita Federal, que deixa clara a ocorrência de erro material diante da tributação contra a matriz em razão de receita de filiais. A citação é longa, mas esclarecedora. Confira-se:

(...)

10. Pedidos.

72. Diante de todo o exposto, requer-se:

a) Que o presente recurso seja admitido, pois tempestivo, e conseqüentemente, apreciado em sua integralidade, haja vista tratar de questões de ordem pública de conhecimento obrigatório pelo Julgador em qualquer fase do julgamento;

b) Que o recurso seja provido para que se reconheça a nulidade do auto de infração que se baseia exclusivamente em movimentações bancárias como bases de cálculo presumidas para lançamento tributário;

c) Que o recurso seja provido quanto às preliminares ou prejudiciais de mérito arguidas referentes aos erros materiais dos autos de infração (tópicos 8 e 9 do recurso), hábeis ao reconhecimento da nulidade das autuações e extinção do crédito tributário, seja quanto ao erro na eleição do sujeito passivo e base de cálculo ou quanto ao erro no enquadramento legal;

d) Alternativamente, caso não provido o pedido anterior, que seja excluída a responsabilização solidária do recorrente pessoa física, haja vista a inexistência de provas de que tenha agido com dolo ou abuso de poder ou que se reconheça a invalidade do lançamento de ofício em relação à pessoa física ou sua decadência;

(...)

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel - Relator.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS

Conheço do Recurso Voluntário apresentado pela empresa individual F.A.TOBELEM - ME, por ser tempestivo e por preencher os demais pressupostos de admissibilidade.

Por outro lado, não conheço do Recurso Voluntário do Senhor JOSÉ SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM, responsável solidário, em face da revelia.

O responsável solidário, conforme Termo de Responsabilidade Tributária (e-fls. 1253/1259), embora intimado da imputação da responsabilidade tributária e do lançamento fiscal (e-fl. 1261), não apresentou impugnação na instância *a quo*.

Entretanto, nesta instância recursal ordinária do CARF, o Senhor JOSÉ SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM suscitou, de plano, matéria de ordem pública, alegando existência de nulidade; que não teria ocorrido a revelia (preclusão máxima), pois sequer teria tomado validamente ciência da imputação da sujeição passiva solidária.

De ofício, rejeito peremptoriamente a alegação de existência de matéria de ordem pública no caso, pela inexistência da alegada nulidade.

Veja.

A intimação fiscal por via postal, com Aviso de Recebimento –AR, deu-se nos termos da lei. Não há vício algum. É válida e eficaz.

A intimação fiscal por Aviso de Recebimento - AR está prevista no art. 23 do Decreto 70.235/72, *in verbis*:

Art.23. Far-se-á a intimação:

I - (...)

II- por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo;(Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

(...)

§2º Considera-se feita a intimação:

II no caso do inciso II do caput deste artigo, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

(...)

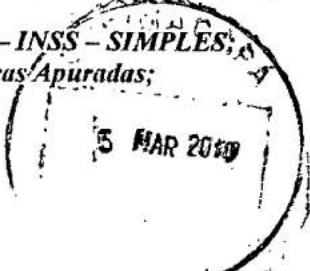
A legislação de processo administrativo tributário federal não exige intimação fiscal pessoal do acusado.

No caso, o Sr. José Samuel Alcolumbre Tobelem foi intimado, notificado do Termo de Responsabilidade Tributária e anexos, por via postal - Aviso de Recebimento - AR, em 28/03/2010, correspondência recebida por MARINETE LOBATO com assinatura (e-fl.1261), *in verbis*:

(...)

Processo nº 10235.001610/2009-77
Acórdão n.º 1401-004.199

S1-C4T1
Fl. 1.493

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT		CONTRATO
AVISO DE RECEBIMENTO "AR"		SRF/ECT
Destinatário: JOSE SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELÉM		
Endereço: AV. HENRIQUE GALUCIO, 621 - CENTRO		
CEP: 68.900-170	Cidade/ UF: MACAPÁ - AP	
Nº do Registro:	Data de emissão do AR: 23/03/2010	
Declaração de Conteúdo: Termo de Responsabilidade Tributária e Anexos: <i>Demonstrativo de Apuração de Omissões de Receitas;</i> <i>Demonstrativo de Apuração de Receitas (Operações Intermediadas pela Visanet);</i> <i>Demonstrativo de Apuração de Receitas (Operações Intermediadas pela Redecard);</i> <i>Planilha "Auditoria de Depósitos Bancários (Transferências entre contas da própria pessoa jurídica e outras exclusões; art. 42, da Lei nº 9.430/1996)";</i> <i>Planilha "Depósitos Bancários/Valores com Origem não Comprovada (Outros Créditos, após as Exclusões Previstas no art. 42 da Lei nº 9.430/1996 e das Operações com Cartões de Crédito);</i> <i>Auto de Infração nº 10/2010 – Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ – SIMPLES;</i> <i>Auto de Infração nº 11/2010 – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL – SIMPLES;</i> <i>Auto de Infração nº 12/2010 – Contribuição para o PIS/Pasep – SIMPLES;</i> <i>Auto de Infração nº 13/2010 – Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins – SIMPLES;</i> <i>Auto de Infração nº 14/2010 – Contribuição para Seguridade Social – INSS – SIMPLES;</i> <i>Demonstrativo de Apuração do Imposto/Contribuição sobre Diferenças Apuradas;</i> <i>Demonstrativo de Apuração de Valores não Recolhidos;</i> <i>Demonstrativo de Percentuais Aplicáveis sobre a Receita Bruta;</i> <i>Termo de Encerramento de Fiscalização;</i> <i>Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário do Processo</i> AFRF: ANTÔNIO MARCOS SERRAVALLE SANTOS.		
Recebi o objeto a que se refere este "AR" CPF: _____ RG: _____ Data: 28/03/10 <i>Marinete Lobato</i> Nome do Recebedor		 <i>[Assinatura]</i> Assinatura do Funcionário do Correo

(...)

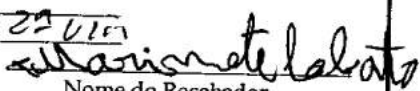
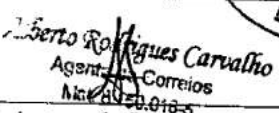
Conforme discriminado no AR, a intimação fiscal envolveu, especificamente, a entrega do Termo de Responsabilidade Tributária e Anexos.

De modo que não tem plausibilidade fático-jurídica a alegação de que recebeu apenas os Anexos.

Ainda, três dias antes foi também a própria MARINETE LOBATO que recebeu a correspondência com a notificação/intimação fiscal da Senhora Francilene Araújo Tobelem, titular da firma individual F. A. TOBELEM - ME, *in verbis*:

Processo nº 10235.001610/2009-77
Acórdão n.º 1401-004.199

S1-C4T1
Fl. 1.494

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT		CONTRATO SRE/ECT
AVISO DE RECEBIMENTO "AR"		
Destinatário: FRANCILENE ARAUJO TOBELÉM		
Endereço: AV. HENRIQUE GALUCIO, 621 - CENTRO		
CEP: 68.900-000	Cidade/ UF: MACAPÁ - AP	
Nº do Registro: RQ 2 5 0 6 8 3 8 9 0	BR	Data de emissão do AR: 22/03/2010
Declaração de Conteúdo:		
-AUTO DE INFRAÇÃO Nº 10/2010 - IRPJ- SIMPLES;		
-AUTO DE INFRAÇÃO Nº 11/2010 - Contribuição Social S/Lucro Líquido - SIMPLES;		
-AUTO DE INFRAÇÃO Nº 12/2010 - Contribuição para o Pis/Pasep - SIMPLES;		
-AUTO DE INFRAÇÃO Nº 13/2010 - Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - SIMPLES;		
-AUTO DE INFRAÇÃO Nº 14/2010 - Contribuição para Seguridade Social - INSS - SIMPLES		
-ANEXOS: DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO IMPOSTO/CONTRIBUIÇÃO SOBRE DIFERENÇAS APURADAS;		
DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DOS VALORES NÃO RECOLHIDOS;		
DEMONSTRATIVO DE PERCENTUAIS APLICÁVEIS SOBRE A RECEITA BRUTA;		
RELATÓRIO FISCAL;		
TERMO DE ENCERRAMENTO		
AFRE: ANTÔNIO MARCOS SERRAVALLE SANTOS.		
Recebi o objeto a que se refere este "AR"		
CPF: _____		
RG: 205642822611		
Data: 25/03/10		
 Nome do Recebedor		 Assinatura do Funcionário do Correio

(...)

Como já dito, a legislação processual administrativa (processo administrativo tributário federal) não exige, não estabelece que a ciência do recebimento de intimação fiscal (recebimento de correspondência por via postal, Aviso de Recebimento – AR) se dê pessoalmente, diretamente na pessoa do acusado.

Assim, o Porteiro de Prédio (residência do contribuinte pessoa física) ou empregado doméstico da casa (residência do notificado) podem receber validamente a intimação fiscal com respectivos anexos e assinar o AR.

No caso, como demonstrado, MARINETE LOBATO recebeu as duas intimações fiscais (autos de Infração e Termo de Responsabilidade Tributária) e respectivos anexos no endereço residencial da Senhora FRANCILENE ARAÚJO TOBELEM e do Senhor JOSÉ SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM, **na Av. Henrique Galucio, 621, Centro, CEP: 68.900-170 - Macapá-AP**, e ainda assinou os AR.

Assim, no caso a intimação é válida e eficaz, inclusive em atendimento aos princípios da instrumentalidade das formas e da razoável duração do processo.

Nesse sentido, cite-se precedente do próprio CARF:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES Ano-calendário: 2005 ILEGITIMIDADE PASSIVA. (...). NULIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL. PRELIMINAR REJEITADA. É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário (Súmula CARF nº 9). (Acórdão nº 1301-003.160-3ª Câmara/1ª Turma Ordinária, sessão de 12/06/2018, Relator Nelso Kichel).

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. Período de apuração: 01/08/2000 a 31/01/2004. INTIMAÇÃO. VALIDADE. DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. SÚMULA Nº .9 CARF. É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário. RECURSO VOLUNTÁRIO. SUJEITO PASSIVO SOLIDÁRIO. NÃO APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO. Não se conhece do recurso voluntário do sujeito passivo que não impugnou o auto de infração, de modo estar precluso seu direito recursal. (...) (Acórdão 3201-006.221, Sessão de Julgamento de 16/12/2019, Relator LAERCIO CRUZ ULIANA JUNIOR).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - (IRPJ). Ano-calendário: 2009. NULIDADE DE INTIMAÇÕES. INOCORRÊNCIA. Nos termos da Súmula CARF n. 9, é válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário. (Acórdão nº 1201-003.411, Sessão de Julgamento de 11/12/2019, Relator LUIS HENRIQUE MAROTTI TOSELII).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF). Exercício: 2003. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. PRECLUSÃO. Considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada, não podendo a autoridade julgadora dela conhecer, salvo nos casos expressamente previstos em lei. (Acórdão nº 2001-001.519, Sessão de Julgamento de 17/12/2019, Relator MARCELO ROCHA PAURA).

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. Ano-calendário: 2005. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRECLUSÃO. MATÉRIAS NÃO CONSTANTES NA IMPUGNAÇÃO QUE INSTAUROU O LITÍGIO. O contencioso administrativo instaura-se com a impugnação, que deve ser expressa, considerando-se preclusa a matéria que não tenha sido diretamente indicada ao debate. Inadmissível a apreciação em grau de recurso de matéria nova não apresentada por ocasião da impugnação ou manifestação de inconformidade. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada em impugnação, verificando-se a preclusão consumativa em relação ao tema. Impossibilidade de apreciação da temática, inclusive para preservar as instâncias do processo administrativo fiscal. Não conhecimento do recurso na matéria inovada. (Acórdão nº 2202-005.286, sessão de 09/07/2019, Relator LEONAM ROCHA DE MEDEIROS).

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - PRAZOS - REVELIA - INTIMAÇÃO MEDIANTE "AR"- Válida, sem dúvida, a intimação feita por via postal, desde que o "AR" seja assinado pelo pessoal da portaria do domicílio fiscal do contribuinte. Recurso negado. (Acórdão nº 201-71773, sessão de 02/06/1998, Relator Geber Moreira).

PROCESSO FISCAL - PRAZOS - REVELIA - Nos termos do artigo nº 15 do Decreto nº 70.235/72, é de trinta dias o prazo de impugnação à exigência fiscal, a contar da regular intimação do contribuinte. Sua inobservância acarreta a revelia, prevista pelo artigo nº 21 do mesmo decreto, daí porque não se instaura a fase litigiosa do processo. Recurso a que não se conhece. (Acórdão nº 203-00220, Sessão de Julgamento de 15/02/1993, Relator TIBERANY FERRAZ DOS SANTOS).

A matéria é pacífica neste CARF, inclusive encontra-se sumulada, conforme Súmula CARF nº 09, cujo verbete transcrevo, *in verbis*:

Súmula CARF nº 9: É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário.

Como demonstrado, não tem guarida a pretensão do sujeito passivo solidário, pois não restou demonstrado vício algum quanto à ciência dada, por AR, do Termo de Responsabilidade Tributária e anexos, que pudesse macular ou inquirir de nulidade a intimação fiscal.

Assim, restou caracterizada a revelia do responsável solidário do Sr. JOSÉ SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM (art. 21 do Decreto nº 70.235/72).

Todavia, como o processo trata de lançamento de crédito tributário sob o escopo da solidariedade passiva, e considerando que um dos sujeitos passivos autuados (pessoa jurídica) - validamente - impugnou e recorreu acerca do auto de infração, os efeitos da revelia, dispostos no artigo 21 do Decreto nº 70.235/72 e alterações posteriores, deverão permanecer suspensos até a decisão final irreformável na órbita administrativa acerca do lançamento fiscal.

No mesmo sentido, o art. 5º da Portaria RFB nº 1.862, de 2018, *in verbis*:

Art. 5º A impugnação tempestiva apresentada por um dos autuados suspende a exigibilidade do crédito tributário em relação aos demais.

Por tudo que foi exposto, não conheço do recurso voluntário do sujeito passivo solidário por estar configurada a revelia.

MATÉRIA DEVOLVIDA PARA APRECIÇÃO NESTA INSTÂNCIA RECURSAL

Conforme relatado, o fisco federal imputou **três infrações com multa de ofício de 75%**, quanto ao **ano-calendário 2006**, no regime de apuração do Simples Federal, ao apurar diferença de tributos (IRPJ-Simples, CSLL-Simples, Cofins- Simples, PIS-Simples e Contrib. Previdenciária - INSS - Simples), ou seja:

1 - **Omissão de Receitas - Vendas Não Escrituradas (art. 24 da Lei 9.249/95) (prova direta):**

O contribuinte do Simples Federal está obrigado a escriturar, pelo menos, o livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária, e o livro Registro de Inventário (art. 7º, da Lei nº 9.317, de 1996).

Intimada a contribuinte e reintimada, durante do procedimento fiscal, não apresentou livro Caixa ou Diário, Razão Auxiliar e extratos bancários.

A partir da circularização de empresas operadoras de cartões de créditos, conforme Relatório Fiscal (e-fls. 1135/1141), parte integrante dos autos de infração, a fiscalização da RFB obteve dados das operações de vendas (relatório das receitas de vendas, ano-calendário 2006), **por meio da aceitação de cartões de crédito como meio de pagamento (nas modalidades de crédito e débito)** e que transcrevo excerto, *verbis*:

(...)

12. Foram intimadas a Companhia Brasileira de Meios de Pagamento, CNPJ nº 01.027.058/0001-91 (Visanet) e a Redecard S. A. (Sistema Redecard: bandeiras Mastercard e Diners), CNPJ nº 01.425.787/0001-04, a informar os valores dos créditos resultantes de fornecimentos pela fiscalizada, realizados por meio da aceitação de cartão de crédito como meio de pagamento (nas modalidades de crédito e débito), mensalmente, durante o ano-calendário de 2006, ou seja, as vendas efetuadas pela fiscalizada, mensalmente, durante aquele ano, mediante a aceitação de cartão de crédito como meio de pagamento (nas modalidades de crédito e débito), fls. 204 a 207 e 239.

13. A Companhia Brasileira de Meios de Pagamento (Visanet) apresentou um relatório das vendas efetuadas pela fiscalizada, mediante a aceitação de cartão de crédito como meio de pagamento (nas modalidades de crédito e débito), mensalmente, durante o ano-calendário de 2006, fls. 240 a 324.

(...)

15. A Redecard S. A. (Sistema Redecard: bandeiras Mastercard e Diners) apresentou um relatório das vendas efetuadas pela fiscalizada, mediante a aceitação de cartão de crédito como meio de pagamento (nas modalidades de crédito e débito), mensalmente, durante o ano-calendário de 2006, fls. 338 a 361.

(...)

Portanto, o fisco obteve prova direta da infração em tela.

2- Omissão de Receitas - Depósitos Bancários Não Escriturados e de Origem Não Comprovada - Presunção Legal (art. 42 da Lei 9.430/96) (prova indireta):

Como já mencionado antes, além de não apresentar a escrituração contábil, a contribuinte intimada e reintimada não apresentou os extratos bancários de suas contas correntes bancárias.

Com base na legislação de regência (LC nº 105/2001, art. 6º e Decreto nº 3.724/2001, art. 3º, XI), a Receita Federal, mediante Requisição de Informação de Movimentação Financeira - RMF, solicitou às instituições financeiras a transferência de dados de movimentação financeira/bancária do sujeito passivo, quanto ano-calendário 2006.

Nessa parte, consta do Relatório Fiscal (e-fls. 1135/1141), parte integrante do lançamento fiscal, *in verbis*:

(...)

*11. Em face da não apresentação dos extratos bancários pela fiscalizada, foram emitidas, em 1º/10/2009, as Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira - RMF nº 0240100.2009.00016-8 (dirigida ao **Banco do Brasil S. A.**), 0240100.2009.00017-6 (dirigida ao **Banco ABN AMRO Real S.A.**), 0240100.2009.00017-6 (dirigida ao **Banco ABN AMRO Real S.A.**), 0240100.2009.00018-4 (dirigida ao **Banco Itaú S.A.**), 0240100.2009.00019-2 (dirigida ao **Banco do Estado de São Paulo S.A. - Banespa**), 0240100.2009.00020-6 (dirigida ao **Banco Santander Meridional S.A.**), 0240100.2009.00021-4 (dirigida ao **Unibanco - União dos Bancos Brasileiros S. A.**) e 0240100.2009.00022-2 (dirigida ao **Banco Bradesco S.A.**), fls. 208 a 222, conforme Solicitação de Emissão de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira, fls. 200 a 203.*

(...)

*16. Por intermédio do expediente Dilog/CSL Brasília - 2009/RF1651, datado de 23/10/2009, o **Banco do Brasil S. A.** encaminhou à Delegacia da Receita Federal do Brasil em Macapá - DRFB/MCA, os dados cadastrais (inclusive instrumento de procuração outorgada ao senhor José Samuel Alcolumbre Tobelem) e os extratos da conta-corrente nº 31.407-2, mantida pela fiscalizada na agência nº 4544-6, daquela instituição financeira, no ano-calendário de 2006, fls. 364 a 399, 402 a 411.*

*17. Por meio do expediente SUPCO 2009/033570, datado de 26/10/2009, o **Banco Santander S. A.** (sucessor, por incorporação, do **Banco ABN AMRO Real S. A.**) encaminhou à DRFB/MCA, os dados cadastrais (inclusive instrumento de procuração outorgada ao senhor José Samuel Alcolumbre Tobelem) e os extratos da conta-corrente nº 3736229, mantida pela fiscalizada na agência nº 0191, daquela instituição*

financeira (então Banco ABN AMRO Real S. A.), no anocênclário de 2006, fls. 412 a 431.

18. Por meio do expediente PJ 61490/2009, datado de 24/11/2009, o **Banco Itaú Unibanco S.A.** encaminhou à DRFB/MCA, os dados cadastrais (inclusive instrumento de procuração outorgada ao senhor José Samuel Alcolumbre Tobelem) e os extratos das contas-correntes de nº 51786-1, mantida pela filial fiscalizada (CNPJ nº 01.092.730/0008-07) na agência nº 0936, e de nº 21645-0, mantida pela fiscalizada (matriz) na agência nº 1138, todas daquela instituição financeira, no anocênclário de 2006, fls. 433 a 599, 602 a 608.

19. Por meio dos expedientes SUPCO 2009/038034 e 2009/032639, datados de 19/11/2009 e 20/11/2009, respectivamente, o **Banco Santander S. A.** (sucessor, por incorporação, do **Banco do Estado de São Paulo S.A. - Banespa**, a partir de agosto de 2006) encaminhou à DRFB/MCA, os dados cadastrais e os extratos da conta-corrente nº 13-000588-9, mantida pela fiscalizada na agência nº 0697, daquela instituição financeira (então **Banco do Estado de São Paulo S.A. - Banespa**), no ano-calendário de 2006, fls. 609 a 725.

20. Por meio do expediente PJ 64180/2009, datado de 28/11/2009, o **Banco Itaú Unibanco S.A.** encaminhou à DRFB/MCA, os dados cadastrais e os extratos da conta-corrente de nº 101193-8, mantida pela filial fiscalizada (CNPJ nº 01.092.730/0004-75) na agência nº 1529, do Unibanco - União dos Bancos Brasileiros S. A., no ano-calendário de 2006, fls. 726 a 755.

21. O **Banco Bradesco** encaminhou à DRFB/MCA, os dados cadastrais e os extratos da conta-corrente nº 10.385-3, mantida pela filial fiscalizada (CNPJ nº 01.092.730/0004-75) na agência nº 0990, daquela instituição financeira, no ano-calendário de 2006, fls. 756 a 790.

22. Após realizada a auditoria nos extratos bancários fornecidos pelas supracitadas instituições financeiras, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/1996, a fiscalizada foi intimada, na pessoa de sua titular, fls. 794 a 799, 802 a 908:

a) a comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nos depósitos efetuados, no ano-calendário de 2006, nas seguintes contas-correntes: nº 31.407-2, mantida na Agência nº 4544-6, do Banco do Brasil; nº 3736229, mantida na Agência nº 0191, do Banco ABN AMRO Real; nº 21645-0, mantida na Agência nº 1138, do Banco Itaú; nº 13-000588-9, mantida na Agência nº 0697, do Banco Banespa/Santander; nº 101193, mantida na Agência nº 1529, do Unibanco; e nº 10385-3, mantida na Agência nº 0990, conforme planilha intitulada "Auditoria de Depósitos Bancários (Total dos créditos, após as exclusões previstas no art. 42, da Lei nº 9.430/1996)";

b) da planilha intitulada “Auditoria de Depósitos Bancários (Transferências entre contas da própria pessoa jurídica e outras exclusões; art. 42, da Lei nº 9.430/ 1996)”, contendo os valores de créditos excluídos (estornos e decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa jurídica);

c) de que a não comprovação da origem dos recursos utilizados nos referidos depósitos caracteriza a omissão de receitas, sujeitando as mesmas à tributação (no regime do SIMPLES), por meio da lavratura de auto de infração, com a incidência de multa mínima de 75% sobre o total do tributo apurado.

23. Até a presente data a fiscalizada não procedeu a alteração do seu endereço fiscal junto à Receita Federal do Brasil, fls. 909.

24. Em 8/3/2010 a titular da fiscalizada informou não dispor dos documentos acima solicitados, alegando extravio do mesmos, fls. 910.

(...)

Portanto, a infração em tela - omissão de receitas- depósitos bancários não escriturado e de origem não comprovada - foi apurada e imputada com base em presunção legal (prova indireta).

3- Insuficiência de Recolhimento do Simples Federal (IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e Contrib. Prev. - INSS) (infração reflexa):

Nessa parte, consta do citado Relatório Fiscal, *in verbis*:

(...)

11. Os valores informados pela fiscalizada em sua PJ SI 2007 como “Simples a pagar”, fls. 6 a 17, sofreram majoração, mercê da “acumulação” da receita bruta mensal informada naquela declaração, com as receitas omitidas apuradas pela Fiscalização, acima mencionadas, dando origem, assim, a insuficiências de recolhimentos dos valores de “Simples a pagar”.

(...)

Na primeira instância de julgamento foi objeto de impugnação apenas o crédito tributário atinente às infrações imputadas. O devedor solidário, como já dito, não

apresentou impugnação embora intimado do lançamento fiscal e do termo de sujeição passiva solidária. Devedor solidário revel.

A decisão *a quo* julgou a Impugnação improcedente.

Nesta instância recursal, nas razões do recurso, em síntese, a pessoa jurídica recorrente alegou, quanto aos autos de infração:

1) - **Preliminarmente:**

a) **Vícios do lançamento fiscal:**

- Nulidade - ilegitimidade passiva - parte das receitas (faturamento) não seriam da autuada (matriz), mas sim de duas filiais.

- Nulidade - quebra do sigilo bancário sem autorização judicial e falta dos pressupostos para acesso direto do fisco aos dados das contas correntes bancárias.-

b) **Protesto genérico por produção de provas e realização de diligência fiscal.**

2) - **Quanto ao mérito:**

- vícios na base de cálculo da matéria tributável:

2.1) - **Omissão de receitas (ano-calendário 2006):**

- **depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada e vendas com aceitação de cartão de crédito como meio de pagamento (nas modalidades de crédito e débito):**

- que, em face de contrato de representação comercial da operadora Amazônia Celular por conta e ordem de terceiros, recebe apenas uma comissão pelas vendas e serviços prestados;

- que do total de vendas de aparelhos fornecidos pela Amazônia Celular S/A, assim como cartões de carga e recarga de celular, recebia até 20% como comissão, repassando o restante do valor das vendas para a referida operadora;

- que, embora não tendo entregue o Livro Caixa por motivos justificados, admitir que toda renda de venda de cartões e celulares é receita tributável da recorrente, é pretender tributar duas vezes a mesma receita (*bis in idem*): uma vez, através deste lançamento e, outra vez, da empresa Amazônia Celular que certamente declarou as receitas repassadas pela recorrente;

- que era a única distribuidora da operadora Amazônia Celular no Estado e vendia a maior parte dos cartões aos chamados Pontos de Vendas (varejistas);

- que o Auditor Fiscal deveria intimar a empresa Amazônia Celular para confirmar essas informações;

- que, portanto, embora as vendas fossem efetuadas pela recorrente, e os depósitos das vendas via cartão de crédito fossem efetuados diretamente na conta bancária da empresa, fica evidente que não podem ser considerados receitas da recorrente, posto que, dessas receitas a maior parte (80%) era repassada para terceiros, ficando apenas com uma pequena margem, parte relativa às comissões ou remunerações pelos serviços prestados, ou seja, até 20%;

- que não se pode pretender que meros depósitos bancários constituam fato gerador do imposto de renda, pois não caracterizam disponibilidade econômica de renda ou receitas da impugnante;

- que soa absurdo pretender que todo o dinheiro depositado na conta corrente da representante comercial seja próprio. Qual a lógica (jurídica ou econômica) para se considerar que a empresa obteve um lucro bruto tributável de 100% sobre suas operações, considerando que a empresa atuava apenas como intermediária da Amazônia Celular? Segue, em anexo, cópias de duplicatas e notas fiscais recuperadas (e-fls. 1321/1388), onde se comprova que a recorrente comercializava apenas com a Amazônia Celular.;

- que em relação aos depósitos bancários a presunção legal foi aplicada de forma incorreta e ilegal, estribada apenas em **meros extratos bancários**; que depósitos a crédito em conta corrente bancária não configuram renda (acréscimo patrimonial), nos termos do art. 43 do CTN;

2.2) - Insuficiência de pagamento dos tributos do Simples, quanto à receita bruta informada na declaração do Simples, ano-calendário 2006 (contribuinte utilizou alíquota a menor quanto à receita bruta acumulada até o mês de referência) - infração reflexa das omissões de receitas:

- que as alíquotas aplicadas pela fiscalização estão incorretas ou inexistentes para todas as infrações imputadas.

2.3 - Improcedência dos autos de infração do IRPJ e reflexos.

Identificados os pontos controvertidos, passo a enfrentá-los.

**NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA.
VÍCIO INEXISTENTE. PRELIMINAR REJEITADA**

Consta das razões de defesa, alegação de nulidade do lançamento fiscal por vício insanável, ou seja:

a) por suposta ilegitimidade passiva, pois parte das receitas (faturamento), valores apurados pela fiscalização da RFB não seriam da matriz e sim das filiais;

b) que, além disso, apenas 20% seriam receitas da autuada (comissões), pois teria contrato de representação comercial, onde 80% do faturamento de vendas seriam de terceiros, ou seja, que teriam sido repassados à Amazônia Celular S/A.

Diversamente do alegado pela recorrente, não há vício algum no lançamento fiscal, muito menos vício de ilegitimidade passiva.

A rigor, trata-se de matéria de mérito, a questão da base de cálculo, e não matéria para ser tratada em sede de preliminar.

Não obstante, aprecio a questão aqui em sede de preliminar.

Veja.

Quanto ao objeto social, não consta que o sujeito passivo teria atividade de representação comercial em nome de terceiros, por conta e risco de terceiros.

A autuada não apresentou o instrumento contratual de representação comercial por conta e risco de terceiros.

O regime tributário aplicável às receitas oriundas da representação comercial dependerá da forma em que a atividade é exercida, ou seja, por conta própria ou por conta de terceiros, devendo também ser considerado, se a exploração é individual ou através de sociedade.

A representação comercial por conta de terceiros é a atividade exercida por pessoa jurídica ou física que, sem relação de emprego, desempenha, em caráter não eventual e por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando, ou não, atos relacionados com a execução dos negócios.

Por outro lado, o representante comercial que exerce atividade por conta própria adquire a condição de comerciante, independentemente de qualquer requisito formal, ocorrendo, para fins tributários, equiparação à pessoa jurídica.

No caso, a empresa, como já alhures mencionado, sequer apresentou escrituração contábil quanto ao ano-calendário 2006 objeto da autuação, e todos os elementos

Processo nº 10235.001610/2009-77
Acórdão n.º 1401-004.199

S1-C4T1
Fl. 1.505

de prova colhidos pela Fiscalização da RFB, constantes dos autos, diversamente do alegado pela recorrente, convergem e demonstram que o sujeito passivo, firma individual, exerceu efetivamente atividade comercial em nome próprio, ou seja, por sua conta e risco.

Compulsando os autos, consta do **Requerimento de Empresário** de 26/04/2005, 26/09/2006, e de **Declaração de Firma Mercantil Individual F.A. TOBELEM-ME**, de 31/01/2001 (documentos mais atualizados constantes dos autos, titular Francilene Araújo Tobelem, matriz e filiais, documentos **fornecidos** pela Junta Comercial do Amapá), o **seguinte objeto social da matriz**, CNPJ 01.092.730/0001-22, nos anos-calendário 2005 e 2006 (e-fls. 44/80):

(...)

NOME EMPRESARIAL F. A. TOBELEM - ME (NOME DE FANTASIA = AMAZON COMUNICAÇÕES E SERVIÇOS)		NÚMERO 1884	
LOGRADOURO (rua, av., etc.) RUA: SÃO JOSÉ		CEP 68905-160	CÓDIGO DO MUNICÍPIO (uso da Junta Comercial)
COMPLEMENTO	BAIRRO / DISTRITO CENTRO	CORREIO ELETRÔNICO (E-MAIL)	
MUNICÍPIO MACAPÁ	UF AP	PAÍS BRASIL	
VALOR DO CAPITAL - R\$ 15.000,00	VALOR DO CAPITAL (por extenso) (QUINZE MIL REAIS)		
CÓDIGO DE ATIVIDADE ECONÔMICA (CNAE Fiscal) Atividade principal 5245-3/03 Atividades secundárias 5249-3/99 5271-0/02 6420-3/21 5521-2/01	DESCRIÇÃO DO OBJETO COMÉRCIO VAREJISTA DE MAQUINAS E MATERIAIS DE COMUNICAÇÃO (TELEFONES, INTERCOMUNICADORES, SECRETÁRIA ELETRÔNICA, FAX); COMÉRCIO VAREJISTA DE CARTÕES DE TELEFONE CELULAR; REPARAÇÃO E MANUTENÇÃO DE APARELHOS TELEFONICOS; TELECOMUNICAÇÕES SEM FIO - TELEFONIA MÓVEL CELULAR; RESTAURANTE.		
DATA DE INÍCIO DAS ATIVIDADES 15-03-1996	NÚMERO DE INSCRIÇÃO NO CNPJ 01.092.730/0001-22	TRANSFERÊNCIA DE SEDE OU DE FILIAL DE OUTRA UF NIRE anterior	UF AP
ASSINATURA DA FIRMA PELO EMPRESÁRIO (ou pelo representante/sócio/gerente) F.A. TOBELEM-ME			
DATA DA ASSINATURA 26-04-2005	ASSINATURA DO EMPRESÁRIO <i>[Assinatura]</i>		

(...)

Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior
Secretaria do Desenvolvimento da Produção
Departamento Nacional de Registro do Comércio

REQUERIMENTO DE EMPRESÁRIO
INSTRUÇÕES DE PREENCHIMENTO NO VERSO

Processo nº 10235.001610/2009-77
Acórdão nº 1401-004.199

S1-C4T1
Fl. 1.506

NOME EMPRESARIAL F. A. TOBELEM - ME (NOME DE FANTASIA = AMAZON COMUNICAÇÕES E SERVIÇOS)			
LOGRADOURO (rua, av, etc.) RUA: SÃO JOSÉ			NÚMERO 1884
COMPLEMENTO	BAIRRO/DISTRITO CENTRO	CEP 68905-160	CÓDIGO DO MUNICÍPIO (Uso da Junta Comercial)
MUNICÍPIO MACAPÁ	UF AP	PAÍS BRASIL	CORREIO ELETRÔNICO (E-MAIL)
VALOR DO CAPITAL - R\$ 150.000,00	VALOR DO CAPITAL (por extenso) (CENTO E CINQUENTA MIL REAIS)		
CÓDIGO DE ATIVIDADE ECONÔMICA (CNAE Fiscal) Atividade principal 5245-3/03 Atividades secundárias 5249-3/99 5271-0/02 6420-3/21 5521-2/01	DESCRIÇÃO DO OBJETO COMÉRCIO VAREJISTA DE MAQUINAS E MATERIAIS DE COMUNICAÇÃO (TELEFONES, INTERCOMUNICADORES, SECRETÁRIA ELETRÔNICA, FAX); COMÉRCIO VAREJISTA DE CARTÕES DE TELEFONE CELULAR; REPARAÇÃO E MANUTENÇÃO DE APARELHOS TELEFONICOS; TELECOMUNICAÇÕES SEM FIO - TELEFONIA MÓVEL CELULAR; RESTAURANTE.		
DATA DE INÍCIO DAS ATIVIDADES 15-03-1996	NÚMERO DE INSCRIÇÃO NO CNPJ 01.092.730/0001-22	TRANSFERÊNCIA DE SEDE OU DE FILIAL DE OUTRA UF NIRE anterior	UF AP
ASSINATURA DA FIRMA PELO EMPRESÁRIO (ou pelo representante/assistente/gerente) F. A. TOBELEM - ME			
DATA DA ASSINATURA 26-09-2006	ASSINATURA DO EMPRESÁRIO F. A.		
PARA USO EXCLUSIVO DA JUNTA COMERCIAL			

(...)

INSTRUÇÕES DE PREENCHIMENTO
NO VERSO

DECLARAÇÃO DE FIRMA MERCANTIL INDIVIDUAL

Nº DO PROTOCOLO (Uso da Junta Comercial)		NÚMERO DE IDENTIFICAÇÃO DO REGISTRO DE EMPRESA NIRE/NA SEDE 16100127065		NIRE DA FILIAL (preencher somente se não referente a filial da Junta Comercial)	
NOME DO TITULAR (completo com sobrenomes) FRANCILENE ARAUJO TOBELEM					
NATURAL DE (cidade e sigla do estado) MACAPÁ - AP		NACIONALIDADE (mãe) BRASILEIRA	ESTADO CIVIL CASADA		
FILHO DE FRANCISCO ALVES DE ARAÚJO		HERMÍNIA DA SILVA ARAÚJO			
NASCIDO EM (data de nascimento) 19.02.73	PROFISSÃO COMERCIANTE	CPF (número) 432.450.802-04			
IDENTIDADE (número) 029.166	UF AP	EMANCIPADO POR (forma de emancipação-somente no caso de menor)			
RESIDENTE NA (LOGRADOURO - rua, av, etc.) AV: HENRIQUE GALÚCIO		NÚMERO 621		CÓDIGO DO MUNICÍPIO (Uso da Junta Comercial)	
COMPLEMENTO	BAIRRO/DISTRITO CENTRO	CEP 68900-170	UF AP		
MUNICÍPIO MACAPÁ					
Declara, sob as penas da lei, não estar impedido de exercer atividade mercantil, que não possua outra firma mercantil individual e requer:					

Processo nº 10235.001610/2009-77
Acórdão nº 1401-004.199

S1-C4T1
Fl. 1.507

CÓDIGO DO ATO 002	DESCRIÇÃO DO ATO ALTERAÇÃO	CÓDIGO DO EVENTO 021	DESCRIÇÃO DO EVENTO ALTERAÇÃO DE DADOS
NOME EMPRESARIAL F.A.TOBELEM - ME	(NOME FANTASIA= AMAZON COMUNICAÇÕES E SERVIÇOS)		
LOGRADOURO (rua, av, etc.) RUA: SÃO JOSÉ		NÚMERO 1884	CÓDIGO DO MUNICÍPIO (Uso de Junta Comercial) 17.69
COMPLEMENTO	BARRIO/DISTRITO CENTRO	CEP 68900-330	
MUNICÍPIO MACAPÁ	UF AP	CORREIO ELETRÔNICO (E-MAIL)	
VALOR DO CAPITAL - R\$ 15.000,00	VALOR DO CAPITAL (por extensão) QUINZE MIL REAIS.		
continuação (capital por extensão)			

CÓDIGO DE ATIVIDADE ECONÔMICA	DESCRIÇÃO DO OBJETO (ATIVIDADES) Atividade principal	Atividades secundárias
	COM.VAREJ.DE MÁQS. E MATS. DE COMUNICAÇÃO (TELEFONES, INTER-	
5245-0/03	COMUNICADORES, SECRETÁRIA ELETRÔNICA, FAX) ✓	
5249-3	COMÉRCIO VAREJISTA DE CARTÕES DE TELEFONE CELULAR. ✓	
6420-3	SERVIÇOS DE HABILITAÇÃO DE APARELHOS CELULARES. ✓	
5521-2/01	PIZZARIA COM.SERV.COMPLETEO E SERVIÇO DE ALIMENTAÇÃO. ✓	

DATA DE INÍCIO DAS ATIVIDADES	NÚMERO DE INSCRIÇÃO NO CGC ou CNPJ	TRANSFERÊNCIA DE SEDE DE OUTRA UF	UF	USO DA JUNTA COMERCIAL
01.03.96	01.092.730/0001-22	NIRE anterior		DEPENDENTE DE AUTORIZAÇÃO DOVIERNAMENTAL
DATA	ASSINATURA DO TITULAR	☐ 1 - SIM ☒ 3 - NÃO		
31.01.2001	Francisco Araújo Sobrinho			

$$(\dots)$$

Como demonstrado, não consta atividade de representação comercial, muito menos para o ano-calendário 2006, objeto do lançamento fiscal.

Tal constatação de inexistência de representação comercial no objeto social também restou consignada na fundamentação do voto condutor da decisão recorrida (e-fls. 1291/1296), *in verbis*:

45. O contribuinte repisa a questão de ser Representante Comercial, e que do volume de vendas que fazia, apenas ficava com 20%.
46. No entanto, alega como defesa apenas o contrato com a empresa Amazônia Celular, como justificativa das vendas em cartão de crédito, assim como dos depósitos bancários, que serão tratados em tópico específico.
47. Tal justificativa demonstra-se insuficiente porque a empresa não apresenta em conjunto os documentos fiscais discriminando que de fato todas as operações com cartão de crédito se deram exclusivamente para a venda de produtos referentes ao contrato com a empresa Amazônia Celular.
48. O contrato pode até conter uma cláusula que determine a comissão do revendedor, mas perante o fisco deve ser comprovado que tal operação comercial identificada se deu em razão daquele contrato, e isto somente é possível com a apresentação dos livros fiscais do contribuinte, contendo as notas fiscais de venda, assim como os valores repassados à empresa da qual é representante comercial, o que não foi apresentado pelo contribuinte.
49. Note-se que dizer que *“era a única distribuidora da operadora Amazônia Celular no Estado e vendia a maior parte dos cartões aos chamados Pontos de Vendas”*, não é comprovação suficiente de que transacionava exclusivamente produtos desta operadora, posto que é uma mera afirmação que necessita de documentos comprobatórios. Por isso a importância da apresentação dos livros fiscais.
50. Sobre a afirmação de que era Representante Comercial, a mesma não condiz com o seu Requerimento de Empresário para o ano-calendário 2006, fl.51, em que consta claramente sua condição de Comerciante VAREJISTA especializado em equipamentos de telefonia e comunicação.
51. Ressalte-se ainda, que se estivesse cadastrado como Representante Comercial, o contribuinte sequer poderia ser optante do Simples, tendo em vista ser esta uma atividade vedada pela Lei Nº9.317/96.
52. O contribuinte faz uma alegação em forma da seguinte pergunta: *“Qual a lógica para se considerar que a empresa obteve um lucro bruto tributável de 100% sobre suas operações, considerando que a empresa atua apenas como intermediária da Amazônia Celular?”*.
53. Responde-se a mesma pela fundamentação legal acima alicerçada e pelo fato de não ter o contribuinte apresentado uma defesa documental pautada em seus livros fiscais, limitando-se a se fazer crer por alegações desprovidas dos documentos que devem amparar as operações comerciais de uma empresa, assim como dos documentos que comprovam os repasses

feitos aos seus fornecedores, tendo em vista que afirma ser somente um representante comercial.

(...)

DA INTIMAÇÃO À AMAZÔNIA CELULAR

80. Ao contrário do que alega o impugnante, a fiscalização intimou a empresa Amazônia Celular, fls.122 e 127/173, tendo recebido como resposta que a contribuinte apenas emitiu à operadora, notas de devolução de mercadorias enviadas para troca, o que não configura uma hipótese de Representação Comercial, mas de compra, venda e devolução de mercadorias avariadas.
81. A impugnante só poderia demonstrar a situação de *bis in idem*, se ao menos comprovasse uma condição de representação comercial. Mas como mesmo declara, não apresenta em sua defesa o Livro Caixa. Da mesma forma não sustenta sua tese com base em documentos fiscais.

(...)

Como demonstrado, diversamente do alegado pela contribuinte nas suas razões de defesa, não restou comprovado nos autos o exercício de atividade de representação comercial por conta de terceiros quanto aos produtos, mercadorias comercializadas, mormente no ano-calendário 2006, objeto do lançamento fiscal.

Ora, alegar sem provas é mesma coisa que não alegar.

O ônus probatório é do sujeito passivo de que o fato gerador não ocorreu (defesa de mérito direta), bem quando alega matéria de mérito indireta, como no caso, acerca de fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do fisco (CPC/2015, art. 373, II), diploma legal de aplicação subsidiária ao processo administrativo tributário federal.

A alegada representação comercial em nome de terceiros, quanto aos produtos/mercadorias comercializados, não restou comprovada nos autos pela inexistência de escrituração contábil e de documentos de suporte.

A escrituração contábil, com documentos de suporte dos registros, faz prova dos fatos nela registrados (RIR/99, art. 923), *in verbis*:

Art.923.A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 9º, §1º).

Entretanto, a recorrente não apresentou escrituração contábil e documentos de suporte.

No regime do Simples a contribuinte está obrigada, pelo menos, a escriturar o livro Caixa e ainda o Registro de Inventário (art. 7º da Lei nº 9.317/96).

Mas, não é só isso.

Durante o procedimento de fiscalização, a RFB circularizou fornecedores do sujeito passivo F.A. TOBELEM - ME, CNPJ: 01.092.730/0001-22 (matriz e filiais).

Consta do Termo de Diligência Fiscal/Solicitação de Documentos pela RFB diretamente ao fornecedor AMAZÔNIA CELULAR S/A (e-fls. 39/40), *in verbis*:

(...)

1) informar os valores RECEBIDOS, MÊS-A-MÊS, no ano-calendário de 2006, à empresária (ou "Firma Individual") F.A. TOBELEM - ME, CNPJ n.ºs 01.092.730/0001-22, 01.092.730/0008-07 e 01.092.730/0009-80, esclarecendo a que título os mesmos foram realizados, apresentando cópias dos documentos correspondentes (notas fiscais de saída, comprovantes/recibos de entrega das mercadorias, recibos de quitação, comprovantes de depósitos etc).

(...)

Inicialmente, a AMAZÔNIA CELULAR S/A, atendendo intimação do Termo de Diligência da RFB, em 27/04/2009 forneceu **Planilha contendo relação das notas fiscais emitidas pela empresa F. A. Tobelem - ME em face da Amazônia Celular** (e-fls. 92/93).

Na sequência, a AMAZÔNIA CELULAR S/A, em 04/06/2009, forneceu cópias das notas fiscais e consignou em sua exposição que não fizera pagamentos à F. A. TOBLEM - ME no ano-calendário 2006 (e-fls. 128/174), *in verbis*:

(...)

AMAZÔNIA CELULAR S/A, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 02.340.278/0001-33, com sede na Travessa Rui Barbosa 931 / 5º andar, Reduto, na Cidade de Belém/PA, em atendimento ao Termo de Diligência Fiscal recebido em 30/03/2009, vem por meio desta apresentar o seguinte:

Em 27/04/2009, em resposta a intimação, apresentamos uma planilha contendo a relação de todas as Notas Fiscais emitidas

pela empresa F.A.Tobelem em favor de nossa Cia, no ano de 2006. Entretanto buscando as Notas Fiscais físicas, verificamos que as mesmas referem-se à Devolução de mercadorias enviadas para troca, com a natureza da operação "Remessa para Devolução".

Com isso esclarecemos que no ano -calendário 2006 não foram pagos valores à Empresa F.A.Tobelem.

(...)

Assim, tem-se que o sujeito passivo **F.A TOBELEM - ME** no ano-calendário 2006 fez aquisições, da **AMAZÔNIA CELULAR S/A**, de mercadorias para revenda, em operação comercial normal, em nome próprio, por sua conta e risco, situação confirmada pelos documentos juntados pela recorrente (e-fls. 1321/1388), ou seja:

a) **aquisição** de 2000 cartões promocionais, cópia de Nota Fiscal - Fatura (saída), emitida pela Amazônia Celular em **07/11/2006**, valor R\$ 32.000,00, com desconto e R\$ 4.800,00, valor a pagar R\$ 27.200,00 (e-fl. 1321);

b) cópias do respectivo **boleto** para pagamento de mercadorias adquiridas da **AMÔNIA CELULAR S/A**, valor R\$ 27.200,00, **vencimento 07/12/2007** (e-fls. 1322);

c) Planilha com numeração de **notas fiscais de vendas de cartões**, emitidas pela Amônia Celular SA/A (e-fls. 1323/1324);

d) cópia de **boletos** para pagamento de cartões adquiridos a prazo da Amazônia Celular S/A (e-fls. 1325/1332);

e) cópia de **Planilhas de controle de vendas**, comercialização de cartões, mês de fevereiro/2006 (e-fls. 1233/1348);

f) cópia de Extrato de Remuneração do Credenciado - Parcial - ativações Plano pós pago - e outros serviços (comissões) - janeiro 2006, fev/2006, março/2006, abril/2006 (e-fls. 1349/1388).

Apesar da recorrente mencionar, nas razões de defesa, que juntara aos autos cópia do instrumento do indigitado contrato de representação comercial, na verdade não consta dos autos, pois jamais juntou tal documento.

Não comprovada nos autos a alegada representação comercial (atuação em nome de terceiros, por conta e risco de terceiros), não tem plausibilidade fático - jurídica a alegação de que o fisco federal, no caso, estaria tributando duas vezes a mesma renda, pois 80% do valor seria de terceiros.

Na verdade, diversamente do alegado pela recorrente, toda a receita (faturamento) é da recorrente, pois exerceu no ano-calendário 2006 atividade de comerciante, em nome próprio, por sua conta e risco. Ou seja, revendeu produtos, mercadorias, adquiridos para revenda da **AMAZÔNIA CELULAR S/A** (revendedora credenciada exclusiva no Estado do Amapá).

Já em relação às bonificações (comissões) recebidas por ativações de planos pós-pago, por ser prestadora exclusiva desses serviços no Estado do Amapá, ano-calendário 2006, da AMAZÔNIA CELULAR S/A, restou demonstrado que os valores dos planos ativações pós -pago não ingressaram nas contas da recorrente, mas apenas as comissões.

Mesmo que tivesse juntado o instrumento do indigitado contrato de representação comercial, ainda assim não teria melhor sorte, pois:

a) infere-se, trata-se de contrato de distribuidor exclusivo de mercadorias no Estado com atuação comercial em nome próprio, por sua conta e risco;

b) em relação aos serviços prestados, por exemplo ativações de planos pós pago, recebe diretamente da operadora comissões (caso ativações forem bem sucedidas, ou seja, o cliente permanecer ativo com seu plano contratado da operadora de telefonia). O cliente paga o plano contratado diretamente à operadora de telefonia, e não à recorrente. A recorrente apenas recebe comissão, nesse caso;

c) ainda que o contrato de representação comercial estipulasse responsabilidade por conta cota e ordem de terceiros, apenas para argumentar, o sujeito passivo não comprovou nos autos que recebera receitas de terceiros no ano-calendário 2006 e que tivesse repassado respectivos valores à operadora, pois não apresentou escrituração contábil na forma do art. 923 do RIR/99 e não apresentou documentos de repasse (depósitos) - receitas cobradas em nome de terceiros pela recorrente e devolvidas (repassadas) à Amazônia Celular S/A.

Assim, não há que se falar em *bis in idem*, pois no ano-calendário 2006, objeto do auto de infração, a recorrente fez aquisições, da AMAZÔNIA CELULAR S/A, de mercadorias para revenda, em operação comercial normal, em nome próprio, por sua conta e risco, situação confirmada pelos documentos juntados aos autos (e-fls. 1321/1388).

Por fim, a recorrente alegou, ainda, que o fisco federal não poderia fazer o somatório global das receitas brutas da matriz e das filiais para efeito de tributação pelo Simples Federal, ano-calendário 2006.

Ora, o argumento da recorrente é, deveras, equivocado.

A contribuinte é uma empresa do Simples Federal, no caso ano-calendário 2006, objeto dos autos.

O Simples um sistema simplificado de apuração dos tributos federais.

O recolhimento dos impostos da filial será feito junto com o da matriz pela soma das vendas em conjunto, o que gera custos menores. Esse é o escopo da legislação do regime de tributação do Simples Federal.

Logo, sim, a receita bruta (faturamento), quanto ano-calendário 2006, da F.A. TOBELEM - ME, CNPJ nºs 01.092.730/0001-22 (matriz), envolve, engloba, computa, as receitas das filiais 01.092.730/0008-07 e 01.092.730/0009-80.

Assim, não há que se falar em ilegitimidade passiva, pois todas as receitas apuradas e objeto do auto de infração são da recorrente e foram apuradas corretamente pela fiscalização da RFB.

Por tudo que foi exposto, rejeito a preliminar de nulidade suscitada, pela inexistência dos alegados vícios no lançamento fiscal, mormente ilegitimidade passiva.

NULIDADE. SIGILO BANCÁRIO. TRANSFERÊNCIA DESSE SIGILO DOS BANCOS AO FISCO SEM ORDEM JUDICIAL, NA FORMA DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. VÍCIO INEXISTENTE. PRELIMINAR REJEITADA

A recorrente suscitou preliminar de nulidade:

(i) - por quebra ilegal do sigilo bancário, ou seja, que o fisco não poderia ter acesso direto aos dados de movimentação financeira bancária dos contribuintes, sem autorização judicial, pois o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 seria inconstitucional.

(ii) - por falta dos pressupostos para acesso direto do fisco aos dados das contas correntes bancárias;

Rechaço de plano a preliminar de nulidade suscitada, pois totalmente infundada, ou seja, totalmente fora de propósito.

a) constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001:

Recentemente, o Pleno do Supremo Tribunal Federal - STF, na sessão decisão de 24/02/2016, no RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.314SP, Repercussão Geral, Relator Ministro Edson Fachin, declarou constitucional a legislação que permite acesso direto do fisco aos dados de movimentação financeira dos contribuintes, conforme ementa desse julgado que transcrevo, *in verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01.

1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos

referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo.

2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduzem ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.

3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.

4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

5.A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional.

6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”.

7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”.

8.Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Assim, o Supremo Tribunal federal concluiu importantíssimo julgado no qual considerou constitucional o art. 6º da Lei LC 105/2001 que permite o acesso do fisco aos dados bancários dos contribuintes sem autorização judicial.

Na verdade, o que ocorre, em suma, não é uma quebra do sigilo bancário, mas sim uma tramitação ou transferência sigilosa de dados financeiros entre os bancos e o fisco e, por ser não acessível a terceiros, não pode ser considerado violação do sigilo.

Os fundamentos considerados pelo STF na declaração de constitucionalidade do art. 6º da LC 105/2001, em síntese:

a) o sigilo bancário não é absoluto e deve ceder espaço ao princípio da moralidade nas hipóteses em que transações bancárias indiquem ilicitudes;

b) a LC 100/2001 é um instrumento para fiscalizar o dever fundamental do contribuinte de pagar tributos. O dever fundamental de pagar tributos está alicerçado na ideia de solidariedade social. Assim, dado que o pagamento de tributos, no Brasil, seria um dever fundamental — por representar o contributo de cada cidadão para a manutenção e o desenvolvimento de um Estado que promove direitos fundamentais —, é preciso que sejam adotados mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal;

c) a prática prevista na LC 105/2001 é comum em vários países desenvolvidos e a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo questionado seria um retrocesso diante dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil para combater ilícitos como a lavagem de dinheiro e evasão de divisas e para coibir práticas de organizações criminosas;

d) a identificação de patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte pela administração tributária dá efetividade ao princípio da capacidade contributiva, que, por sua vez, sofre riscos quando se restringem as hipóteses que autorizam seu acesso às transações bancárias dos contribuintes;

e) a LC 105/2001 não viola a CF/88. Isso porque o legislador não estabeleceu requisitos objetivos para requisição de informações pela administração tributária às instituições financeiras e exigiu que, quando essas chegassem ao Fisco, ali mantivessem o dever de sigilo. Com efeito, o parágrafo único do art. 6º preconiza que o resultado dos exames, as informações e os documentos deverão ser conservados em sigilo, observada a legislação tributária. Assim, não há ofensa à intimidade ou qualquer outro direito fundamental, pois a LC 105/2001 não permite a "quebra de sigilo bancário", mas sim a transferência desse sigilo dos bancos ao Fisco.

f) o art. 6º da LC 105/2001 é taxativo e razoável ao facultar o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras somente se houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Portanto, a legislação de regência do acesso direto do fisco aos dados e informações de movimentação financeira bancária, mediante RMF dirigida às instituições bancárias, sem ordem judicial, foi declarada constitucional pelo Pleno do STF, na sessão de 24/02/2016.

b) pressupostos para acesso direto do fisco aos dados das contas correntes bancárias devidamente observados, no caso:

O acesso direto do fisco, sem ordem judicial, aos dados de movimentação financeira bancária está disciplinado na legislação de regência: LC 105/2001, art. 6º; Decreto nº 3.724/2001, art.5º; e Lei nº 10.174/2001.

A transferência de dados e informações financeiras bancárias pelas instituições financeiras ao fisco deu -se na forma da legislação de regência citada.

O fisco expediu a RMF, nos termos da citada legislação, e as instituições financeiras forneceram, apresentaram os extratos bancários, atinentes ao ano-calendário 2006 objeto dos autos.

A expedição da RMF foi imprescindível no caso, em face dos indícios de interposição de pessoa e vultosa sonegação fiscal.

Veja a *via crucis* da Fiscalização, no caso.

1- A contribuinte tomou ciência do Termo de Início de Fiscalização **em 18/03/2009** quanto aos fatos geradores do ano-calendário 2006 (e-fls. 35/37 e 43), por meio do qual foi intimada a apresentar, *in verbis*:

(...)

1) Livro (s) Caixa ou Diário e Razão.

(...)

2. DA FORMA DO ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO FISCAL:

Toda Informação ou declaração deve ser prestada na forma escrita, fazendo referência ao número do respectivo Mandado de Procedimento Fiscal - MPF (nº 0240100-2009-00097-4), ao respectivo Termo, e ao Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (...).

2) - Reintimação fiscal pela Receita Federal, conforme Termo de Intimação Fiscal nº 0001, de 06/04/2009 (e-fls. 82/83), *in verbis*:

(...)

Processo nº 10235.001610/2009-77
Acórdão n.º 1401-004.199

S1-C4T1
Fl. 1.517

CONTEXTO

No exercício das atribuições do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, na forma dos arts. 835, 844, 904, 907, 927 e 928 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99), arts. 3º e 4º do Decreto nº 3.724/2001, e considerando O NÃO ATENDIMENTO DO TERMO DE INÍCIO DE PROCEDIMENTO FISCAL (cuja ciência, por via postal, deu-se no dia 18/03/2009), REINTIMO a pessoa jurídica acima identificada a apresentar os elementos abaixo especificados referentes ao ano-calendário de 2006:

1) Livro(s) CAIXA ou DIÁRIO e RAZÃO.

PRAZO PARA O ATENDIMENTO A ESTA INTIMAÇÃO: 5 (CINCO) dias úteis, contado a partir do 1º dia útil seguinte à ciência deste Termo.

(...)

Obs:

(i) Contribuinte do Simples, no caso a recorrente, está obrigada a escriturar, pelo menos, o livro Caixa e Registro de Inventário (art. 7º da Lei 9.317/95).

(ii) O AR retornou com informação "MUDOU-SE" (e-fls. 88 e 104/105).

3- Envio do Termo de Intimação Fiscal nº 0001, de 24/04/2009, ao endereço do **Sr. José Samuel Alcolumbre Tobelem**, procurador legal da recorrente, ciência em 19/05/2009 (e-fls. 101/102 e 108 e 116), permaneceu silente (prazo transcorreu *in albis*). Então houve pelo fisco envio de reintimação -Termo de Intimação nº 0002, em 28/05/2009 (e-fls. 120/121), *in verbis*:

(...)

CONTEXTO

No exercício das atribuições do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, na forma dos arts. 835, 844, 904, 907, 927 e 928 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99), arts. 3º e 4º do Decreto nº 3.724/2001, e do art. 42 da Lei nº 9.430/1996, considerando sua condição de procurador da Firma Individual F. A. TOBELEM - ME, CNPJ nº 01.092.730/0001-22, no ano-calendário de 2005 (conforme cópia anexa ao Termo de Intimação Fiscal nº 001), considerando a ciência, por via postal, em 18/03/2009, do Termo de Início de Fiscalização, e considerando ainda a devolução, pelos Correios, pelo motivo de mudança de endereço (conforme cópia anexa ao Termo de Intimação Fiscal nº 001), e considerando o NÃO ATENDIMENTO DO TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL Nº 001 (cuja ciência deu-se em 19/05/2009), REINTIMO a pessoa física acima identificada:

1) a proceder a alteração do endereço fiscal da Firma Individual F. A. TOBELEM - ME, junto à Receita Federal do Brasil, conforme orientações anexas ao Termo de Intimação Fiscal nº 001;

2) a apresentar os Livro(s) CAIXA ou DIÁRIO e RAZÃO relativos à Firma Individual F. A. TOBELEM - ME, referentes ao ano-calendário de 2006.

Prazo para atendimento: 5(CINCO) dias, contados a partir do primeiro dia útil seguinte à ciência deste Termo.

(...)

Processo nº 10235.001610/2009-77
Acórdão n.º **1401-004.199**

S1-C4T1
Fl. 1.518

Obs:

(i) ciência dada em 04/06/2009 (e-fl. 122).

(ii) A contribuinte pessoa jurídica, em 05/06/2009, pediu dilação de prazo para apresentar livros e documentos e foi deferido prazo de 20 dias em 09/06/2009, ciência em 15/06/2009 (e-fls. 124 e 125/126/127), porém, mais uma vez, o prazo transcorreu *in albis*.

4 - Termo de Intimação nº 0004, de 17/07/2009, do Sr. José Samuel Alcolumbre Tobelem (e-fls. 175/176), *in verbis*:

(...)

CONTEXTO

No exercício das atribuições do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, na forma dos arts. 835, 844, 904, 907, 927 e 928 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99), arts. 3º e 4º do Decreto nº 3.724/2001, e do art. 42 da Lei nº 9.430/1996, e considerando O ESGOTAMENTO DO PRAZO DE PRORROGAÇÃO em 29/06/2009, REINTIMO a pessoa física acima identificada:

- 1) a proceder a alteração do endereço fiscal da Firma Individual F. A. TOBELEM - ME, junto à Receita Federal do Brasil;
 - 2) a apresentar os Livro(s) CAIXA ou DIÁRIO e RAZÃO relativos à Firma Individual F. A. TOBELEM - ME, referentes ao ano-calendário de 2006.
- Prazo para atendimento: 5 (CINCO) dias ÚTEIS, contados a partir do primeiro dia útil seguinte à ciência deste Termo.

(...)

Obs:

(i) A ciência dessa intimação fiscal ocorreu em 04/08/2009 (e-fl. 178).

5) - Intimação da Sra. Francilene Araújo Tobelem, titular da firma individual F. A. TOBELEM - ME, conforme Termo, de 18/08/2009 (e-fls. 179/181), *in verbis*:

(...)

CONTEXTO

No exercício das atribuições do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, na forma dos arts. 835, 844, 904, 907, 927 e 928 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99), arts. 3º e 4º do Decreto nº 3.724/2001, e do art. 42 da Lei nº 9.430/1996, considerando sua de titular da Firma Individual F. A. TOBELEM - ME, CNPJ nº 01.092.730/0001-22, no ano-calendário de 2005, considerando a ciência, por via postal, em 18/03/2009, do Termo de Início de Fiscalização, considerando ainda a devolução do Termo de Intimação Fiscal nº 001, pelos Correios, pelo motivo de mudança de endereço, e considerando ainda as SUCESSIVAS e INFRUTÍFERAS intimações ao senhor JOSÉ SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM, CPF nº 324.873.552-04, procurador da referida firma, INTIMO a pessoa física acima identificada:

1) a proceder a alteração do endereço fiscal da Firma Individual F. A. TOBELEM - ME, junto à Receita Federal do Brasil, conforme orientações anexas (2 fls.);

2) a apresentar os Livro(s) CAIXA ou DIÁRIO e RAZÃO relativos à Firma Individual F. A. TOBELEM - ME, referentes ao ano-calendário de 2006.

Prazo para atendimento: 48 (QUARENTA E OITO) horas, contadas a partir do primeiro dia útil seguinte à ciência deste Termo.

(...)

Obs:

(i) Em 24/08/2009, a Sra. Francilene Araújo Tobelem apresentou expediente à fiscalização (e-fl. 184), *in verbis*:

(...)

Prezado Senhor,

Em atenção ao Termo de Intimação Fiscal 001 datada de 25/08/2009 (MPF código de acesso nº 10898504), temos a informar que não foi possível localizar os documentos solicitados referente ao ano calendário 2006. Isto porque, a contabilidade era efetuada e os documento arquivados no escritório de contabilidade do antigo contador da empresa, Sr. Andre Luiz Arguelles, o qual, inclusive, não reside mais no Estado, não sendo possível localizá-lo até o momento apesar dos esforços para encontrá-lo.

Portanto, não será possível, neste momento, atender o solicitado na referida intimação.

Atenciosamente,

Processo nº 10235.001610/2009-77
Acórdão n.º 1401-004.199

S1-C4T1
Fl. 1.520

(...)

6) - Em 28/08/2009, intimação fiscal dirigida à Sra. Francilene Araújo Tobelem (e-fls. 186/187), *in verbis*:

(...)

1) apresentar os extratos bancários das contas-correntes, poupanças, aplicações financeiras etc mantidas pela matriz e pelas filiais da F. A. TOBELEM - ME, nos bancos abaixo identificados, que deram origem a movimentação financeira incompatível com o total da renda disponível declarada, como a seguir descrito:

1.1) ano-calendário de 2006:

Total da renda disponível (definida nos termos do art. 6º, § 2º, da Lei nº 8.021/1990) declarada à Receita Federal: R\$ 901.856,80.

Total da movimentação financeira (matriz/CNPJ nº 01.092.730/0001-22): R\$ 8.568.321,50, assim distribuída:

BANCO DO BRASIL S.A.: R\$ 2.724.707,83;
BANCO ABN AMRO REAL S.A.: R\$ 532.436,72;
BANCO ITAU S.A.: R\$ 677.378,40;
BANCO DO ESTADO DE SÃO PAULO S.A. - BANESPA: R\$ 3.511.317,89;
BANCO SANTANDER S.A.: R\$ 1.122.480,66;

Total da movimentação financeira (filial/CNPJ nº 01.092.730/0004-75): R\$ 285.204,64, assim distribuída:

UNIBANCO - UNIÃO DOS BANCOS BRASILEIROS S.A.: R\$ 61.857,97;
BANCO BRADESCO S.A.: R\$ 223.346,67;

Total da movimentação financeira (matriz/CNPJ nº 01.092.730/0008-07): R\$ 5.455.729,32, assim distribuída:

BANCO ITAU S.A.: R\$ 5.455.729,32;

(...)

Obs:

(i) Ciência dada em 01/09/2009 (e-fl. 188).

(ii) Em 18/09/2009, a titular da firma individual apresentou expediente à fiscalização (e-fl. 190), *in verbis*:

(...)

Prezado Senhor,

Em atenção ao Termo de Intimação Fiscal nº 002, datado de 28/08/2009 e recebido em 01/09/2009, temos a informar o seguinte:

- conforme já informado em correspondência anterior tivemos problemas com o contador da empresa na época (2006), o qual, inclusive, extraviou vários documentos fiscais e contábeis da empresa. Assim, torna-se difícil, neste momento, encontrar e reunir toda documentação solicitada nos itens 1 e 2 da referida intimação.
- quanto ao item 3, informamos que já foi providenciada alteração recomendada, conforme documento anexo.

(...)

Como visto, transcorridos em torno de 6 (seis), desde a ciência do termo de início da fiscalização, e **a contribuinte** não forneceu o livro Caixa e os extratos bancários à fiscalização da RFB, embora intimada diversas para apresentá-los, inclusive sumiu do endereço em que funcionava, e não promoveu alteração cadastral na Receita Federal.

Diante da negativa de fornecimento do livro Caixa e dos Extratos Bancários pela empresa recorrente, a Fiscalização fez solicitação de emissão de RMF à chefia imediata, em 28/09/2009, relatando a indispensabilidade de exame da movimentação financeira bancária da contribuinte (e-fls. 202/2005), *in verbis*:

(...)

ENQUADRAMENTO (art. 3º do Decreto nº 3.724, de 2001)

(...)

[X] XI - Presença de indício de que o titular de direito é interposta pessoa do titular de fato.

Processo nº 10235.001610/2009-77
Acórdão nº 1401-004.199

S1-C4T1
Fl. 1.522

(...)

RELATÓRIO
No curso da execução do procedimento de fiscalização (Mandado de Procedimento Fiscal/MPF nº 0240100.2009.00097) relativo à pessoa jurídica F. A. TOBELEM - ME, CNPJ nº 01.092.730/0001-22 (e de CNPJ nºs: 01.092.730/0004-75 e 01.092.730/0008-07), verificou-se a indispensabilidade do exame da movimentação financeira da mesma, em face da adequação da situação fática à hipótese prevista no inciso XI, do art. 3º, do Decreto 3.724/2001 - que diz sobre a presença de indício de que o titular de direito é interposta pessoa do titular de fato - a saber: as informações disponíveis, relativas àquela pessoa, constantes do seu DoSSIê Integrado, indicaram uma movimentação financeira de R\$ 14.309.255,50, no ano-calendário de 2006, enquanto, naquele mesmo ano, o total da sua renda disponível declarada à Receita Federal (por meio da DIPJ2007) foi de R\$ 901.856,80; revelando, portanto, uma movimentação financeira superior a 10 (dez) vezes a renda disponível declarada naquele ano-calendário. Devidamente intimada, na forma do § 2º do art. 4º, do Decreto nº 3.724/2001, a fiscalizada não apresentou os extratos requisitados, relativos às contas-correntes mantidas nas seguintes instituições financeiras: BANCO DO BRASIL S.A.: R\$ 2.724.707,83; BANCO ABN AMRO REAL S.A.: R\$ 532.436,72; BANCO ITAU S.A.: R\$ 677.378,40; BANCO DO ESTADO DE SÃO PAULO S.A. - BANESPA: R\$ 3.511.317,89; BANCO SANTANDER S.A.: R\$ 1.122.480,66; UNIBANCO - UNIÃO DOS BANCOS BRASILEIROS S.A.: R\$ 61.857,97; BANCO BRADESCO S.A.: R\$ 223.346,67; BANCO ITAU S.A.: R\$ 514.551.729,32. Não apresentados os extratos pela fiscalizada, quando devidamente intimada, por qualquer razão, mesmo que seja devido à morosidade das instituições financeiras, autorizado fica o Fisco a solicitar diretamente destas os extratos bancários cujo exame mostrou-se indispensável para a execução do presente procedimento de fiscalização. É o relatório.

(...)

Obs:

Na verdade, os fatos apurados pela fiscalização são graves e implicaram na imputação de infrações - omissão de receitas.

A pessoa jurídica autuada omitiu do fisco federal mais de 94% (noventa e quatro por cento) da receita bruta faturada no ano-calendário 2006. Ou seja, declarou receita bruta apenas R\$ **901.856,80**, mas o faturamento total (receita bruta) foi de R\$ **15.102.091,74** nesse ano, conforme demonstrativo na e-fl. 1211.

Ou seja:

A firma individual **F. A. Tobelem - ME** informou na Declaração do Simples em 2007, ano-calendário 2006, receita bruta total R\$ 901.856,80, ou seja, apenas 5,97% da receita bruta total de R\$ 15.102.091,74.

Restou apurado que o Sr. José Samuel Alcolumbre Tobelem é sócio-gerente (proprietário de fato), administrador da empresa **F.A. Tobelem - ME**, cujo titular de direito é a Sra. Francilene Araújo Tobelem, ambos tem o mesmo endereço: Av.. Henrique Galucio, 621, Centro - Macapá/AP e são membros da mesma família (marido e esposa).

Desde 1996, ano da constituição da F.A TOBLEM - ME, firma individual, o Sr. José Samuel Alcolumbre Tobelem figura como representante legal com **amplos, gerais e ilimitados poderes** de gerência, administração da empresa (e-fls. 76/77), conforme procuração que transcrevo excerto:

(...)

PROCURAÇÃO

F. A. TOBELEM-ME, firma individual, inscrita no CGC (MF) nº. 01.092.730/0001-22, registro na JUCAP 161.001.2706.5 protocolado em 15.03. 1996, estabelecida à Rodovia Duque de Ca-

xias, 401 - Damásio Barriga - Município de Santana-AP, nomeia e constitui seu bastante Procurador Sr. JOSÉ SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM, brasileiro, casado, comerciante, portador da carteira de identidade nº. 043.825-AP - CPF-324.873.552-04, residente e domiciliado à Av. Henrique Galúcio, 621 - CEP-68900.170 - Município de Macapá-AP, para lhe conferir amplos, gerais e ilimitados poderes para onde com este se aresentar tratar de todos os negócios da Empresa, podendo contrair empréstimos, confessar dívida, transferir numerários, prestar tudo quanto por qualquer título que lhe seja devido e celebrar contratos, estipular cláusulas e condições mesmo penais, para os negócios que realizar; outorgar, aceitar e assinar escrituras de qualquer natureza, representá-la, em fim, em todos os atos e contratos que depender de sua atuação, representar em juízo ou fora dele, no foro em geral e os especiais para desistir, confessar, receber e dar quitações e firmar compromisso podendo finalmente substabelecer esta como em que lhe convier.

CONFERE COM ORIGINAL
24/09/97Selo do Protocolo
JUCAPMunicípio de Santana - AP,
03 de abril de 1996

Francisco Araújo Tobelem.

F.A. TOBELEM-ME

CGC-01.092.730/0001-22

1º OFÍCIO

Processo nº 10235.001610/2009-77
Acórdão n.º 1401-004.199

S1-C4T1
Fl. 1.524

(...)

No ano-calendário 2006, objeto do lançamento fiscal, a procuração vigente na época conferia, também, **amplios, gerais e ilimitados poderes** de gerência e administração da firma individual (e-fl. 57), *in verbis*:

(...)

PROCURAÇÃO

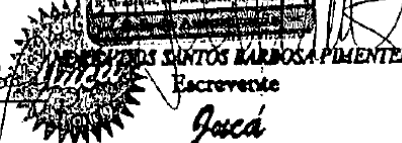
Por este instrumento particular de Procuração, **F A TOBELEM – ME**, firma individual, devidamente inscrita no CNPJ sob o n.º 01.092.730/0001-22, registro na JUCAP n.º 161.001.2706-5, estabelecida na Rua São José, n.º 1884, bairro Central, neste ato representada por sua titular **FRANCILENE ARAÚJO TOBELEM**, brasileira, casada, comerciante, portadora da Identidade n.º 029166-SSP/AP (2. Via), inscrita no CPF/MF sob o n.º 432.450.802-04, domiciliada e residente na Av. Henrique Galúcio, n.º 621, bairro Central, nesta cidade de

Macapá/AP., nomeia e constitui como seu bastante Procurador, **JOSE SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM**, brasileiro, casado, comerciante, portador da Identidade n.º 043.825/SSP-AP, inscrito no CPF sob o n.º 324.873.552-04, residente e domiciliado na Av. Henrique Galúcio, n.º 621, bairro Central, nesta cidade de Macapá/AP., a quem confere amplos, gerais e ilimitados poderes para representar a empresa outorgante junto a qualquer instituição bancária ou onde esta se apresentar, podendo tratar de todos os negócios; contratar convênios e serviços; abrir e encerrar conta; retirar talões, emitir e endossar cheques; autorizar débitos em contas; solicitar extratos e saldo de contas, emitir títulos (duplicatas, Notas Promissórias, Letras de Câmbio e etc.); emitir instruções sobre título; conceder caução, penhor e alienação fiduciária; contrair empréstimos, confessar dívida, transferir numerários, receber e dar quitação, firmar compromissos; prestar tudo quanto for necessário, estipular cláusulas e condições, mesmo penais, para os negócios que realizar; assinar escrituras de qualquer natureza; representá-la em todos os atos que depender de sua anuência; representá-la em Juízo ou fora dele, no foro em geral, com poderes para desistir, podendo finalmente, substabelecer esta, como lhe convier e, enfim, praticar todos os atos necessários ao fiel cumprimento do presente instrumento de mandato.

Macapá/AP., 14 de outubro de 2005.


F A TOBELEM – ME
Outorgante
Francilene Araújo Tobelem
CPF/MF n.º 432.450.802-04




SANTOS KARLOS PIMENTEL
Escrivente
Jacá

(...)

Como visto, essa gama de fatos indiciários apontam, de forma cabal, que **o Sr. José Samuel Alcolumbre Tobelem** não é apenas representante legal da firma individual via procuração (instrumento do mandato), é muito mais que isso, é sócio de fato, gerente e administrador da F.A. TOBLEM, desde sua constituição em 1996. Portanto, há mais de 20 (vinte) anos. É uma trajetória de décadas à frente da gerência e administração da firma individual constituída em nome de membro de sua família, no caso a esposa a Sra. Francilene Araújo Tobelem, titular de direito da F.A. TOBLEM-ME.

Nesse contexto, o fisco federal, particularmente quanto ao ano-calendário 2006, apurou subtração indevida de tributos federais na ordem de R\$ **4.530.204,24**, em tese crime contra a ordem tributária cominado no art.1º da Lei 8.137/90.

Ainda, **o Sr. José Samuel Alcolumbre Tobelem, por ser sócio de fato e administrador da F.A. TOBLEM - ME**, pelos fatos indiciários apurados pela fisco, foi-lhe imputada a Responsabilidade Solidária pelo crédito tributário (e-fls. 1253/1259), pois, além de tudo auferiu proveito econômico em face da subtração de tributos federais, pois omitiu, de forma dolosa, receita bruta tributável na ordem de mais de 94% (noventa e quatro por cento) no ano-calendário 2006, quanto aos tributos federais do Simples Federal.

Assim, diversamente do alegado pela recorrente, a expedição das RMF deu-se, rigorosamente, nos termos da legislação de regência, conforme relatório transcrito acima.

Por tudo que foi exposto, rejeito a preliminar de nulidade suscitada, por inexistência de quebra do sigilo bancário, pois houve transferência do sigilo dos bancos ao fisco, na forma da legislação de regência.

PROTESTO GENÉRICO POR PRODUÇÃO DE PROVA/PEDIDO DE DILIGÊNCIA. PROPÓSITO PROTELATÓRIO DA EXIGÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PEDIDO REJEITADO

Como já demonstrado, a recorrente não forneceu o livro Caixa, não forneceu os extratos bancários à fiscalização da RFB, ou seja, sempre se esquivou de produzir prova na fase de fiscalização, inclusive, sumiu do endereço onde funcionava, e não comunicou ao fisco a mudança de endereço.

Sequer juntou aos autos o alegado instrumento de contrato de representação comercial por conta de terceiros.

Ora, *data venia*, é um contrassenso da recorrente, agora, nesta instância recursal, ainda protestar por juntada posterior de provas e apresentar pedido de realização de diligência.

A recorrente o que mais fez, sempre, desde que iniciou a fiscalização da Receita Federal, foi se esquivar, dificultar o trabalho da fiscalização não apresentou os extratos bancários e, até agora, não apresentou a escrituração contábil do ano-calendário 2006.

O contribuinte do Simples tem a obrigação de escriturar e apresentar o livro Caixa e ou livro Diário com seu Razão Auxiliar, e documentos de suporte dos registros contábeis.

É flagrante que, para análise do mérito da lide, nada mais há para trazer aos autos e para ser esclarecido, elucidado, para solução da controvérsia, para formação da convicção do julgador.

O processo está maduro, pronto, para julgamento do mérito do litígio.

Os pedidos citados são meramente protelatórios, no sentido de adiar, ainda mais, a exigência legal e legítima do crédito tributário constituído pelos autos de infração do Simples Federal, ano-calendário 2006.

Ainda, ao alegar fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do fisco, o ônus probatório é do sujeito passivo, conforme art. 373, II, CPC/2015, de aplicação subsidiária ao processo administrativo fiscal.

E o momento para produção de provas é por ocasião da apresentação da impugnação na primeira instância de julgamento e complementação de provas na instância recursal ordinária do CARF (juntada aos autos) por ocasião da apresentação do recurso voluntário.

No caso, indefere-se o pedido genérico para produção posterior de provas, diligência e/ou perícia, pois são desnecessários para resolução da lide e ainda foram formulados em desacordo com o art. 16, IV, do Decreto nº 70.235/72..

A diligência fiscal não se presta a substituir a parte na produção de prova, cujo ônus probatório é seu quanto aos alegados fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do fisco (defesa de mérito indireta), como já dito antes.

Na defesa de mérito direta, no caso de negação da ocorrência do fato gerador, também, é ônus da recorrente comprovar os fatos alegados.

A perícia técnico - contábil não é meio de prova para comprovação de fato que possa ser feito mediante a mera apresentação ou juntada de documentos cuja guarda e conservação compete ao contribuinte, mas sim para esclarecimento de pontos duvidosos que exijam conhecimentos especializados.

No caso, a contribuinte sequer apresentou a escrituração contábil do ano-calendário 2006, objeto da autuação.

Não constitui cerceamento do direito de defesa o indeferimento do protesto genérico de produção de provas e diligência/perícia técnico-contábil considerado desnecessário, prescindível ou formulado sem atendimento aos requisitos do art. 16, IV e § 1º, do Decreto nº 70.235/72.

No caso, os precedentes deste CARF também são pela rejeição do protesto genérico para produção posterior de provas e realização de diligência, cujas ementas de julgados, a título de exemplo, transcrevo:

IMPUGNAÇÃO. PROTESTO GENÉRICO PELA PRODUÇÃO DE PROVA. INADMISSIBILIDADE. As regras do Processo Administrativo Fiscal estabelecem que a impugnação deverá ser instruída com os documentos em que se fundamentar, mencionando, ainda, os argumentos pertinentes e as provas que o reclamante julgar relevantes. Assim, não se configurando nenhuma das hipóteses do § 4º do art. 16 do Decreto 70.235/72, não poderá ser acatado o pedido genérico pela produção posterior de prova. (Acórdão nº 30239.633, sessão de 08/07/2008, Relatora Judith Amaral Marcondes Armando).

PROTESTO GENÉRICO PELA JUNTADA DE DOCUMENTOS. PEDIDO DE DILIGÊNCIA E/OU PERÍCIA. INDEFERIMENTO. Indefere-se o pedido de diligência e/ou perícia, quando a documentação constante dos autos revela-se suficiente para formação da convicção do julgador e consequente solução do litígio, e quando visa à produção de provas cujo ônus é do contribuinte. (Acórdão nº 280101.866, sessão de 28/09/2011, Relator Antonio de Pádua Athayde Magalhães).

PROTESTO GENÉRICO PELA PRODUÇÃO DE PROVA. É inadmissível o pleito genérico para produção posterior de provas ou perícias. (Acórdão nº 303-34.568, sessão de 15/08/2007, Relator Sílvio Marcos Barcelos Fiúza).

DILIGÊNCIA OU PERÍCIA. Indefere-se o pedido de diligência ou perícia, cujo objetivo é instruir o processo com as provas que o recorrente deveria produzir em sua defesa, juntamente com a peça impugnatória ou recursal, quando restar evidenciado que o mesmo poderia trazê-las aos autos, se de fato existissem. (Acórdão nº 10248.141, de 25/01/2007).

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO. A admissibilidade de diligência ou perícia, por não se constituir em direito do autuado, depende do livre convencimento da autoridade julgadora como meio de melhor apurar os fatos, podendo como tal dispensar quando entender desnecessárias ao deslinde da questão. Ademais, tem-se como não formulado o pedido de perícia que deixa de atender aos requisitos do inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, principalmente quando este se revela prescindível. (Acórdão nº 193.00.018, sessão de 13/10/2008).

PERÍCIA.DESNECESSIDADE. Deve ser indeferido o pedido de perícia, quando o exame de um técnico é desnecessário à solução da controvérsia, apenas circunscrita à matéria contábil e aos argumentos jurídicos ordinariamente compreendidos na

esfera do saber do julgador.(Acórdão nº 10222.937, sessão de 28/03/2007).

PEDIDO DE PERÍCIA TÉCNICA CONTÁBIL. MEIO DE PROVA DESNECESSÁRIO. INDEFERIMENTO. O pedido de perícia técnica, para análise de dados que integram a escrituração contábil e já presentes nos autos, demonstra intenção protelatória e não caracteriza cerceamento do direito de defesa quando indeferido. A autoridade julgadora é livre para formar sua convicção devidamente motivada, podendo deferir perícias quando entendê-las necessárias, ou indeferir as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, sem que isto configure preterição do direito de defesa. Por se tratar de prova especial, subordinada a requisitos específicos, a perícia só pode ser admitida, pelo Julgador, quando a apuração do fato litigioso não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.(Ac. nº1802-001.006, sessão de 17/10/2011).

DILIGÊNCIA E PERÍCIA. NEGATIVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. É incabível a realização de diligência ou perícia para responder a quesitos de natureza legal, cujo conhecimento seja elementar ou que se refiram a prova passível de produção unilateral pelo contribuinte.(Ac. 330201.280, sessão de 09/11/2011, Relator José Antonio Francisco).

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO. Não constitui cerceamento do direito de defesa o indeferimento do pedido de diligência considerada desnecessária, prescindível e formulado sem atendimento aos requisitos do art. 16, IV, do Decreto nº 70.235/72.(Acórdão nº 10249.407, sessão de 06/11/2008).

PERÍCIA.DESNECESSIDADE. Deve ser indeferido o pedido de perícia, quando o exame de um técnico é desnecessário à solução da controvérsia, apenas circunscrita à matéria contábil e aos argumentos jurídicos ordinariamente compreendidos na esfera do saber do julgador.(Acórdão nº 10222.937, sessão de 28/03/2007).

ASSUNTO:PERÍCIA/DILIGÊNCIA – PRESCINDIBILIDADE– A perícia se reserva à elucidação de pontos duvidosos que requeiram conhecimentos especializados para deslinde do litígio, não se justificando quando o fato puder ser demonstrado pela juntada de documentos (Acórdão CSRF 10705.810, Relatora Karem Jureidini Dias).

DILIGÊNCIA OU PERÍCIA. Indefere-se o pedido de diligência ou perícia, cujo objetivo é instruir o processo com as provas que o recorrente deveria produzir em sua defesa, juntamente com a peça impugnatória ou recursal, quando restar evidenciado que o mesmo poderia trazê-las aos autos, se de fato existissem.(Acórdão nº 10248.141, de 25/01/2007)

Por tudo que foi exposto, rejeito o pedido genérico de juntada posterior de provas e o pedido de diligência.

OMISSÃO DE RECEITAS. ANO-CALENDÁRIO 2006

O fisco imputou:

a) Infração omissão de receitas - Depósitos Bancários Não Escriturados e de Origem Não Comprovada - presunção de legal, art. 42 da Lei 9.430/96 (prova indireta);

b) Infração omissão de receitas Art. 24 da Lei 9.249/95) (prova direta): vendas efetuadas a crédito, mediante aceitação de cartões de crédito/débito. Informações e dados de vendas repassados pelas operadoras de cartões de crédito (circularização).

A recorrente alegou, nas razões de defesa:

- que a omissão de receitas estaria estribada apenas em extratos bancários e que depósitos não configuram renda (acréscimo patrimonial);
- que foram computadas receitas das filiais nas receitas da matriz;
- que em face de contrato de representação comercial com Amazônia Celular S/A (por conta e ordem de terceiros), teria apenas receitas de comissão (até 20%) e que 80% das receitas seriam então de terceiros (valores transferidos, repassados);
- que o fisco não pode tributar 100% da receita bruta na pessoa da recorrente (*bis in idem*), pois 80% teriam sido repassados a terceiros (Amazônia Celular S/A).

Não procede a irresignação da recorrente.

A questão da representação comercial, por conta e ordem de terceiros, não restou comprovada nos autos, pois a recorrente não apresentou a escrituração contábil, conforme art. 923 do RIR/99, não apresentou o instrumento do alegado contrato de representação comercial e não produziu prova das alegadas transferências (repasso ou devolução das receitas de terceiros).

Na verdade, a contribuinte apenas juntou aos autos alguns depósitos, pagamentos, de mercadorias adquiridas da Amazônia Celular S/A (mercadorias para revenda, em nome próprio e por sua conta e risco).

A matéria já foi enfrentada, exaustivamente, quando da apreciação da Preliminar de Nulidade do Lançamento Fiscal por ilegitimidade passiva. A preliminar foi rejeitada pela inexistência de vício que pudesse macular ou inquirir de nulidade o lançamento fiscal.

A base de cálculo das infrações omissão de receitas está correta, não merece reparo algum o lançamento fiscal.

Quanto às receita bruta das filiais somadas às receita bruta da matriz, cujo montante global foi objeto do lançamento fiscal objeto destes autos, também, a matéria já foi enfrentada, anteriormente, em sede de preliminar de nulidade por ilegitimidade passiva, que restou rejeitada por inexistência de vício que o pudesse macular de nulidade.

Ademais, cabe ainda acrescentar, em relação a cada uma das citadas infrações:

Depósitos Bancários Não Escriturados e de Origem Não Comprovada.
Omissão de receitas - presunção de legal, art. 42 da Lei 9.430/96 (prova indireta):

Quanto à omissão de receitas por presunção legal (art 42 da Lei 9.430/96 c/c Lei 9.317/96): isso implicou inversão do ônus probatório.

O ônus da prova de que não ocorreu a omissão de receitas é do sujeito passivo.

Caracterizam como omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito, poupança e/ou investimento, junto à 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.

Para imputação por presunção legal da infração omissão de receitas (**fato probando**) basta que o fisco comprove a ocorrência do **fato indiciário**, ou seja, a existência de extratos bancários de conta corrente cuja movimentação financeira bancária não foi registrada na escrituração contábil/fiscal e a pessoa jurídica, embora intimada, não comprove a origem dos recursos ingressados a crédito nas suas contas correntes bancárias.

No caso, a recorrente, embora intimada e reatada, sequer apresentou a escrituração contábil do ano-calendário 2006.

Mediante RMF o fisco conseguiu obter o extratos bancários, os quais constam dos autos.

A contribuinte foi intimada a comprovar **a origem** dos depósitos a crédito nas suas contas correntes bancárias do ano-calendário 2006, onde a fiscalização identificou, discriminou, um por um, crédito por crédito (individualizou operação por operação, data, valor do depósito, conta corrente e banco), na forma do art. 42 da Lei 9.430/96, conforme demonstrativo anexo à intimação fiscal de 09/02/2010 (e-fls. 945/1058).

Processo nº 10235.001610/2009-77
Acórdão n.º 1401-004.199

S1-C4T1
Fl. 1.531

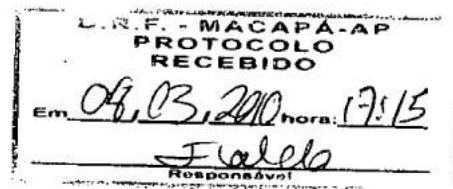
A contribuinte tomou ciência dessa intimação fiscal e anexos, para que pudesse comprovar a origem dos créditos identificados em suas contas correntes bancárias, em 11/02/2010, conforme AR e Extrato de Entrega dos Correios (e-fls. 5059/1060).

Mas, na sequência, em 03/03/2010, a contribuinte limitou-se a informar ao fisco que estava impossibilitada de atender ao solicitado (e-fls. 662), *in verbis*:

(...)

De: FRANCILENE ARAÚJO TOBELEM – CPF: 432.450.802-04
Para: Antonio Serravalle Santos - AFTN

Caro da Paz



Prezado Senhor,

Em atenção ao Termo de Intimação Fiscal 004 datada de 09/02/2010, tenho a informar que, conforme havia informado anteriormente, a contabilidade da empresa era efetuada e os documentos arquivados no escritório de contabilidade do antigo contador da empresa, Sr. Andre Luiz Arguelles e o mesmo não reside mais no Estado. Desta forma, inobstante meu esforço para tentar localizar o contador, até o presente momento não foi possível encontrá-lo.

Portanto, não será possível, neste momento, atender o solicitado na referida intimação, posto que a maioria dos documentos contábil e fiscal da empresa não foram devolvidos pelo citado profissional.

Atenciosamente,


FRANCILENE ARAÚJO TOBELEM

(...)

Assim, decorrido 01 (um) ano de procedimento de fiscalização instaurado em face da contribuinte, o fisco finalmente, por reunido, colhido as provas suficientes da prática de infrações tributárias, então em 18/03/2010 lavrou os autos de infração do Simples Federal, ano-calendário 2006 (e-fls. 1142/1252), imputando as infrações objeto dos autos e uma delas é,

justamente, a infração em tela **omissão de receitas (depósitos bancários não escriturados, não declarados e de origem não comprovada)**.

Ou seja:

A partir do fato indiciário depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada (**fato conhecido**) presume-se (presunção legal) a ocorrência ou existência de omissão de receitas, ou seja, receitas à margem da tributação(**fato probando**).

A presunção legal de omissão de receitas tem caráter relativo e inverte o ônus da prova.

O ônus probatório da não ocorrência do fato probando - omissão de receitas - é do sujeito passivo, que poderá afastá-la, arrostar, mediante produção de prova hábil, idônea, cabal, em contrário.

No caso, o sujeito passivo não se desincumbiu desse ônus probatório, seja durante a fiscalização, seja na fase processual, pois tanto na primeira instância de julgamento quanto nesta instância recursal ordinária do CARF, não produziu prova hábil, idônea, cabal, que pudesse afastar a presunção legal da omissão de receitas imputada pelo fisco.

Diversamente do entendimento da recorrente, por ter restado não comprovada a origem dos depósitos bancários a crédito nas contas correntes bancárias da autuada, embora intimada a comprovar, deixou de comprovar, então o fisco, por presunção legal, imputou a infração **Omissão de Receitas Depósitos Bancários de Origem Não Comprovada** (Lei nº 9.430/96, art. 42).

Como já dito, o ônus da prova de que não houve omissão de receitas é da recorrente sim, pois o art. 42 da Lei nº 9.430/96, que encerra presunção legal, tem o condão de inverter o ônus probatório.

No caso de presunção legal, como já dito, o ônus probatório, por conseguinte, não é de quem acusa a existência de infração tributária, mais sim do acusado que deverá fazer prova, de que não cometeu a infração imputada, ou seja, de que não ocorreu a omissão de receitas.

Portanto, é uma presunção legal relativa que pode ser afastada, arrostada, por provas hábeis e idôneas.

Entretanto, a recorrente, como já dito, não se desincumbiu do seu ônus probatório.

Para fisco compete, apenas, comprovar a existência de depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada, com lastro em extratos bancários (prova indiciária) da presunção de omissão de receitas.

Como demonstrado, o fisco pode presumir a omissão de receitas (depósitos bancários de origem não comprovada), quando a contribuinte, regularmente intimada, não comprove através de documentos hábeis e idôneos a origem dos depósitos a crédito em suas contas bancárias, uma vez que não mais se aplica a Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de

Recursos e, também, não se aplicam os precedentes jurisprudenciais calcados em legislação revogada, em face do art. 42 da Lei 9.430/96

Isto porque existem duas realidades distintas no que se refere ao uso da movimentação financeira bancária para a caracterização da omissão de receitas, sendo uma com base no art. 6º, § 5º, da Lei nº 8.021/1990 (dispositivo revogado pela Lei nº 9.430/96), e a outra com base no art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

Veja.

Lei nº 8.021/1990:

"Art. 6º. O lançamento de ofício, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando e os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza. (...)

§ 5º O arbitramento poderá ainda ser efetuado com base em depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações."[revogado]

Lei nº 9.430/1996:

"Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantido 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".

Com base nos dispositivos acima transcritos, verifica-se que o que distingue uma realidade da outra é que a partir de 01/01/1997 entrada em vigor da Lei nº 9.430/96 (art. 42) a existência de depósitos não escriturados ou de origem não comprovada tornou-se uma nova hipótese legal de presunção de omissão de receitas, que veio se juntar às outras já existentes no ordenamento jurídico, sendo que, a partir daí, atenuou-se a carga probatória atribuída ao fisco, que precisa apenas demonstrar a existência de depósitos bancários não escriturados ou de origem não comprovada, mediante extratos bancários, para satisfazer o *onus probandi* a seu cargo.

Antes, tal previsão legal para depósitos bancários inexistia e, com isso, o fisco necessitava, nos estritos termos do art. 6º, caput, e § 5º, da Lei nº 8.021/1990, não apenas constatar, comprovar, a existência dos depósitos bancários, mas estabelecer uma conexão, um nexo causal, entre tais depósitos e alguma exteriorização de riqueza, renda consumida e/ou operação concreta do sujeito passivo que pudesse dar ensejo à omissão de receitas.

O fato é que, após a edição da Lei nº 9.430/1996, a movimentação bancária mantida ao largo da escrituração contábil da empresa ou sem comprovação da origem, presume-se realizada com valores omitidos à tributação, salvo prova em contrário, e não mais se aplica, portanto, o entendimento exarado na Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos pois calcada em legislação de antanho, revogada.

Para fatos geradores a partir de 1º/01/1997, no tocante à omissão de rendimentos/receitas com base em depósitos bancários de origem não comprovada, tem vigência única e plenamente o art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

Esse diploma legal, como já dito alhures, encerra presunção legal que implica inversão do ônus da prova.

O ônus da prova de que não houve omissão de receitas/rendimentos é da contribuinte.

Não há que se falar em necessidade do fisco provar sinais exteriores de riqueza ou prova do consumo da renda para tributar depósitos bancários de origem não comprovada pelo contribuinte, conforme matéria já sumulada por este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais CARF, *in verbis*:

Súmula CARF nº 26:

A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.

Como demonstrado, o depósito bancário a crédito não escriturado e de origem não comprovada é rendimento tributável (acréscimo patrimonial), por presunção legal.

Esse entendimento encontra-se, também, pacificado no âmbito deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, cujos precedentes transcrevo (ementas de julgados, acórdãos), *in verbis*:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA -IRPJ. Exercício: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITAS. Caracterizam omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantidos junto à instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.(Acórdão nº 108 09.836, sessão de 05 de fevereiro de 2009, Relatora Valéria Cabral Géo Verçoza).

ASSUNTO: IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA Ano-calendário: 2002 a 2004. Ementa: IRPJ — DEPÓSITOS BANCÁRIOS — OMISSÃO DE RECEITAS PRESUNÇÃO LEGAL Caracterizam como omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito junto à 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.(Acórdão nº 101 97.116, sessão de 05 de fevereiro de 2009, Relator Valmir Sandri).

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE — SIMPLES Exercício: 2003, 2004. Ementa: OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA—PROCEDÊNCIA. Caracterizam omissão de receita 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. ÔNUS DA PROVA. PRESUNÇÃO LEGAL Em se tratando de presunção legal, cabe ao Fisco a prova do fato indiciário. Ao contribuinte incumbe provar que o fato indiciário não leva, em seu caso concreto, ao fato presumido por lei. Esse ônus não pode ser transferido pelo contribuinte à Administração Tributária.(Acórdão nº 10517.369, sessão de 17 de dezembro de 2008, Relator Waldir Veiga Rocha).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF. Exercício. 2000, 2001, 2002. OMISSÃO DE RENDIMENTO. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ARTIGO 42 DA LEI Nº 9.430, DE 1996. A presunção legal de omissão de receitas, prevista no art.42, da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza o lançamento com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo. ÔNUS DA PROVA. Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários.(Acórdão nº 10249.393, sessão de 06 de novembro de 2008. Relatora Núbia Matos Moura).

Assunto: SIMPLES NACIONAL. EXERCÍCIO: 2004, 2005 Ementa: PRESUNÇÃO LEGAL. OMISSÃO DE RECEITAS DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ARTIGO 42, DA LEI Nº. 9.430, DE 1996. Caracteriza omissão de rendimentos a existência de 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. PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS DO ÔNUS DA PROVA. As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as

quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei. (Acórdão nº 195-00.088, sessão 09 de dezembro de 2008, Relator Benedito Celso Benicio Junior).

Ainda, apenas a título de argumentação, não há conflito entre o art. 42 da Lei nº 9.430/96, que presume como rendimento omitido os valores creditados em conta de depósitos para os quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprove sua origem, e os arts. 43 e 44 do Código Tributário Nacional que definem o fato gerador do imposto de renda – IR e o conceito de renda da Constituição Federal.

Eventual antinomia entre as normas citadas somente poderia ser resolvido no âmbito de declaração de inconstitucionalidade das normas pelo Poder Judiciário, não sendo competência do CARF o enfrentamento, no mérito, dessa questão, conforme Súmula CARF nº 02, cujo verbete transcrevo, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Na fase de fiscalização, como já demonstrado, a contribuinte, embora intimada a comprovar a origem dos depósitos bancários, não se desincumbiu desse ônus probatório para afastar a omissão de receitas.

Já na fase processual, tanto na primeira instância de julgamento, quanto nesta fase recursal, o sujeito passivo, também, não produziu provas para afastar, elidir, a omissão de receitas com base em depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada.

Portanto, deve ser mantida a infração imputada “OMISSÃO DE RECEITAS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. Não há reparo a fazer na decisão recorrida.

Infração omissão de receitas - vendas mediante utilização pelos clientes de cartão de crédito. Art. 24 da Lei 9.249/95) (prova direta):

O contribuinte do Simples Federal está obrigado a escriturar, pelo menos, o livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária, e o livro Registro de Inventário (art. 7º, da Lei nº 9.317, de 1996.

Intimada a contribuinte e reintimada, durante do procedimento fiscal, não apresentou os livros Caixa ou Diário, Razão Auxiliar e extratos bancários.

A partir da circularização de empresas operadoras de cartões de créditos, conforme **Relatório Fiscal** (e-fls. 1135/1141), **parte integrante dos autos de infração**, a fiscalização da RFB obteve dados das operações de vendas (relatório das receitas de vendas, ano-calendário 2006), **por meio da aceitação de cartão de crédito como meio de pagamento (nas modalidades de crédito e débito)** e que transcrevo excerto, *verbis*:

(...)

12. Foram intimadas a Companhia Brasileira de Meios de Pagamento, CNPJ nº 01.027.058/0001-91 (Visanet) e a Redecard S. A. (Sistema Redecard: bandeiras Mastercard e Diners), CNPJ nº 01.425.787/0001-04, a informar os valores dos créditos resultantes de fornecimentos pela fiscalizada, realizados por meio da aceitação de cartão de crédito como meio de pagamento (nas modalidades de crédito e débito), mensalmente, durante o ano-calendário de 2006, ou seja, as vendas efetuadas pela fiscalizada, mensalmente, durante aquele ano, mediante a aceitação de cartão de crédito como meio de pagamento (nas modalidades de crédito e débito), fls. 204 a 207 e 239.

13. A Companhia Brasileira de Meios de Pagamento (Visanet) apresentou um relatório das vendas efetuadas pela fiscalizada, mediante a aceitação de cartão de crédito como meio de pagamento (nas modalidades de crédito e débito), mensalmente, durante o ano-calendário de 2006, fls. 240 a 324.

(...)

15. A Redecard S. A. (Sistema Redecard: bandeiras Mastercard e Diners) apresentou um relatório das vendas efetuadas pela fiscalizada, mediante a aceitação de cartão de crédito como meio de pagamento (nas modalidades de crédito e débito), mensalmente, durante o ano-calendário de 2006, fls. 338 a 361.

(...)

Como demonstrado, o fisco obteve prova direta da infração em tela.

Não há ajuste a fazer na base cálculo, pois- como já enfrentado antes - o sujeito passivo não comprovou os alegados fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do fisco (crédito tributário objeto dos autos), ou seja:

a) não comprovou que parte das receitas seria de terceiros, por conta e risco de terceiros (não apresentou escrituração contábil na forma do art. 923 do RIR/99). A matéria já foi enfrentada quando da análise da preliminar de nulidade por ilegitimidade passiva e que foi rejeitada pela inexistência de vício no lançamento fiscal;

b) quanto a alegação de que o fisco não poderia tributar o valor global das receitas (matriz e filiais), a matéria também já foi enfrentada quando do anáise da preliminar de

nulidade de ilegitimidade passiva suscitada e que restou rejeitada, pela inexistência de vício no lançamento fiscal.

Na verdade, a contribuinte é uma empresa do Simples Federal, no caso do ano-calendário 2006, objeto dos autos.

O Simples um sistema simplificado de apuração dos tributos federais.

O recolhimento dos impostos da filial será feito junto com o da matriz pela soma das vendas em conjunto, o que gera custos menores. Esse é o escopo da legislação do regime de tributação do Simples Federal.

Logo, sim, a receita bruta (faturamento), quanto ano-calendário 2006, da F.A. TOBELEM - ME, CNPJ nºs 01.092.730/0001-22 (matriz), envolve, engloba, computa, as receitas das filiais 01.092.730/0008-07 e 01.092.730/0009-80.

Portanto, a infração deve ser mantida. Não cabe fazer reparo à decisão recorrida, deve ser mantida.

INSUFICIÊNCIA DE PAGAMENTO DOS TRIBUTOS DO SIMPLES QUANTO À RECEITA BRUTA INFORMADA NA DECLARAÇÃO DO SIMPLES. ANO-CALENDÁRIO 2006 E ALÍQUOTAS APLICADAS EM RELAÇÃO A TODAS AS INFRAÇÕES IMPUTADAS

Como última infração, o fisco imputou a infração (reflexa): **Insuficiência de pagamento dos tributos do Simples, quanto à receita bruta informada na declaração do Simples, ano-calendário 2006 (contribuinte utilizou alíquota menor na apuração dos tributos do Simples, quanto à receita bruta acumulada até o mês de referência) - infração reflexa das omissões de receitas.**

- a recorrente alegou que as alíquotas do Simples Federal, ano-calendário 2006, aplicadas pela fiscalização estão incorretas ou inexistentes quanto a todas as infrações imputadas.

Não procede a irresignação da recorrente.

Em relação ao valor global da receita bruta tributado (matriz + filiais), essa matéria já foi enfrentada anteriormente.

Em resumo, o fisco aplicou as alíquotas do Simples Federal vigentes no ano-calendário 2006, conforme Lei nº 11.307/2006 (art. 1º), conversão da MP 275, de 2005, demonstradas no auto de infração, conforme Planilha abaixo:

DEMONSTRATIVO DE PERCENTUAIS APLICÁVEIS SOBRE A RECEITA BRUTA (e-fl. 1211):

<i>DEMONSTRATIVO DE PERCENTUAIS APLICÁVEIS SOBRE A RECEITA BRUTA Mês/Ano</i>	<i>Receita Bruta Mensal (Decl.) (R\$)</i>	<i>Dif. Apuradas (R\$)</i>	<i>Receita Bruta Acumulada (R\$)</i>	<i>% Total SIMPLES</i>
01/2006	66.514,80	1.462.066,30	1.528.581,10	9,80
02/2006	68.163,00	803.255,90		12,60
02/2006	0,00	265.806,15		15,12
			2.665.806,15	
03/2006	70.232,10	1.253.235,53	3.989.273,78	15,12
04/2006	72.729,00	1.160.859,52	5.222.862,30	15,12
05/2006	72.915,10	1.282.294,88	6.578.072,28	15,12
06/2006	75.531,60	819.098,96	7.472.702,84	15,12
07/2006	75.142,30	1.100.638,98	8.648.484,12	15,12
08/2006	75.956,20	1.132.857,62	9.857.297,94	15,12
09/2006	74.816,00	795.116,46	10.727.230,40	15,12
10/2006	78.204,31	1.491.564,42	12.296.999,13	15,12
11/2006	82.103,49	1.313.392,81	13.692.495,43	15,12
12/2006	89.548,90	1.320.047,41	15.102.091,74	15,12

O percentual global por faixa de receita bruta acumulada para respectivo mês de apuração é distribuído por tributo.

Tomando, por exemplo, o mês de **janeiro/2006**, fazendo decomposição da alíquota global **9,80%** para cada tributo (e-fls. 1198/1210):

- IRPJ 0,68%
- CSLL 0,68%
- PIS 0,51%
- Cofins 2,05%
- INSS 5,88%

Total = 9,80%

A alíquota global do Simples Federal aumenta, sobe conforme sobe a receita bruta acumulada para respectivo PA mensal, tudo conforme previsto em lei.

Veja, agora, outro exemplo, o caso de fevereiro/2006, cuja alíquota global é 12,60%, fazendo a decomposição para cada tributo:

- IRPJ 0,89%;
- CSLL 0,89\$
- PIS 0,65%
- Cofins 2,61%
- INSS 7,56%
- Total = 12,60%**

Obs:

(i) A legislação quanto às alíquotas aplicadas de 9,80% e 12,60%, AC 2006, está citada no auto de infração, de forma expressa (e-fls.1211/1212):

a) **alíquota de 9,80%** decomposta por tributo do Simples Federal, faixa de renda (receita bruta acumulada) até R\$ 1.528.581,10 e que transcrevo:

(...)

ENQUADRAMENTO LEGAL

PIS	0,51%	Art. 23, inciso II, alínea "m", item 4 da Lei nº 9.317/96, com a redação do art. 1º da Medida Provisória nº 275/2005 convertida na Lei 11.307 de 19 de maio de 2006.
CSLL	0,68%	Art. 23, inciso II, alínea "m", item 2 da Lei nº 9.317/96, com a redação do art. 1º da Medida Provisória nº 275/2005 convertida na Lei 11.307 de 19 de maio de 2006.
IRPJ	0,68%	Art. 23, inciso II, alínea "m", item 1 da Lei nº 9.317/96, com a redação do art. 1º da Medida Provisória nº 275/2005 convertida na Lei 11.307 de 19 de maio de 2006.
COFINS	2,05%	Art. 23, inciso II, alínea "m", item 3 da Lei nº 9.317/96, com a redação do art. 1º da Medida Provisória nº 275/2005 convertida na Lei 11.307 de 19 de maio de 2006.
INSS	5,88%	Art. 23, inciso II, alínea "m", item 5 da Lei nº 9.317/96, com a redação do art. 1º da Medida Provisória nº 275/2005 convertida na Lei 11.307 de 19 de maio de 2006.

(...)

b) **alíquota de 12,60%** decomposta por tributo do Simples Federal, faixa de alíquota de renda (receita bruta acumulada) entre R\$ 1.528.581,10 e até R\$ 2.400.000,00 e que transcrevo:

(...)

ENQUADRAMENTO LEGAL

PIS	0,65%	Art. 23, inciso II, alínea "t", item 4 da Lei nº 9.317/96, com a redação do art. 1º da Medida Provisória nº 275/2005 convertida na Lei 11.307 de 19 de maio de 2006.
CSLL	0,89%	Art. 23, inciso II, alínea "t", item 2 da Lei nº 9.317/96, com a redação do art. 1º da Medida Provisória nº 275/2005 convertida na Lei 11.307 de 19 de maio de 2006.
IRPJ	0,89%	Art. 23, inciso II, alínea "t", item 1 da Lei nº 9.317/96, com a redação do art. 1º da Medida Provisória nº 275/2005 convertida na Lei 11.307 de 19 de maio de 2006.
COFINS	2,61%	Art. 23, inciso II, alínea "t", item 3 da Lei nº 9.317/96, com a redação do art. 1º da Medida Provisória nº 275/2005 convertida na Lei 11.307 de 19 de maio de 2006.
INSS	7,56%	Art. 23, inciso II, alínea "t", item 5 da Lei nº 9.317/96, com a redação do art. 1º da Medida Provisória nº 275/2005 convertida na Lei 11.307 de 19 de maio de 2006.

(...)

c) Quanto à última faixa de alíquota da tabela acima 15,12% (acréscimo de 20% em relação à faixa anterior), também está citada no auto de infração, ou seja, Lei nº 11.307/2006 (art. 1º), *in verbis*:

(...)

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

(...)

A alíquota de 15,12% decomposta por tributo do Simples Federal, faixa de alíquota de renda (receita bruta acumulada) acima de **R\$ 2.400.000,00** e que transcrevo:

(...)

ENQUADRAMENTO LEGAL

PIS	0,78%	Art. 23, inciso II, alínea "i", item 4, § 3º da Lei nº 9.317/96, com a redação do art. 1º da Medida Provisória nº 275/2005 convertida na Lei 11.307 de 19 de maio de 2006.
CSLL	1,068%	Art. 23, inciso II, alínea "i", item 2, § 3º da Lei nº 9.317/96, com a redação do art. 1º da Medida Provisória nº 275/2005 convertida na Lei 11.307 de 19 de maio de 2006.
IRPJ	1,068%	Art. 23, inciso II, alínea "i", item 1, § 3º da Lei nº 9.317/96, com a redação do art. 1º da Medida Provisória nº 275/2005 convertida na Lei 11.307 de 19 de maio de 2006.
COFINS	3,132%	Art. 23, inciso II, alínea "i", item 3, § 3º da Lei nº 9.317/96, com a redação do art. 1º da Medida Provisória nº 275/2005 convertida na Lei 11.307 de 19 de maio de 2006.
INSS	9,072%	Art. 23, inciso II, alínea "i", item 5, § 3º da Lei nº 9.317/96, com a redação do art. 1º da Medida Provisória nº 275/2005 convertida na Lei 11.307 de 19 de maio de 2006.

(...)

Assim, a legislação de regência das alíquotas aplicadas do Simples Federal está corretamente citada e aplicada nos autos de infração

Ainda, está correta a base de cálculo apurada para o ano-calendário 2006.

Não tem plausibilidade fático-jurídica a irresignação da recorrente, portanto.

Por conseguinte, não há reparo a fazer no lançamento fiscal.

Por tudo que foi exposto, voto para não conhecer do recurso do Sr. José Manuel Alcolumbre Tobelem e quanto ao recurso voluntário da contribuinte, rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas, o pedido de diligência e o protesto genérico por juntada posterior de provas para, no mérito, negar provimento.

(assinado digitalmente)

Nelso Kichel