

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

Processo nº 10280.720190/2007-14
Recurso nº 166.180 Voluntário
Acórdão nº 1201-00.157 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de agosto de 2009
Matéria Simples
Recorrente Cesta Básica Comércio e Distribuidor de Alimentos
Recorrida 2ª Turma/DRJ-Belém/PA

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

Exercício: 2004

Ementa: **EXTRATOS BANCÁRIOS** – não há violação de sigilo bancário no caso de lançamento esteado em depósitos bancários, especialmente, se os extratos foram fornecidos pelo próprio sujeito passivo.

SIMPLES – EXCESSO DE RECEITA – o excesso de receita no ano-calendário imediatamente anterior, nos termos do art. 13, inciso II, alínea “a”, combinado com o art. 9, inciso II, da Lei 9.317/96, impede a tributação simplificada e impõe ao então optante comunicar sua própria exclusão à Fazenda. Se tal comunicação não for realizada, a autoridade fiscal, uma vez tendo comprovado o excesso de receita do ano anterior, está legitimada a promover a exclusão de ofício e, assim, promover o lançamento segundo outro regime, como o lucro real e o arbitrado, por exemplo. Essa exclusão, contudo, é procedimento prévio e exige a edição de ato declaratório nos termos do § 3º, art. 15, da mesma Lei. Se tal procedimento não for realizado, continua a valer a opção do sujeito passivo e a autoridade, ao promover a fiscalização, fica obrigada a respeitar o regime escolhido pelo administrado. Dessarte, a autuação pela sistemática simplificada não viola os direitos do autuado; pelo contrário, os resguarda.

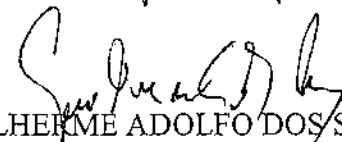
DEPÓSITOS BANCÁRIOS – com o advento da Lei 9.430/96, a presunção de omissão de rendimentos calcada em depósitos bancários adquiriu status legal e só é infirmada pela apresentação de documentação específica para cada depósito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de cerceamento do direito de defesa, no mérito, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente

julgado. Vencido o conselheiro Marcelo Cuba Neto que propunha converte o julgamento em diligencia para verificar a receita bruta do ano -calendário de 2002.


ADRIANA GOMES REGO - Presidente


GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES - Relator

EDITADO EM: 18 FEV 2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: os Conselheiros Adriana Gomes Rego (Presidente), Orlando José Gonçalves Bueno, Regis Magalhães Soares Queiroz, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Marcelo Cuba Neto(Suplente Convocado) e Antonio Carlos Guidoni Filho(Vice Presidente de Turma).

Relatório

Em ação fiscal direta em face do contribuinte em epígrafe, foram lavrados, relativamente ao ano-calendário de 2003, autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e INSS, segundo o regime de apuração do Simples Federal.

O sujeito passivo apresentou impugnação às fls. 143 a 147.

Abaixo tomo de empréstimo o relatório elaborado pela autoridade julgadora de primeiro grau acerca das referidas peças de acusação e defesa:

Versa o presente processo sobre autos de infração (fls.86/137) referentes a IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e INSS, todos apurados segundo as regras do Sistema Integrado de pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno porte – SIMPLES, importando no valor de R\$ 2.482.843,46, aí inclusos os tributos, multa de ofício (75%) e juros de mora calculados até maio/2007.

Segundo a autoridade fiscal, foi constatada a omissão de receitas (fl.87) em função de depósitos bancários, sem que o contribuinte, devidamente intimado, comprovasse a origem dos valores depositados em sua conta corrente. Além disso, teria havido insuficiência de recolhimento (fl.88).

A ação fiscal em tela foi autorizada pelo Mandado de Procedimento Fiscal nº 0210100-2006-00468-9 (fl.1), posteriormente prorrogado (fl.2) e complementado (fl.3).

Segundo o Relatório de Encerramento da Ação Fiscal (fls.139/140), a fiscalização originou-se de demanda interna, onde foi verificado que a pessoa jurídica, optante do Simples no ano-calendário 2003, realizou vendas em montante incompatível com as receitas declaradas, conforme cruzamento de informações com outros fiscos. Ainda segundo a autoridade fiscal, o contribuinte só logrou comprovar parte da origem dos créditos em conta corrente, ensejando assim apuração de créditos de origem não comprovada, tendo sido compensadas as receitas declaradas (fls.39/56). Finalmente, diz que o contribuinte apresentou os extratos bancários, não tendo apresentado os livros de apuração do ICMS, Diário, Razão, etc...

Consta ainda do processo o ANEXO I, numerado de fls.1 a 170, onde foram juntados os extratos bancários fornecidos pelo Bradesco e Banco do Brasil, referentes ao período 01/01/2003 a 31/12/2003. Referidos extratos já estão nos autos às fls.8/38 e 57/85.

Tendo tomado ciência do lançamento em 29/06/2007 (fl.86), pessoalmente, o contribuinte apresentou impugnação em

31/07/2007 (fls.143/147) através de representante legal (fl155), alegando em síntese que:

1. A exigência constante do auto de infração diz respeito a suposto crédito tributário de contribuinte optante pelo Simples, infringindo, conforme o fisco, dispositivos das Leis nºs 9.317/96 e 9.732/98;
2. Para a autoridade tributária, a empresa autuada infringiu, supostamente, o art.42 da Lei nº 9.430/96, regulamentada pelo art.287 do RIR/99;
3. Estendendo o enquadramento legal da suposta infração ao art.24 da Lei nº 9.249/95, o fisco pretende vincular a exigência fiscal à opção pelo Simples, como se essa opção fosse equivalente à opção prevista nos arts.1º a 3º da Lei nº 9.430/96, que não prevê a exclusão de ofício;
4. No caso do Simples, a opção está sujeita à exclusão de ofício, o que lhe é peculiar, tendo em vista que o Simples, nos termos dos arts. 170 e 179 da Constituição Federal, garante às microempresas e empresas de pequeno porte, tratamento jurídico diferenciado e simplificado nos campos administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial;
5. Tendo sido a ação fiscal estabelecida para descaracterização da opção – Simples, a sua transformação em operação sobre movimentação financeira incompatível, além de desvirtuar o objetivo básico da ação fiscal levou o fisco a valer-se de prova ilícita antes de solicitar os extratos ao contribuinte;
6. Através do Relatório Fiscal, é fácil concluir que o fisco diz conhecer as receitas brutas deste contribuinte, através da operação 91222 (cruzamento de informações) e da operação 91231 (movimentação financeira incompatível), significando ter ocorrido quebra de sigilo bancário do contribuinte. Tudo isso antes da anexação dos extratos bancários;
7. Como mostra o relatório de encerramento (fls.139/140), o fisco já conhecia a movimentação financeira incompatível do contribuinte desde antes de instaurada a ação fiscal o que, evidentemente, fere a regra básica do sigilo bancário/fiscal. Dessa forma, foi fácil para o fisco renovar a ação fiscal abandonando a falta de provas que encontrou no programa referente ao cruzamento de informações. Isto porque a utilização das DÍEF's da SEFA-PA não vale como prova robusta;
8. Mesmo com a vigência da Lei Complementar nº 105/2001, que fere a legitimidade do Estado Democrático de Direito, houve, no caso, utilização de prova ilícita para estabelecer acusação de omissões de receitas, pois o fisco consegue relacionar-se com a rede bancária sem prestar informações ao contribuinte, conforme prevê o inciso XXXIII do art.5º da Constituição Federal;
9. Ao submeter a planilha de depósitos bancários (fls.7/37), para exame da autuada em 04/06/2007, nada foi observado



devido à escassez de prazo. No entanto, há pelo menos três situações de afastamento desses depósitos para efeito de tributação: a primeira refere-se à “transferência entre agências” como depósito a ser tributado. Respeitado o §3º do art.287 do RIR/99, vê-se claramente que esse procedimento é absolutamente ilegal, uma vez que os créditos devem ser analisados individualizadamente; a segunda refere-se a “desbloqueio de depósito”, onde os depósitos em cheques são via de regra bloqueados, mantendo desbloqueios de acordo com os cheques depositados. Assim, é temerário afirmar que esses desbloqueios não correspondem a duplo depósito apontado pelo fisco a partir do extrato, ainda mais que um único depósito pode conter vários cheques; a terceira refere-se a “liquidação de cobrança” onde já ocorreu o desconto dessa cobrança na forma de depósito em conta corrente. A liquidação, portanto, é o novo crédito pelo pagamento do devedor;

10. Por outro lado, o estabelecimento do suposto crédito tributário de R\$ 10.964.285,30 pela opção Simples, no ano-calendário 2003, não está consoante com a legislação vigente, porquanto a eventual infração que teria sido cometida pelo sujeito passivo implicaria, em primeiro lugar, na exclusão do Simples, de ofício, por força do art.195, inciso I do RIR/99;
11. Assim sendo, o próprio fisco estabeleceu receitas que extrapolam os limites em 2002 e, apenas em janeiro de 2003, identificou supostas receitas de R\$ 1.220.000,00, o suficiente para que o fisco providenciasse a exclusão do contribuinte do Simples, na forma regimental;
12. Dessa forma, o objetivo do fisco nessa ação fiscal era providenciar a descaracterização da opção pelo Simples. Isto consta do relatório de encerramento. Não poderia valer-se do Simples para fazer lançamentos ao arrepio da legislação específica;
13. Requer, na preliminar, a anulação do auto porque o fisco valeu-se de prova ilícita, ou seja, já dispunha dos extratos bancários antes do início da ação fiscal. No mérito, a anulação de depósitos porque não se aprofundou a individualização dos mesmos junto aos bancos para verificar duplicidade quanto aos itens transferência bancária, desbloqueio e liquidação de cobrança, bem como o afastamento do crédito tributário porque o fisco efetuou o lançamento valendo-se da opção Simples da qual deveria a atuada ter sido excluída, conforme objetivos da ação fiscal, por excesso de limites.

DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU

A decisão recorrida (fls. 165 a 168) negou provimento à defesa, conforme ementa abaixo transcrita:

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

Ano-calendário: 2003

FORMA DE TRIBUTAÇÃO. OPÇÃO. DEFINITIVIDADE.

A forma como a pessoa jurídica será tributada no ano-calendário é, via de regra, opção do contribuinte. A opção efetuada pelo contribuinte será definitiva para todo o período.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. LANÇAMENTO.

A Lei nº 9430/1996 estabeleceu em seu art. 42 presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente quando o titular da conta bancária não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores depositados em sua conta de depósito.

Vale ainda destacar seus principais fundamentos.

A exclusão do Simples só poderia ser promovida, uma vez constatado o excesso de receita bruta do ano anterior e formalizado o ato declaratório de exclusão. Se não houve tais procedimentos, a autoridade fiscal está obrigada a promover o lançamento segundo a sistemática simplificadora.

Não houve lançamento com base em prova ilícita. A autoridade fiscal dispunha de informações acerca da movimentação global do contribuinte, mas não dos extratos bancários, necessários para a individualização dos depósitos. Em razão disso, promoveu intimação do sujeito passivo para apresentar tais documentos, a qual foi atendida.

Por fim, entendeu que nenhum dos tipos de depósitos (“transferência entre agências”, “desbloqueio de depósito” e “liquidação de cobrança”) autorizam dizer, em razão de sua própria natureza como pretende a defesa, que sua origem está comprovada.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

O sujeito passivo apresentou recurso voluntário, às fls. 170 a 177, mediante o qual teceu as considerações que se seguem.

Reiterou a alegação de que no ano-calendário anterior excedeu a receita bruta e que o Fisco já dispunha desta informação. Assim, estava obrigado a promover a exclusão do simples para o ano-calendário de 2003 e, desse modo, proibido de promover a tributação com base na sistemática do Simples.

No processo nº 10280.004309/2004-65, aduz poder se constatar que a empresa, apesar de optante pelo Simples relativamente ao ano-calendário de 2002, foi tributada pelo lucro arbitrado. Assim, há provas do excesso em relação ao ano anterior a 2003.

Reiterou a quebra ilegal de sigilo bancário, quando o Fisco já dispunha dos extratos.

A exclusão do simples só foi promovida com efeitos a partir de 2004 e só teve ciência do ato de exclusão depois da presente autuação, o que caracteriza cerceamento ao seu direito de defesa.

Alegou que, ao contrário do afirmado pela decisão recorrida, a receita declarada não foi deduzida da receita presumida a partir dos depósitos bancários, o que caracteriza bitributação.

Por fim, entende que não se deve confundir “a comprovação da origem dos recursos com a atividade de sua obtenção, para efeito de aplicação tributária”. Assim, por exemplo, no caso da operação constante do extrato “transferência entre agências”, o Fisco tem conhecimento de sua origem (o banco, a data, os agentes, etc). Desse modo, está a um passo de identificar a própria origem do depósito, o que lhe confere uma enorme vantagem. Não pode daí, contudo, inferir que houve omissão de receita.

É o relatório do essencial.



Voto

Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes

Quanto à preliminar acerca da violação do sigilo bancário, a defesa repete exatamente as mesmas alegações carreadas na impugnação, ou seja, de que o Fisco já dispunha dos extratos bancários e, assim, não teria mais razões para quebrar seu sigilo.

Esse ponto já foi minuciosamente tratado pela decisão da Delegacia de Julgamento, cujas razões não foram combatidas pela defesa. O que está claramente estampado na decisão recorrida é que a autoridade não dispunha, no início do procedimento de fiscalização, dos extratos, mas sim de dados globais; de indícios, portanto. Não custa também ressaltar que os extratos foram entregues pelo próprio sujeito passivo à autoridade fiscal; ou seja, nem sequer houve quebra de sigilo, quanto mais sua ilegalidade.

Relativamente à alegação de violação ao direito de defesa em razão do ato de exclusão do simples ter sido realizado após a autuação, tal alegação não guarda qualquer pertinência ao presente processo, justamente, porque o referido expediente não produz efeitos para o ano-calendário objeto do presente feito.

Quanto ao mérito, é importante fixar que, para o imposto de renda e os tributos reflexos, rege o princípio da independência entre os períodos de apuração. No caso do lucro real, por exemplo, a compensação do prejuízo fiscal dos períodos anteriores não decorre da sua sistemática intrínseca de apuração, mas sim de uma permissão legal que pode ser revogada ou modificada, tal como foi há alguns anos a implementação do limite de 30%.

Pois bem, no caso da apuração pela sistemática do Simples Federal, o ingresso no regime é realizado por meio de opção realizada pelo sujeito passivo nos termos do art. 8 da Lei 9.317/96.

Vale destacar que, para as pessoas jurídicas, a regra geral de tributação é a do lucro real. Os demais regimes, como o lucro presumido e o simplificado, são todos opcionais (exceto o arbitrado, por se tratar de regime suplementar).

Desse modo, como regra, os fatos ocorridos num período não produzem efeitos no outro período de apuração. Se uma empresa não possui escrituração regular num ano, deverá ser arbitrada sua tributação, mas não a do ano em que seus registros estão regulares.

No regime simplificado, contudo, há uma exceção. No caso de excesso de receita no ano-calendário imediatamente anterior, nos termos do art. 13, inciso II, alínea "a", combinado com o art. 9, inciso II, da já referida Lei 9.317/96, a empresa não poderá se valer do regime simplificado e está obrigada, no caso de ser optante, a comunicar sua própria exclusão à autoridade fiscal.

Se o próprio sujeito passivo não realizar a comunicação, a autoridade fiscal, uma vez tendo comprovado o excesso de receita do ano anterior, está legitimada a promover a exclusão de ofício e, assim, promover o lançamento segundo outro regime (lucro real e arbitrado, por exemplo).

Essa exclusão, contudo, é procedimento prévio e exige a edição de ato declaratório nos termos do § 3º, art. 15, da mesma Lei, que abaixo reproduzo:

§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.

Se tal procedimento não for realizado, continua a valer a opção do sujeito passivo e a autoridade, ao promover a fiscalização, fica obrigada a respeitar o regime escolhido pelo administrado.

É importante destacar que a autuação pela sistemática simplificada não viola os direitos do autuado; pelo contrário, os resguarda. O regime simplificado, além de lhe ser mais favorável, decorre de sua própria opção.

Não procede, desse modo, a alegação de que a autoridade não poderia ter adotado o regime simplificado.

A defesa persiste ainda na tese de que as receitas declaradas não foram excluídas daquelas presumidas a partir dos depósitos não comprovados.

Não é isso que afirma a autoridade fiscal à fl. 139, “o contribuinte só logrou comprovar parte da origem dos créditos em conta-corrente, ensejando assim apuração de créditos de origem não comprovada onde foram compensadas as receitas declaradas, no ano calendário 2003”.

Ademais, pelos dados do processo podemos verificar que realmente houve exclusão de receita declarada. Por exemplo, em março, o total dos depósitos não comprovados somou R\$ 852.439,94 (fl. 63), ao passo que a base lançada de R\$ 781.102,76.

A defesa, contudo, continua a afirmar que não foi excluída a receita declarada, mas de forma genérica, sem apresentar qualquer dado numérico.

Ademais, entendo que excluir a receita declarada daquela presumidamente omitida com base em depósitos não comprovados é procedimento exageradamente cauteloso, pois o dever de comprovação é por operação em termos qualitativos (a que se refere a operação) e quantitativos (qual o valor de cada operação) e esta obrigação é do sujeito passivo e não da autoridade lançadora por determinação direta da lei. A interpretação da agente – no meu entender incorreta – favoreceu *ab initio* o contribuinte, pois a receita presumida não se confunde com os valores declarados; para tal o contribuinte deveria comprovar sua vinculação.

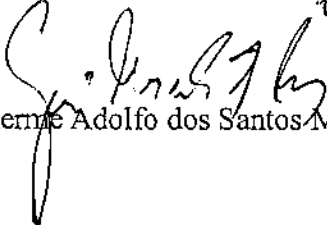
Assim, ainda que faticamente ficasse comprovada a não exclusão, a autuação não mereceria qualquer reparo.

~~Por derradeiro, a tese militada pela defesa de que os dados dos próprios extratos permitem a identificação da origem da operação e isso não deve ser confundido com a sua natureza não merece prosperar.~~

É evidente que a comprovação de origem a que faz referência o art. 42 da Lei 9.430/96 obriga ao sujeito passivo provar que o depósito advém de um fato não caracterizador

de receita ou que a receita já foi oferecida à tributação. O ônus probante é invertido a favor do Fisco.

Por todo o exposto, voto por rejeitar as preliminares suscitadas para, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário. 


Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Relator