



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

Processo nº 10380.001968/2005-01
Recurso nº 153.328
Resolução nº **1201000080 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 13 de junho de 2012
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente NR DA SILVA EPP - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolveram os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em CONVERTER o julgamento em diligência, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(documento assinado digitalmente)

Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Rafael Correia Fuso – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz (presidente), Rafael Correia Fuso, Eduardo Martins Neiva Monteiro, Darci Mendes de Carvalho Filho, João Carlos de Figueiredo Neto e André Almeida Blanco.

Relatório

A empresa, mediante Ato Declaratório Executivo nº 22 de 11 de março de 2005, foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES em razão de excesso de receita bruta no ano-calendário de 1999, em relação ao limite estabelecido no inciso do art. 9º da Lei nº 9.317/1996 (microempresa). O efeito da exclusão foi a partir de 01/01/2000.

Inconformada com a exclusão a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade de fls. 12 a 20, protocolizada em 06/05/2005, na qual alega, em síntese, o seguinte:

- Nas alegações ressalta que o solicitante não havia declarado todas as receitas oriundas da revenda de mercadorias (produtos hortifrutigranjeiros), partindo de suas constatações descritas no Termo de constatação e dos Demonstrativos dos Depósitos Bancários na conta corrente 7369-x, agência 2879 do Banco do Brasil e conta corrente 1119.022032-13 agência 1119-Maracanaú do HSBC Bank Brasil S.A., relativos ao ano calendário de 1.999 ocorrendo desta feita os efeitos da exclusão considerados à partir da data de 01/01/2000, em obediência ao disposto no art.15, inc.IV da Lei 9.317/96.

- Ocorre ilustre Julgador singular, que a impugnante jamais ou tempo algum deixou de ser optante do simples, e que os termos de constatação é um grande equívoco, haja vista que efetivamente a empresa não ultrapassou os valores de R\$1.200.000,00 (Um milhão e duzentos mil reais) à época do ano base de 1999 até 2000, e sim ocorrera um grave equívoco, sendo portanto à época realmente optante do simples, e como tal, neste deve ser tratada fiscalmente.

- Pelo que se assevera a Lei 9.317/96, não poderia a Impugnante ser excluída do simples na forma que se deu, tão pouco ser autuada da mesma forma, haja vista que o princípio da ampla defesa ainda está em vigor na nossa legislação (Carta Magna) e não poderá arcar com o ônus de elevada autuação pela exclusão de certa forma arbitrária. Em momento algum ocorreu omissão de receitas, e a dedução do ilustre fiscal que culminou no ato ora guerreado está eivado de equívocos quanto a este fato inicial. Ademais, a empresa jamais teve livros contábeis, até pela sua condição de optante do simples, portanto sempre foi optante e pelo regime do SIMPLES. Senão vejamos a seguir.

- O Ato declaratório e conseqüentemente a lavratura do Auto de Impugnação deram-se pelos motivos supra informados. No entanto referidos atos ocorreram por conclusões precipitadas e deduções ilógicas, haja vista que o agente do fisco caracterizou como agente passivo da obrigação tributária a Impugnante N R DA SILVA. Ou seja, esta difere totalmente daquela constante nos extratos bancários, pois o titular das contas correntes é a pessoa física Nascimento Raimundo Silva portador do CPF 250.001.790-72 e não a pessoa jurídica N R DA SILVA, inscrita no CNPJ sob número 02.243.401/0001-06. É FATO.

- Em momento algum, a pessoa jurídica pode ser confundida com a pessoa física, pois ambas tem natureza jurídica e objetivos diferentes, seus patrimônios não se confundem, nem tampouco suas obrigações. Não se pode imputar uma obrigação tributária a uma entidade, em que não se configura a materialização do possível fato gerador do tributo ou do possível ato de infração a legislação tributária. É uma afronta aos princípios constitucionais, fiscais, tributários, previdenciários, enfim, evidentemente violadores a qualquer ramo do direito a que se apresente.

- Os motivos que o levaram esta dought delegada a decretar o Ato declaratório e concomitantemente acatar o Auto de Infração ora discutido, está eivado de vícios.

- Vícios estes que por si só, anulam o auto ali lavrado e por via de conseqüência, o ato declaratório. Ou seja, agente do fisco conseguiu o feito de criar uma situação no mínimo duvidosa quanto ao real agente passivo da obrigação tributária, pois, os extratos de contas correntes, únicos elementos, que formam a base de sustentação do agente fiscal para o encaminhamento da formação de juízo para a decretação do Ato Declaratório de exclusão, e o auto de Infração ora guerreado não pertencem ao contribuinte AUTUADO. Ou seja, se ocorreu a "pretensa" omissão de receita, deveria o agente fiscal observar os livros de caixa e inventário,

vez que se tratava de empresa inscrita no SIMPLES, ocasionando assim absoluto equívoco passível da mais ampla nulidade.

- Ora, ilustre julgador, se o lançamento de ofício há de ser celebrado de maneira precisa e indubitosa, de modo a assegurar que os fatos que o ensejaram constituem, efetivamente, infração à legislação tributária. Se houver dúvida quanto à correta identificação das circunstanciais e da qualificação dos fatos, impõe-se a solução mais favorável ao sujeito passivo, consoante estabelece o inciso II do artigo 112 do CTN. Desta forma, face as consequências que poderão advir em face aos atos praticados (Auto de infração e Ato Declaratório), e os efeitos deste, merece absoluta revisão e justiça a serem aplicadas.

- Portanto, se afigura no caso em tela, pelas preliminares apresentadas de absoluta nulidade.

- A movimentação bancária pode representar indício de capacidade/contributiva, mais indícios não é a realidade. Uma pessoa física que em suas declarações afirma receber rendimentos anuais equivalentes a "X" mais movimenta no mesmo período "Y" possivelmente possui capacidade contributiva superior aquela pela qual esta sendo tributada, pode ter omitido rendimentos em sua declaração. O que não é o caso. Não se pode dizer porém, que o "Y" movimentados sejam todos, rendimentos tributáveis, a serem onerados pela Receita Federal.

- É comum contribuintes sacarem valores, utilizarem parcialmente, e depositarem o restante novamente na mesma conta, transferirem valores de uma conta para outra; sacarem valores para realizar um negócio qualquer, o qual posteriormente não é concretizado, com retorno integral dos valores para a conta correspondente, etc. (Hugo de Brito). Esses fatos podem justificar, no todo ou em parte, a movimentação bancária não declarada, razão pela qual a fiscalização não pode simplesmente considerar cada depósito bancário como "rendimentos", para fins de cobrança do imposto de renda. É necessário comprovar que o depósito não declarado realmente equivale a um rendimento omitido na respectiva declaração.

- É de se ressaltar, porém, que uma Lei não pode mudar a necessidade de fundamentação concreta e comprovada da ocorrência do fato gerador, pois essa exigência decorre da própria natureza da fundamentação do ato administrativo, e ainda dos elementos necessários ao exercício do direito de defesa do contribuinte. E mais, como será adiante desenvolvido essa exigência decorre da natureza do lançamento tributário que é atividade privativa da administração.

- Isso reforça a contestação de que, ainda que a Lei nº 9.430/96 afirmasse que a mera existência de um depósito bancário sem outro dado exterior que comprove omissão de rendimentos, autoriza a tributação pelo Imposto de renda e transfere o ônus de prova em contrário para o contribuinte, essa norma seria inválida.

- Isso porque o fato meramente alegado ou cuja ocorrência não é demonstrada, simplesmente não tem o condão de obrigar o contribuinte aqui autuado.

- Desta forma, demonstrando absoluta e incompreensível inconformação, com o Auto de Infração aplicado, vem a Impugnante requerer justiça haja vista acreditar que não deva subsistir a autuação defendida, tão pouco a exclusão aqui guerreada face a flagrante nulidades ali apontadas, as próprias alegações do agente fiscal e justificação da Impugnante.

- Não merece prosperar o Auto de Infração por completamente insubsistente, pois jamais poderia o auditor fiscal equiparar o solicitante (Pessoa Jurídica à Pessoa Física, e ainda basear toda a autuação em depósitos bancários de outra personalidade jurídica e por fim com isto efetivar tamanhos equívocos e iminentes prejuízos incalculáveis.

- Em face de todo o exposto requer que se digne de tornar insubsistente o presente auto de infração, como prática da mais lúdima justiça, é o que requer.

A DRJ manteve a exclusão do Simples , conforme ementa a seguir transcrita:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de

Impostos e Contribuições das Microempresas e

das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 1999

Ementa: EXCLUSÃO DO SIMPLES. OMISSÃO DE RECEITAS.

Comprovado que a receita auferida supera o limite legal estabelecido para usufruir do Simples, impõe-se a exclusão do referido sistema a partir do ano-calendário subsequente.

Solicitação Indeferida.

Algumas questões de fato e de direito foram importantes para a DRJ manter a exclusão, segundo consta do voto proferido em sede de primeira instância administrativa:

- *A primeira delas decorre do fato do próprio contribuinte ter apresentado os extratos bancários;*

- *A segunda delas é o fato da informação trazida nos autos de que o Sr. Nascimento Raimundo da Silva ter declarado textualmente nos autos que a movimentação financeira das contas bancárias ser oriunda de movimentação financeira da empresa excluída do Simples;*

- *Por fim, em razão do contribuinte não ter conseguido justificar as origens das movimentações financeiras realizadas nas contas bancárias da pessoa física, considerou que a receita pertence à pessoa jurídica, e aplicou a inversão do ônus da prova nos termos do artigo 42 da Lei n.º. 9430/96.*

Inconformada com a decisão da DRJ, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário, de forma tempestiva, alegando em síntese os mesmos fundamentos trazidos na impugnação quanto à nulidade, acrescido da questão da interposição de pessoa, que à época dos fatos geradores não havia ocorrido a alteração na legislação tributária aplicada ao caso concreto, não podendo haver retroatividade. Vejamos:

O agente do fisco conseguiu o feito de criar uma situação no mínimo duvidosa quanto ao real agente passivo da obrigação tributária, pois, os extratos de contas correntes, ÚNICOS ELEMENTOS, que formam a base de sustentação do agente fiscal para o encaminhamento da formação do juízo para a lavratura do Auto de infração, não pertencem ao contribuinte AUTUADO., vez que há época do fato gerador NÃO

EXISTIA DETERMINAÇÃO LEGAL QUE EVIDENCIASSE INTERPOSIÇÃO DE PESSOA, na forma do parágrafo 5. do art. 42 da Lei 9.430/96 incluído pela Lei 10.637/2002.

Ora, ilustres Julgadores, se o lançamento de ofício há de ser celebrado de maneira precisa e indubitosa, de modo a assegurar que os fatos que o ensejaram constituem, efetivamente, infração à legislação tributária. Se houver dúvida quanto à correta identificação das circunstâncias e da qualificação dos fatos, impõe-se a solução mais favorável ao sujeito passivo, consoante estabelece o inciso II do artigo 112 do CTN.

Portanto, se afigura no caso em tela, pelas PRELIMINARES supra apresentadas de absoluta NULIDADE.

Destaca-se que o processo conexo com este, qual seja Processo nº 10380.012387/2004-13, mencionado inclusive no relatório fiscal e no recurso da contribuinte, fora julgado pelo Conselho de Contribuintes, em 15 de março de 2009, tendo como desfecho a manutenção da cobrança do IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e INSS, em razão da mesma receita omitida na Pessoa Jurídica.

Nestes outro processo é que aparentemente há a suposta declaração do Sr. Nascimento Raimundo da Silva quanto à imputação da movimentação bancária à pessoa jurídica, conforme narrado na decisão da DRJ.

No relatório e voto do ilustre Conselheiro Regis Magalhães Soares de Queiroz, que julgou o Recurso Voluntário nos autos do Processo nº 10380.012387/2004-13, considerando-o intempestivo, não há menção dessa confissão.

Este é o relatório!

Voto

Conselheiro Rafael Correia Fuso

O Recurso é tempestivo e atende aos requisitos legais, por isso o conheço.

Antes de se proceder a análise das preliminares de nulidade e adentrar à questão de mérito, cumpre destacar que uma questão de fato precisa ser esclarecida nos autos, especificamente se há ou não no Processo nº 10380.012387/2004-13, às fls. 64, declaração do contribuinte afirmando que os valores decorrentes de movimentações bancárias realizadas em suas contas de pessoa física são receitas da pessoa jurídica, visto que tanto na impugnação quanto no recurso apresentado nos autos em julgamento o contribuinte afirma que os valores constantes das contas bancárias pertencem à pessoa física.

No acórdão da DRJ há menção desse documento, contudo, não se encontra nos autos ora julgado. Com isso, é possível que tal página informada pelo órgão julgador de primeira instância esteja se referindo à fls.64 dos autos do Processo nº 10380.012387/2004-13.

Vejamos as transcrições da DRJ:

Como dos autos se infere, a autoridade lançadora fez aquilo que o artigo 42 da Lei nº 9.430/1996 lhe atribuía como responsabilidade: constatada a manutenção de conta bancária com expressiva

movimentação não declarada pela impugnante, intimou-a a comprovar a origem de créditos/depósitos efetuados em conta bancária. No presente caso, a conta bancária com movimentação incompatível não era de titularidade da pessoa jurídica e sim de seu titular, Sr. Nascimento Raimundo da Silva, que declara textualmente às fls. 64 que a movimentação financeira das c/c nas Ag. Banco do Brasil e HSBC em seu nome é de fato oriunda da movimentação financeira da Empresa autuada, N. R. da Silva.

Nestes termos, considerando a informação acima mencionada, que se trata de prova imprescindível para o julgamento do Recurso Voluntário interposto, requer-se a baixa dos autos em diligência, para que seja disponibilizado a essa Colenda Turma Julgadora o documento de fl. 64 dos autos do nº 10380.012387/2004-13, considerando o fato de que o referido processo encontra-se no arquivo da PGFN do Estado do Ceará, desde 04/08/2010, segundo informações extraídas no *comprot.*

É como voto!

(documento assinado digitalmente)

Rafael Correia Fuso - Relator