



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

Processo nº 10580.722104/2008-12
Recurso nº 890.579 Voluntário
Acórdão nº 1302-001.398 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 7 de maio de 2014
Matéria SIMPLES - OMISSÃO DE RECEITA
Recorrente BAPEC COMERCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

IRPJ - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - OMISSÃO DE RECEITAS - PRESUNÇÃO LEGAL - Caracterizam-se como receitas omitidas os valores creditados em conta corrente, 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.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. VEDAÇÃO.

É vedado o afastamento pelo CARF de dispositivo prescrito em medida provisória com base em alegação de inconstitucionalidade. Aplicação da Súmula CARF nº 02.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Relator.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Presidente.

(assinado digitalmente)

Eduardo de Andrade - Relator.

Processo nº 10580.722104/2008-12
Acórdão n.º **1302-001.398**

S1-C3T2
Fl. 405

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto Souza Junior (presidente da turma), Gilberto Baptista, Waldir Veiga Rocha, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Eduardo de Andrade e Hélio Eduardo de Paiva Araújo.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de apreciar Recurso Voluntário interposto em face de acórdão proferido nestes autos pela 4ª Turma da DRJ/SDR, no qual o colegiado decidiu, por unanimidade, considerar a impugnação improcedente, mantendo o crédito tributário lançado e a exclusão do Simples a partir de 1º/01/2006, conforme ementa que abaixo reproduzo:

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

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. LEGITIMIDADE DO LANÇAMENTO

A existência de depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada pela pessoa jurídica regularmente intimada autoriza o lançamento de ofício por omissão de receitas.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA

A instituição de uma presunção pela lei tributária remete ao contribuinte o ônus de provar que o fato presumido não aconteceu em seu caso particular.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. LEGALIDADE

Em se tratando de lançamento de ofício há previsão legal para a cobrança da multa ofício no percentual de 75% e dos juros moratórios equivalentes à Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic).

EXTRATOS BANCÁRIOS. REQUISICÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE

Existindo ação fiscal em andamento, os extratos bancários do contribuinte poderão ser requisitados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, junto às instituições financeiras, nos termos da legislação aplicável, não havendo que se falar de quebra de sigilo.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EXCESSO DE RECEITA BRUTA

Correta a exclusão da pessoa jurídica do Simples que no ano-calendário auferiu receita bruta em valor acima do limite legal estabelecido para a empresa de pequeno porte.

ESCRITURAÇÃO FISCAL. OBRIGATORIEDADE

A pessoa jurídica inscrita no Simples, para que fique dispensada da escrita comercial, deve manter o Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária, e todos os documentos e demais papéis que derem respaldo à escrituração.

CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA

Na instância administrativa não se discute a constitucionalidade de atos legais, por ser uma competência exclusiva do Poder Judiciário.

NULIDADE FORMAL. INOCORRÊNCIA

Inexiste nulidade quando o auto de infração se encontra revestido das formalidades legais e foi garantido o direito de defesa na impugnação.

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO

Indefere-se o pedido de perícia ou diligência quando há nos autos elementos probantes suficientes para o julgamento. No caso de perícia, o requerente deve indicar nome e endereço do seu perito.

APRESENTAÇÃO DE PROVA DOCUMENTAL

A prova documental deve ser apresentada no momento da impugnação, sob pena de preclusão, a menos que fique demonstrada a sua impossibilidade, nos termos do § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Os eventos ocorridos até o julgamento na DRJ, foram assim relatados no acórdão recorrido:

Trata-se de autos de infração do Simples Federal (fls. 10/73), exigindo o crédito tributário no valor de R\$ 1.576.611,24, conforme demonstrativo à folha 02 dos autos.

Os lançamentos contemplam o valor dos tributos devidos, acrescidos da multa de ofício no percentual de 75% e dos juros de mora.

A autuação é decorrente de omissão de receita, proveniente de valores de depósitos bancários não contabilizados e de origem não comprovada, relativamente aos fatos geradores compreendidos entre 01/01/2005 e 31/12/2005. Como reflexo da incorporação da receita omitida houve alteração das alíquotas aplicáveis sobre os valores declarados, ensejando ainda autuação por insuficiência de recolhimento.

No Demonstrativo de Apuração da Receita – Ano-calendário 2005 (fl. 73), parte integrante dos autos de infração, verifica-se que foi apurado receita bruta no valor de R\$ 7.518.868,44 (extratos bancários) e declarado na DSPJ-Simples o valor de R\$ 285.001,94.

No Demonstrativo de Créditos – Extratos bancários (fls. 83/152) estão discriminados os créditos selecionados pela Fiscalização e submetidos à contribuinte para fins de comprovação, que acabou não ocorrendo. Os extratos são do Banco Safra (fls. 171/248), Bradesco S/A (fls. 249/301) e Branco do Brasil (fls. 302/323).

A descrição do procedimento que resultou na presente autuação se encontra no Termo de Fiscalização (TF), do qual a fiscalizada tomou ciência em 25/11/2008 (fl. 08).

Consta do TF que a ação fiscal começou em 13/06/2008, mediante Termo de Início do Procedimento Fiscal (fl. 03), intimando a fiscalizada a apresentar, no prazo de cinco dias úteis, a documentação contábil/fiscal necessária à realização do procedimento.

Como a fiscalizada não atendeu à referida intimação até 09/07/2008, foi reintimada nesta data a fazê-lo e, como até o dia 22/07/2008 não apresentou qualquer elemento, o Fisco requisitou das instituições financeiras as informações sobre a movimentação financeira do ano-calendário (AC/2005), conforme descrito no termo à fl. 04.

Com base nos dados dos extratos bancários, foi elaborado o Demonstrativo de Créditos – Extratos Bancários anexo, onde são relacionados os créditos apurados nas contas da empresa fiscalizada, no ano de 2005. Referido demonstrativo foi entregue ao representante da contribuinte, juntamente com cópias dos extratos bancários e um Termo de Intimação, em 04/09/2008, para que apresentasse, no prazo de 20 dias, os elementos comprobatórios que pudessem esclarecer a origem e natureza dos créditos elencados no demonstrativo retrocitado. Não havendo resposta até 30/10/2008, a fiscalizada foi reintimada, nesta data, a fazê-lo, através de Termo de Reintimação Fiscal (vide fls. 05 a 07).

E como a fiscalizada não logrou apresentar os esclarecimentos e elementos comprobatórios da sua movimentação financeira, após ter sido intimada e reintimada, conforme dito acima, foi procedida a apuração do crédito tributário com base nos valores creditados nos extratos bancários, relacionados no Demonstrativo de Créditos – Extratos Bancários e resumidamente no Demonstrativo de Apuração da Receita Bruta – Ano-Calendário 2005, anexos aos Autos de Infração/Simples, dos quais o RELATÓRIO FISCAL é parte integrante.

Em decorrência da apuração fiscal, lavrou-se Representação Fiscal para Exclusão do Simples, processo nº 10580.004435/2008-69, apensado ao presente (fl. 365). O desenquadramento ocorreu através do Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/SDR nº 007, de 12/12/2008, com efeito a partir de 1º/01/2006, por excesso do limite de receita bruta previsto para a empresa de pequeno porte (EPP) no AC/2005.

Em 25/11/2008 a fiscalizada tomou ciência dos autos de infração, de acordo com assinatura do responsável às fls. 11, 21, 31, 41, e 51.

Em 26/12/2008 interpôs impugnação (fls.342/351), alegando, em suma, que:

(i) Em preliminar, seria nula de pleno direito a autuação em tela diante da afronta da mesma aos princípios da segurança jurídica (norteador do ordenamento

jurídico pátrio); da moralidade (fiel cumprimento da lei e da ética) e cerceamento de defesa, previstos no 5º da Magna Carta (CF/88).

(ii) Insiste que, no caso concreto, o ato administrativo de lançamento não foi realizado dentro dos padrões e ditames constitucionais, haja vista que não houve, no caso concreto, a estrita e indispensável aplicação da moralidade e ética administrativa, sem falar-se no flagrante cerceamento de defesa.

(iii) Refere que o Auto de Infração (AI) não informa quais são as supostas receitas da Impugnante, apenas lançando tributo em face de valores creditados em extratos bancários. Indaga que nem todo crédito em conta bancária é receita tributável, a exemplo do empréstimo de terceiros, restando, então, evidente que a contribuinte fora submetida a uma apuração de supostos débitos fiscais que contraria os princípios constitucionais/administrativos.

(iv) E que este fato eiva de nulidade plena o presente lançamento diante da irrefutável comprovação de que o exercício da ampla defesa foi tolhido pela ausência de lhanza e clareza, devido à injustificada imposição de dificuldades na defesa e análise da autuação sem qualquer necessidade ou justificativa, mediante a indicação inadequada e genérica da fundamentação legal do lançamento.

(v) Inexiste no AI qualquer indicação da fundamentação legal que viabilizou a utilização de extratos bancários para fins de lançamento fiscal, configurando cerceamento de defesa e nulidade do ato, tratando-se de prova ilícita, imprestável para quaisquer fins de direito. Logo, a quebra de sigilo em tela é ilegal e arbitrária, não podendo, portanto, serem os dados colhidos por esse meio utilizados para quaisquer fins de direito.

(vi) Pelo exposto até aqui, requer a Impugnante que seja declarada a nulidade absoluta do feito, diante da sua absoluta ausência de fundamentação (fundamentação genérica) e conseqüente cerceamento de defesa.

(vii) No mérito, diz que o AI ora atacado é totalmente improcedente, na medida em que a empresa autuada, enquanto beneficiária do SIMPLES, sempre pagou regularmente seus débitos tributários, devendo, de logo, ser rechaçada a alegação de que a sua receita era muito superior a por ela declarada, porquanto as inclusões feitas pelo lançamento ora impugnado, conforme já mencionado, não constituem receita para cálculo do SIMPLES.

(viii) Ademais, a Impugnante pondera que as multas e os juros aplicados são ilegais e indevidos, na medida em que não apenas foi disponibilizada para a fiscalização toda a documentação necessária (tanto que o AI declara tais informações, quais sejam, a receita declarada e tributos simplificados pagos), mas, sobretudo, porque a Impugnante pagou regularmente todos os seus débitos tributários em face do SIMPLES.

(ix) Por todo o exposto, requer a Impugnante: a) preliminarmente, que seja declarada a nulidade do feito, em face da fundamentação genérica do AI e da quebra de sigilo, que cerceiam o seu direito de defesa; ou b) no mérito, caso superada a preliminar de nulidade, julgar o feito totalmente improcedente, exonerando a cobrança dos tributos lançados, ou, na pior das hipóteses, sejam retirados (ou reduzidos) a multa e juros aplicados, solução que se impõe, não apenas de Direito, mas, também de JUSTIÇA.

(x) Em relação ao desenquadramento do Simples, cuja manifestação de inconformidade consta do processo apensado, pede a revogação do ADE nº 007, de 2008, pois a empresa não teria auferido receita bruta no AC/2005 acima do limite permitido pela Lei nº 9.317, de 1996, porquanto determinadas rubricas não constituem receita da empresa, devendo, portanto, serem as mesmas excluídas da base de cálculo para apuração da receita anual. E para prova do alegado, de logo protesta e requer pela juntada dos anexos e posteriores documentos, PERÍCIA, sobretudo (ou diligência), bem assim por todos os demais meios de prova e contraprova em direito admitidos.

A recorrente, na peça recursal submetida à apreciação deste colegiado, repisou os argumentos expendidos na impugnação relativos à nulidade, por utilização única dos extratos bancários para apuração da base de cálculo (pois nem toda renda constitui acréscimo patrimonial) e à quebra do sigilo bancário protegido (citação da Súmula 182 do antigo TFR).

Tendo em vista que foi ventilada a ilegalidade da quebra do sigilo bancário, o julgamento foi sobrestado nos termos do art. 62-A do RICARF, na Resolução adotada por este colegiado na assentada de 19/10/2011.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Andrade, Relator.

O recurso é tempestivo, e portanto, dele conheço.

Revogados os §§1º e 2º do art. 62-A do RICARF pela Portaria MF nº 545/2013 e não tendo sido ainda apreciado o RE nº 601.314 pelo STF, passo ao voto.

(a) Apuração da base de cálculo exclusivamente por meio dos extratos bancários

Alega a recorrente a nulidade do auto de infração, porquanto a base de cálculo foi apurada exclusivamente com base em depósitos bancários de origem não comprovada.

De acordo com os autos, a fiscalização intimou a recorrente a apresentar a escrita contábil em 13/06/2008 e em 09/07/2008, mas não obteve resposta. Restou-lhe, então, requisitar as informações diretamente às instituições financeiras. De posse de tais informações, intimou a recorrente em 04/09/2008 e 05/11/2008 a justificar a origem dos recursos creditados em suas contas bancárias, o que também não restou atendido.

Todavia, a recorrente se insurge contra a utilização pela autoridade fiscal da prova colhida nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/96, porque, no seu entender, meros depósitos em conta bancária não necessariamente configuram receita.

A alegação merece reparo. A presunção feita no art. 42 da Lei nº 9430/96, estendida ao contribuinte optante do Simples Federal, pelo art.18 da Lei nº 9.317/96, estabelece presunção que, acaso não atacada, implica serem considerados receita omitida os depósitos em conta cuja origem não foi justificada.

Neste caso, cumpre à autoridade fiscal provar o fato indiciário, constituído pela prova dos depósitos bancários efetuados nas contas do contribuinte, e intimá-lo a justificar sua origem. Do que se vê dos autos, tal condição foi satisfeita.

Passado isto, cumpre ao sujeito passivo inverter o ônus da prova, demonstrando a origem dos recursos depositados. Caso não produza esta prova, sujeita-se à tributação dos valores depositados.

Observe-se, por oportuno, que a tributação dos valores depositados em conta corrente, cuja origem não foi demonstrada pelo titular, como receita omitida, é pacificamente aceita por este órgão de julgamento, conforme julgados abaixo.

Acórdão: 101-97116 – 1ªTO/1ªC/1ªSJ – Relator: Valmir Sandri

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: 103-23588 – 1ªTO/2ªC/1ªSJ – Relator: Antônio Bezerra Neto

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM. COMPROVAÇÃO.

Caracterizam-se como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida em 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: 105-17370 – 5ªC/1ªSJ – Relator: Waldir Veiga Rocha

(b) Requisição de informações lastreadas na LC 105/2001. Alegação de quebra do sigilo bancário protegido. Citação da Súmula 182 do antigo TFR.

Relativamente à alegação de que a requisição de informações diretamente às instituições financeiras viola princípios constitucionais e o art. 43 do CTN, cumpre observar que ao julgador administrativo, membro de órgão de julgamento vinculado ao Poder Executivo, são impostas condições que não se aplicam aos membros do Poder Judiciário, as quais limitam sua esfera de cognição.

Tal restrição não elimina a possibilidade de que, inconformado, deduza o contribuinte sua pretensão em juízo, assegurando-se do conteúdo prescritivo do art. 5º, XXXV, da CF.

O direito positivou tal restrição no art. 26-A da Lei nº 70.235/72, e, ademais, a matéria já se encontra sumulada, dadas as reiteradas e uniformes decisões tomadas pelo Colegiado no mesmo sentido, através da Súmula CARF nº 02, abaixo transcrita, a qual vincula todos os Conselheiros do Órgão, nos termos do art. 72 do Regimento Interno.

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Relativamente à aplicação da Súmula 182 do antigo TRF, datada de 01/10/1985, e contrária ao arbitramento do IRPJ com base em depósitos bancários, cumpre

Processo nº 10580.722104/2008-12
Acórdão n.º **1302-001.398**

S1-C3T2
Fl. 413

asseverar que após a vigência do art. 42 da Lei nº 9.430/96 ela perdeu sentido, face à inovação legislativa introduzida, que atingiu pontos basilares nos quais se fundava.

Assim, voto para negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Eduardo de Andrade - Relator