



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

Processo n° 10640.001930/2010-89
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-001.994 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de fevereiro de 2018
Matéria SIMPLES
Recorrente FREDLAR INDUSTRIAL DE MOVEIS LTDA - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. SÚMULA N° 2 DO CARF.

As discussões quanto à (in)constitucionalidade da LC 105/01 não competem a este Conselho, nos ditames da Súmula n° 2 do CARF.

DESENQUADRAMENTO. SIMPLES. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Uma vez evidenciado que o montante da omissão de receita, adicionado às informações declaradas pelo contribuinte, extrapolou o limite máximo de receita bruta admitida aos optantes pelo regime do SIMPLES, resta acertada a exclusão.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA. ART. 138 DO CTN.

Sob a égide do princípio da verdade material, qualquer mínimo indício que coloque em risco a espontaneidade do agente deve prevalecer sobre as formalidades que a norma expressamente dispõe. Aqui deve ser primada uma visão voltada para a *mens legis* (a intenção do legislador com a criação deste instituto) e não a literalidade da lei e sua aplicação inflexível ao caso concreto.

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

O instituto previsto no art. 42 da Lei n° 9430/96, é maleável e oscilante, devido ao seu caráter de relatividade (presunção *juris tantum*), de modo que cabe ao contribuinte ilidi-la, caso disponha de comprovação hábil e idônea para tanto. Em sentido contrário, a ausência de esclarecimentos ou a falta de apresentação de documentação comprobatória, mantém intacta a presunção e válida a assertiva de que os depósitos bancários cuja a origem não for identificada são receitas omitidas.

MULTA QUALIFICADA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

As alegações de confiscatoriedade da multa qualificada aplicada esbarram na validade das leis instituidoras. Vergastá-las e superá-las significaria desafiar sua juridicidade perante o ordenamento e, essencialmente, sua legitimidade perante as diretrizes da Constituição Federal de 1988, o que não é passível de análise por este órgão administrativo (Súmula nº 2 do CARF).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteado - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa (Presidente), Eva Maria Los, Luis Fabiano Alves Penteado, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Luis Henrique Marotti Toselli e Gisele Barra Bossa. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros José Carlos de Assis Guimarães e Rafael Gasparello Lima.

Relatório

Tratam-se de autos de infração de IRPJ no valor total de R\$ 16.741,88, PIS/Pasep no valor total de R\$ 15.094,82, CSLL no valor total de R\$ 26.939,96, COFINS no valor total de R\$ 60.508,76, IPI no valor total de R\$ 17.266,34 e Contribuição para a Seguridade Social – INSS, no valor total de R\$ 126.465,03, em função de receitas operacionais movimentadas em contas bancárias em nomes de terceiros e suprimento de numerário efetuado por sócio, sem origem comprovada.

Foi emitida Representação Fiscal visando a exclusão da autuada do SIMPLES, tendo sido editado os Atos Declaratórios Executivos DRF/JFA nº 044/2010 e 48/2010, restringindo a empresa da sistemática do Simples Federal e Simples Nacional, respectivamente.

Impugnação

Os termos da peça de defesa da fiscalizada foram sintetizados por ocasião do voto proferido pela autoridade julgadora de primeira instância, de modo que peço vênia para aqui reproduzi-los em parte:

1) “preliminarmente pleiteamos a nulidade do presente auto de infração”, tendo em vista que “a empresa impugnante, antes de ser intimada, auditou sua escrita contábil e, encontrando algumas diferenças, tratou de fazer uso do que disposto no artigo 138 do CTN, retificando suas declarações de rendimento e efetuando os pagamentos complementares de imediato. Desta forma, o presente auto de infração resta esvaído de nulidades, haja vista que mencionado dispositivo beneficia o contribuinte no sentido de evitar que o mesmo seja sancionado, haja vista que o mesmo, espontaneamente, denunciou erros e omissões encontrados, tratando de regularizar a situação”;

2) “em relação à omissão de receitas decorrentes do empréstimo de sócios, mais uma vez o fisco errou terrivelmente. Isto por que, além de entregarmos as planilhas demonstrativas inclusive com o nº dos lançamentos efetuados no diário relativo aos valores movimentados na referida conta, também tivemos o cuidado de demonstrar a origem dos recursos dos sócios devidamente contabilizados no livro diário.

Deste feito, considerando que demonstramos os recibos de empréstimo, bem como os recibos de distribuição de lucros recebidos da empresa, efetivamente lançados no livro diário, nas datas específicas dos respectivos lançamentos, não cabe ao fisco utilizar da hipótese de presunção prevista no RIR, haja vista que esta somente permite ao fisco considerar como receita omitida os valores emprestados pelos sócios cuja origem não possa ser comprovada.

Ora, a contabilidade demonstra claramente que os sócios haviam recebido distribuição de lucros e que tinham disponibilidade financeira quando dos respectivos empréstimos. A contabilidade demonstra também que os referidos empréstimos foram pagos em quase sua totalidade, tudo efetivamente lançado de acordo com a legislação pertinente e com os princípios contábeis geralmente aceitos”;

3) “o fisco, ao determinar o referido valor considerado omissos não efetuou os seguintes procedimentos:

a – não considerou as entradas de valores provenientes de notas fiscais efetivamente emitidas e informadas não somente na planilha, como nos livros fiscais estaduais, na contabilidade e, inclusive, na declaração de imposto de renda original, haja vista que os valores detectados pela empresa não entraram nesta conta corrente.

b – Embora devidamente informado na planilha, não foi excluído da mesma os valores decorrentes dos cheques depositados e devolvidos duas vezes. Cumpre salientar que a empresa recebia de seus clientes com cheques, na maioria das vezes, de terceiros. Então, dava baixa nos clientes, conforme escrituração contábil quando do recebimento destes cheques e efetuava o depósito no banco. Quando estes cheques eram devolvidos, ao invés da empresa voltar novamente com o cheque devolvido para o cliente inadimplente, foi criado pela contabilidade uma conta em que todos estes cheques eram lançados, Tais cheques referiam-se a clientes que pagaram e tiveram o cheque devolvido por duas vezes. Após o recebimento destes clientes, quando isto acontecia, a empresa dava baixa nos referidos cheques, devolvidos a tais clientes, e depositava os valores recebidos ora em dinheiro, ora em cheque na conta corrente. Desta forma, ao tributar estes valores mais uma vez a fiscalização fere o princípio do "no bis in

idem". "Isto por que os cheques recebidos, conforme pode ser observado nos lançamentos contábeis decorrem de notas fiscais devidamente lançadas cujo imposto foi previamente pago";

4) "vários valores depositados nas contas, conforme o próprio fisco pode averiguar, tratam-se de receitas decorrentes das outras empresas da família. Desta forma também as receitas das outras empresas deveriam ser excluídas do levantamento fiscal, haja vista que tais receitas já estão sendo tributadas na empresa cedente";

5) "expedir ato declaratório de exclusão e, neste, garantir defesa, é o mesmo que consubstanciá-la ineficiente para os fins legais, afrontando o § 3º, do artigo 15, da Lei 9.317/96 c/c o Decreto 70.235/72 e a Lei 9.784/99. Não fosse o bastante, os ADE's ora combatidos consignam, ainda, que os efeitos da exclusão devem ser retroagidos à data do ano calendário de 2006. Trata-se de uma ilegalidade que merece ser reparada";

(...)

a) A empresa teve cerceado seu direito de defesa na medida em que não lhe foi oferecido quaisquer documentos que lhe informassem que auferiu receita superior ao legalmente estabelecido para estar incurso no SIMPLES, de forma que os únicos elementos de que dispõe para realizar o presente manifesto de inconformidade ratificam sua posição de que não houve excesso de receita sendo, portanto, descabido o que alegado nos atos declaratórios ora combatidos;

b) A Impugnante não pode ser excluída do Simples, haja vista não estar incurso em nenhuma das situações excludentes elencadas pela legislação pertinente.

(...)

f) A impugnante requer que seja desconsiderado o arbitramento do lucro, haja vista que possuía o livro diário devidamente escriturado com todas as informações necessária à apuração do lucro, caso, de fato, houvesse omitido quaisquer valores. Ademais quem escolhe a tributação que melhor lhe cabe é o próprio contribuinte não cabendo ao fisco tal escolha, haja vista que a empresa tinha os documentos necessários para que sua receita fosse apurada. Ademais era impossível ter efetuado o pagamento da primeira quota do imposto como lucro presumido, por exemplo, haja vista que a empresa era optante pelo simples e somente ficou sabendo do valor da suposta receita omitida quando do recebimento pela procuradora do auto de infração ora combatido, tendo completamente ferido seus direitos de ampla defesa e contraditório

g) Requer ainda a juntada de documentos e complementos desta petição, vez que, em virtude de motivos de força maior, não teve prazo razoável para juntar os documentos pertinentes que justificassem todo o explanado neste documento

h) solicita que seja realizada perícia contábil a fim de verificar que não houve omissão de receitas no que diz respeito à conta das pessoas físicas supracitadas, constatando através da referida perícia que toda a movimentação financeira foi efetivamente, lançada além de averiguar a questão dos depósitos dos cheques devolvidos, notas iscais de exercícios anteriores, bem como todos os outros itens passíveis de fazer com que tal imputação completamente injusta seja desconsiderada.

i) Nomeia, desde já, como assistente técnico do perito, a Sra Adriana de Fátima Moreira, bacharel em ciências contábeis, CRCMG 56.680";

7) “que seja desconsiderada quaisquer majorações de multa vez que não configurada pela fiscalização o intuito de dolo ou fraude praticado pela empresa”;

Acórdão nº 09-35730 - 2ª Turma da DRJ/JFA

Ressaltou-se, inicialmente, que o presente processo trata de auto de infração do ano-base de 2005. Portanto, as alegações referentes à exclusão do Simples e ao arbitramento do lucro para os anos de 2006 e 2007, serão analisadas, respectivamente, nos processos nº 10640.000998/2010-41 e 10640.001929/2010-54.

Preliminar

A autoridade julgadora entendeu que se a empresa Fredlar Industrial de Móveis Ltda. está envolvida nas infrações verificadas quando da fiscalização efetuada na pessoa dos Senhores Elcimar de Araújo Egydio e Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge, seria indiscutível a aplicação do citado § 1º do artigo 7º do Decreto 70.235/72, por consequência operando-se para a impugnante a perda de espontaneidade a partir de 24/03/2008 (data de ciência do início da ação fiscal nas pessoas físicas).

Desta feita, constatou-se que a declaração retificadora entregue em 03/06/2009 não produziria qualquer efeito, sendo que, os pagamentos porventura efetuados em função dela seriam considerados como pagamentos indevidos.

Mérito

O primeiro ponto enfrentado concerne à perícia. Constatou-se que a empresa a requereu e indicou o perito, no entanto, não apresentou os quesitos desejados. Assim, nos termos do § 1º do artigo 16 do Decreto 70.235/72, considerou-se não formulado o pedido de perícia.

Em seguida, constatou-se que quando da fiscalização efetuada nas pessoas físicas Elcimar de Araújo Egydio e Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge, ficara comprovado que parte das receitas movimentadas em suas contas correntes pertenciam na verdade a um grupo de empresas, entre elas a autuada Fredlar Industrial de Móveis Ltda.

A autoridade fiscal, então, teria elaborado relação na qual discrimina os depósitos e os créditos efetuados em cada contas corrente, intimando o respectivo titular a comprovar a origem de cada um deles (fls. 465/536 e 609/723).

Acrescentou-se que, como resposta às intimações, foram apresentadas planilhas nas quais constam a qual empresa pertence o valor depositado/creditado e indica a(s) notas(s) fiscal(ais) do qual ele se origina. Em alguns casos, informa que o valor se refere a empréstimo recebido de outra empresa (fls. 896/937, 966/1012, 1032/1055, 1082/1125 e 1162/1214).

Ainda observou-se que, com base nessas planilhas, as Auditoras-Fiscais elaboraram um demonstrativo, que denominaram de “ORIGEM DOS CRÉDITOS” (fls. 144/213), no qual, depois das depurações necessárias, relacionam os valores que pertencem a autuada no período em questão.

Por fim concluiu-se, então, que como esses valores, recebidos pela empresa usando contas bancárias de interpostas pessoas, não transitaram pela sua contabilidade e nem foram oferecidos à tributação, eles foram corretamente tributados como receitas omitidas pela autuada.

Já quanto a alegação referente à suposta desconsideração, pela fiscalização, dos valores dos cheques depositados e devolvidos duas vezes e ainda daquelas movimentações relativas a empréstimos contraídos, entendeu-se pela sua improcedência.

Analisando-se tanto a relação constante das intimações feitas às pessoas físicas quanto o demonstrativo “ORIGEM DOS CRÉDITOS”, verificou-se que a autoridade fiscal só relacionou os depósitos de cheques liberados, ou seja, aqueles já compensados pelas instituições financeiras em questão. No que concerne aos valores relativos a empréstimos, o Relatório Fiscal teria esclarecido que “esta quantia foi computada para a empresa que concedeu o empréstimo, que é a titular do recurso” (fl. 123), restando claro, segundo a autoridade julgadora, que os empréstimos recebidos pela autuada não foram computados no total da receita omitida.

Ademais, esclareceu-se que as receitas que entraram na base de cálculo dos tributos lançados são aquelas recebidas pela empresa por meio de conta corrente de terceiros, que ficaram a margem da contabilidade e da declaração original do SIMPLES apresentada por ela. Ou seja, foram consideradas como receitas omitidas apenas aquelas que a empresa comprovadamente não ofereceu à tributação quando da apuração dos tributos devidos à Fazenda Nacional no ano de 2005.

Delineou-se que a presunção legal utilizada na determinação da presente exigência fiscal, caracterizada por suprimento de numerário, é do tipo juris tantum (relativa). Caberia, portanto, ao contribuinte apresentar prova da origem e da efetiva entrega, no caso dos suprimentos de caixa.

Decidiu-se, no entanto, que a mera demonstração da capacidade econômica ou financeira do sócio de arcar com o suprimento seria insuficiente para suprir a necessidade da comprovação da origem e efetiva entrega dos valores, não afastando, pois, a presunção de omissão de receita. Da mesma forma, simples lançamentos contábeis não teriam o condão de fazer prova, visto que o registro na contabilidade ou as fichas de caixa não comprovariam a efetiva entrega e a origem dos suprimentos.

Quanto à multa aplicada, entendeu-se que ao usar de contas de terceiros para recebimento de grande parte de suas receitas, não contabilizando tais receitas e não as oferecendo à tributação, restaria obvio que a autuada visava reduzir em muito os valores de tributos a pagar. Portanto, ao crédito tributário lançado nos presentes autos de infração, manteve-se a penalidade no patamar de 150%.

Diante de todo o exposto, a impugnação fora julgada totalmente improcedente.

Recurso Voluntário

Em seu recurso voluntário, o recorrente repisa alguns argumentos trazidos em sede de impugnação, mas inova em alguns pontos que serão delineados a seguir.

Preliminarmente, suscita a nulidade dos lançamentos em função da quebra de sigilo bancário sem ordem judicial. Argui-se que a utilização dos dados e informações se deu de forma ilícita, contaminando todo o procedimento fiscal, que deveria ser inteiramente submetido ao princípio da legalidade.

Quanto à questão da denúncia espontânea, além de reiterar a maioria das informações trazidas na peça de defesa apresentada em primeira instância, o recorrente constata que o início do procedimento fiscal em face das pessoas físicas se deu no dia 24/03/2008, sendo encerrada em setembro de 2009, enquanto sua citação se deu em novembro de 2009, em um novo procedimento aberto. Desta forma pugna o recorrente pela inexistência de nexo causal entre as ações fiscais distintas.

Elucida, enfim, que quaisquer atos praticados antes de novembro de 2009 devem ser considerados espontâneos, nos termos do art. 138 do CTN.

O recorrente ainda afirma que, uma vez demonstrado que tudo está em sua escrita fiscal, através da juntada dos respectivos documentos comprobatórios, seria de responsabilidade do fisco, ao contestar tais alegações e reputar que o contribuinte excedeu os valores permitidos no SIMPLES, respaldar o que entende correto, havendo, assim, a inversão do ônus da prova.

Por fim, o recorrente sustenta a confiscatoriedade da multa aplicada. Salienta que o fisco deve observar não apenas a letra fria da lei, mas também deve evitar a aplicação de penalidades que guardem em si o caráter confiscatório, entendido como aquele que não apresenta as características de razoabilidade e justiça, sendo, assim, igualmente atentatório ao princípio da capacidade contributiva.

Reafirmam-se todos os requerimentos delineados na impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado - Relator

O recurso interposto é tempestivo e encontra-se revestido das formalidades legais cabíveis, merecendo ser apreciado.

Quebra de Sigilo Bancário

O presente julgador já se posicionou, em outras ocasiões, quanto à legalidade da medida concretizada pela autoridade tributária.

À época dos fatos geradores indicados nesta autuação vigorava em plenitude a Lei Complementar nº 105/01 e, essencialmente, o seu art. 6º, que assim dispõe:

“Art. 6º. As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.”

O exame do quanto disposto no referido artigo de lei já seria suficiente para validar as nuances do lançamento, especificamente no ponto em que a fiscalização intima a agência do Banco do Brasil da cidade de Rodeiro/MG, agência 3828-8, requisitando-lhe os respectivos extratos bancários, as informações quanto a titularidade da conta e o documento de procuração para representação da conta.

As investigações e verificações efetuadas pela fiscalização, até então, já demonstravam que as contas bancárias de Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge e Elcimar de Araújo Egydio eram, de fato, utilizadas para movimentar recursos de diferentes empresas.

Somente por meio do acesso às movimentações bancárias da recorrente seria possível ratificar-se a conclusão acima delineada, comprovando o envolvimento da entidade na operação.

Neste contexto, a ação promovida pela fiscalização se mostrou indispensável à atividade da autoridade administrativa competente, especialmente no que lhe cabe a consumação do princípio da capacidade contributiva e o financiamento do erário público, o que certamente valida a aplicação do art. 6º da LC nº 105/01 ao caso concreto.

Apesar das assertivas até então expostas, recentemente discutiu-se no STF a possibilidade da ordinariamente alegada “quebra de sigilo bancário” e, assim, colocou-se em voga a constitucionalidade do referido dispositivo.

No entanto, por meio do RE 601.314/SP, submetido à sistemática de repercussão geral prevista no art. 543-B do CPC, firmou-se o entendimento de que a norma não configura quebra de sigilo bancário, mas sim transferência de informações entre bancos e o Fisco, ambos protegidos contra o acesso de terceiros, o que, por si, descartaria qualquer ofensa à intimidade e privacidade do contribuinte.

É cediço que este Conselho Administrativo Fiscal (CARF) está atrelado ao entendimento proferido em decisões sob a sistemática de repercussão geral (RICARF, art. 62, §1º, inciso II, “b”). Uma vez definida a constitucionalidade da LC nº 105/01, agora sob a égide também do princípio da legalidade tributária, deve falecer a alegação do recorrente quanto à quebra de sigilo bancário.

Ainda que assim não fosse, o pleito do recorrente invoca a inconstitucionalidade da norma e, dado o noticiado julgado recente do STF encerrando a discussão, o CARF não tem competência para se pronunciar em sentido contrário, conforme Súmula nº 2:

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

Portanto, sob qualquer prisma lançado, não há como se acatar a nulidade do trabalho fiscal, em razão da suposta quebra de sigilo bancário, de modo que indefiro o pleito do recorrente neste tópico.

Desenquadramento do SIMPLES

O ato declaratório de exclusão do SIMPLES gerou indignações por parte do recorrente: (i) a insubsistência de sua motivação, em razão de não ter sido constatado o excesso de receita; (ii) o cerceamento de seu direito de defesa.

Quanto ao primeiro ponto destacado (i), cumpre, neste momento descrever as etapas que levaram a tal conclusão:

1 - As pessoas de Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge e Elcimar de Araújo Egydio foram selecionadas para fiscalização em virtude da movimentação financeira incompatível e omissão na entrega de declaração de IRPF;

2 – As supracitadas pessoas físicas foram intimadas a prestar esclarecimentos, mas não se manifestaram nos prazos estabelecidos, de modo que a fiscalização solicitou ao Banco do Brasil os extratos bancários de movimentação financeira de suas contas-corrente e aplicações financeiras;

3- Com base nos documentos fornecidos, ÁUREA e ELCIMAR foram intimados a comprovar a origem dos valores creditados/debitados em suas contas-correntes no período de 01/01/2005 a 31/12/2007;

4- Diante da ausência das respostas por parte das pessoas físicas, a fiscalização promoveu novas investigações e apurou que as contas bancárias eram utilizadas para movimentar recursos de várias empresas;

5- Após longo período sem esclarecimentos, as pessoas fiscalizadas apresentam as respostas assumindo que, de fato, todos os recursos movimentados em sua conta eram pertencentes a terceiros, razão pela qual não fizeram DIRPF informando tais montantes. Anexam aos respectivos Termos de Resposta: planilha demonstrando a origem dos valores movimentados em sua conta corrente; e Notas Fiscais pertinentes as referidas movimentações;

6- A fiscalização, então, concluiu que os valores depositados/creditados nas respectivas contas são provenientes de cinco empresas de um mesmo grupo, dentre elas, a recorrente (FREDLAR INDUSTRIAL DE MÓVEIS LTDA – ME)

Restou comprovado de forma inequívoca que parte dos valores movimentados nas contas bancárias das pessoas Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge e Elcimar de Araújo Egydio referiam-se as receitas decorrentes da atividade do recorrente.

Este fato foi confirmado pelas próprias pessoas físicas, através da documentação apresentada, bem como pelo próprio recorrente, ao escriturar em sua

contabilidade a movimentação financeira das pessoas físicas envolvidas após o início do procedimento fiscal.

Por outro lado, constatou-se que estes valores não transitaram pela contabilidade da recorrente, tampouco foram submetidos à respectiva tributação, ou seja, patenteou-se a omissão de receitas.

Ora, se estes montantes não constam da DIRPF das pessoas físicas supracitadas e nem são objeto de tributação na entidade recorrente, é razoável concluir que passariam despercebidos sem o necessário ônus fiscal.

Há, neste passo, uma ofensa frontal ao princípio da capacidade contributiva.

Uma vez identificado que parte dos montantes reportava-se à atividade do recorrente, estão presentes aqui o (1) sujeito apto a sofrer o impacto fiscal e o (2) signo de riqueza, representando, respectivamente, os elementos norteadores dos prismas (1) subjetivo e (2) objetivo do referido preceito. Escapar da tributação, neste albor, significa dano direto ao erário público e, em última instância, o comprometimento das diretrizes basilares perpetradas pela Constituição Federal de 1988.

Ficou evidenciado, então, o montante da omissão de receita, o qual, adicionado às informações declaradas pelo contribuinte, extrapolou o limite máximo de receita bruta admitida aos optantes pelo regime do SIMPLES.

A motivação deste excesso de receita está aqui explícita e, veja, fora construída, em parte, através das informações e documentos fornecidos pelo próprio recorrente.

A origem das movimentações financeiras evidenciadas pela fiscalização, pela recorrente e pelas pessoas físicas aqui já mencionadas, norteia o conceito de receita e torna inequívoca à sua submissão ao ônus fiscal por meio do presente lançamento.

Deveria ser de notório saber da parte recorrente, inclusive pela sua ímpar contribuição para a busca da verdade nestes autos, que houveram receitas não tributadas em montantes significativos, as quais, uma vez consideradas, naturalmente ultrapassaram o limite legal imposto pela sistemática do SIMPLES.

Reitere-se, o conjunto probante que forma tal conclusão fora construído pelo próprio recorrente, as receitas omitidas foram validadas por meio das informações por este fornecidas.

A consequente exclusão/desenquadramento, portanto, é medida legal (art. 14, I da Lei nº 9.317/96), cabível e, além, previsível, diante de todo o contexto aqui exposto. A justificativa para tal ato é nítida, de modo que não devem prosperar as alegações do recorrente.

Neste passo, também não há que se falar em cerceamento do direito de defesa do recorrente.

A razão pela qual tal empresa fora excluída do SIMPLES está diretamente relacionada à discussão e a decisão deste processo administrativo fiscal. Neste caso, não há como acolher qualquer alegação de ofensa ao princípio da ampla defesa ou do contraditório, visto que foram ofertadas inúmeras chances de manifestação ao recorrente.

E, indubitavelmente, este, mesmo após alguma resistência, trouxe aos autos inúmeros documentos e informações acerca das solicitações da fiscalização, o que, de certo, valida a garantia dos direitos constitucionais supracitados na concretude deste caso.

O fato é que a defesa do recorrente corroborou justamente para o atingimento desta conclusão, ou seja, os documentos fornecidos levaram a identificação da origem das receitas, as quais se mostraram de vultuosa monta, a ponto de exorbitar o quantum permitido legalmente.

Ademais, deve-se mencionar o entendimento consolidado deste conselho a este respeito:

Súmula CARF nº 77: A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.

Em alinhamento ao disposto, deve-se delimitar que a discussão acerca do ato declaratório em si e eventuais nulidades percebidas, sob o aspecto formal, não atingem o presente lançamento.

A conexão inerente entre a exclusão do SIMPLES e a presente autuação se limita ao prisma material. Qualquer discussão acerca das formalidades que respaldam tal ato declaratório não competem a este processo, de modo que não deve se manifestar o julgador neste sentido.

Portanto, as discussões se equivalem quando trata-se exatamente da motivação que originou a exclusão, a qual coincide com parte do objeto desta autuação (omissão de receitas). Resta claro que, nesta hipótese, fora garantido o amplo e irrestrito acesso à defesa nestes autos.

As eventuais nulidades ou defasagens formais do ato expedido exorbitam o alcance deste processo administrativo, ao qual incumbe única e exclusivamente a verificação da constituição definitiva do crédito tributário concernente ao ano de 2005.

O presente processo e o ato declaratório caminham de forma apartada, para todos os efeitos. Mas aqui resta demonstrada a relação direta em nível material.

O cerceamento de defesa não remanesce, pois, de um lado (aspecto material), fora demonstrado, neste procedimento fiscal, o respeito aos direitos constitucionais inerentes ao contribuinte, e de outro (aspecto formal), fuge da alçada deste processo administrativo a garantia destes mesmos direitos nesta oportunidade.

Denúncia Espontânea

Neste ponto deve prevalecer a força do princípio da verdade material.

Referido preceito prima pela essência sobre a forma, a busca pela verdade guiada por fatos concretos, reais e palpáveis, superando instrumentos, procedimentos e processos limitantes, que restrinjam o atendimento pleno à justiça efetiva.

O início do procedimento fiscal nas pessoas físicas de ÁUREA e ELCIMAR ocorreu em 24/03/2008. Já a ação fiscal dirigida à ora recorrente teve início em 29/10/2009. O recorrente, por sua vez, procedeu a retificação de sua declaração fiscal do ano de 2005 em 03/06/2009.

A figura prevista no art. 138 do CTN sugere que a espontaneidade termina quando se tem início qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização. A ideologia aqui intrínseca é a de que a assunção do cometimento da infração não tenha qualquer estímulo externo. Concomitantemente ao surgimento do trabalho fiscal presume-se a descaracterização da espontaneidade, pois a sua mera existência exerce ou pode vir a exercer forte influência nas decisões do contribuinte a partir de então.

Se, hipoteticamente, o contribuinte cometeu uma infração de forma consciente e premeditada, adotará medidas para tentar mascará-la, de modo que a fiscalização não tenha conhecimento.

O início de uma ação fiscal é, de certa forma, a premissa de uma suspeita, nem que seja mínima, ou de alguma inconsistência, o que remete ao pressuposto da realização de investigações pormenorizadas para o atingimento da verdade. Neste caso, o contribuinte poderia, agindo por receio e prevenção, simplesmente assumir a infração antes que a fiscalização a evidenciasse e aplicasse as respectivas multas.

Esse comportamento nada teria de espontâneo. Portanto, o art. 138 do CTN cumpre a função de evitar tais práticas, de tal maneira que o contribuinte seja penalizado em consequência a sua intenção e vontade naturais, livres de qualquer ingerência em sentido contrário.

Estabelecidos estes pressupostos, analisemos o caso concreto.

Ora, o início do procedimento fiscal referente às pessoas físicas (i) foi o propulsor do procedimento fiscal dirigido ao recorrente (ii). No primeiro (i) evidenciou-se que as movimentações bancárias das pessoas físicas, na verdade, correspondiam a valores decorrentes das atividades de diversas empresas, dentre elas o recorrente. O segundo (ii) apenas ratificou as conclusões atingidas anteriormente.

Para que as movimentações de uma empresa fossem procedidas por pessoas físicas, logicamente teria que haver uma relação mutualística e de reciprocidade entre as partes envolvidas. Ainda que a primeira ação fiscal não tenha sido dirigida diretamente ao recorrente, a presunção deste vínculo iminente e quase inevitável já é um indício significativo de relativização da espontaneidade neste caso. Aqui insurge a questão da interposição de pessoas.

Outro indício veemente levantado pela fiscalização é o fato da escrituração do Livro Diário apresentado ter sido efetuada posteriormente ao início do primeiro procedimento fiscal, ou seja, mais de dois anos após o encerramento do ano-calendário objeto desta autuação.

Também se verifica nas declarações da pessoa jurídica apresentadas originalmente, que o responsável pelo preenchimento é outro contabilista, o Sr. Luiz Fernando Medina do Vale, enquanto que nas declarações retificadoras apresentadas após o início da ação fiscal, é o próprio sócio, o Sr. Hélio Rufato, o novo responsável pelo preenchimento da declaração.

Há aqui um conjunto de elementos que nos permite lançar aquela leve suspeita. Suficiente, no entanto, para invocar a essencialidade do parágrafo único do art. 138 do CTN, desnaturando o contexto de espontaneidade.

Portanto, deve ser considerada a data de 24/03/2008 como o marco para perda de espontaneidade do recorrente. A partir deste momento há a possibilidade ou probabilidade de que a vontade do agente sofra influências externas que o façam agir com convicção distorcida, plastificada e preventiva.

Sob a égide do princípio da verdade material, qualquer mínimo indício que coloque em risco a espontaneidade do agente deve prevalecer sobre as formalidades que a norma expressamente dispõe. Aqui deve ser primada uma visão voltada para a mens legis (a intenção do legislador com a criação deste instituto) e não a literalidade da lei e sua aplicação inflexível ao caso concreto.

Assim, voto por manter o lançamento intacto.

Inversão do Ônus da Prova

Os argumentos de defesa não se sustentam neste ponto, na medida em que o fisco não tem o que provar e o recorrente já trouxe os elementos de prova que corroboram com a presunção lançada. A verdade está escancarada nos autos.

A fiscalização obteve informações relativas às movimentações bancárias do recorrente e identificou numerários significativos sem o respectivo lastro em suas declarações fiscais, ou seja, ilesos da compulsória tributação. Tal cenário, aliado a inicial ausência de qualquer manifestação da parte, autoriza a fiscalização a lançar uma presunção de omissão de receitas.

Tal instituto, previsto no art. 42 da Lei nº 9430/96, é maleável e oscilante, devido ao seu caráter de relatividade (presunção *juris tantum*), de modo que cabe ao contribuinte ilidi-la, caso disponha de comprovação hábil e idônea para tanto. Em sentido contrário, a ausência de esclarecimentos ou a falta de apresentação de documentação comprobatória, mantém intacta a presunção e valida a assertiva de que os depósitos bancários cuja a origem não for identificada são receitas omitidas.

Neste sentido, o ônus da prova é, originalmente, do recorrente, ora contribuinte. De fato, se este tivesse apresentado provas robustas, aptas a suportarem suas alegações de forma contundente, comprovando que a origem dos depósitos não coadunava com o conceito de receita, haveria uma inversão do ônus da prova, transferindo à fiscalização o dever de trazer documentos e informações que desnaturassem o conjunto probante supostamente formado pelo contribuinte.

Esta variância do ônus probante, na realidade, é essencial durante todo o processo fiscalizatório, pois promove a instigação da busca pela verdade. Ora, a declaração fiscal do contribuinte, por exemplo, também detém uma presunção relativa de veracidade. Percebida alguma inconsistência caberá ao fisco ilidi-la, como deveras o fez nesta oportunidade. Neste passo, inverte-se o ônus da prova e lança-se uma nova presunção agora em

favor do contribuinte. Este processo perdura de forma cíclica e repetitiva, até que se atinja a verdade dos autos. Pelo menos essa é a intenção.

Ocorre que o recorrente, quando da apresentação da documentação solicitada, não enfrentou a presunção de omissão de receitas concretizada pelo fisco. Pelo contrário, as informações ali dispostas foram hábeis a validá-la. Provou-se exatamente que a origem dos depósitos bancários coincidia com receitas advindas da atividade do recorrente.

Neste caso, o que se viu aqui fora a consumação da presunção e alegações e documentações advindos de dois polos opostos apontando para um mesmo sentido. A verdade aqui está atingida, razão pela qual não há que cogitar qualquer necessidade de comprovação, seja pela fiscalização ou pelo recorrente.

A inversão do ônus da prova, neste contexto, torna-se inócua e incabível, de modo que não devem ser acolhidos os argumentos do recorrente neste ponto.

Multa qualificada

O procedimento adotado pelo recorrente, conforme relatado no relatório fiscal, utilizando-se de contas correntes abertas em nome de interpostas pessoas (“laranjas”) para movimentar seus recursos e, conseqüentemente, não oferecê-los à correspondente tributação, caracteriza intenção fraudulenta e dolosa de omitir receitas e diminuir o resultado tributável, de modo que merece aplicação o art. 44, §1º da Lei nº 9430/96.

Há a caracterização inequívoca de uma conduta sonegatória, nos termos do art. 71 da Lei nº 4502/64, ou seja, uma ação, ou omissão, do recorrente, tendente a impedir parcialmente a ocorrência do fato gerador da obrigação principal, de modo a reduzir o montante do imposto e diferir o seu pagamento.

O comportamento adotado pelo recorrente, então, se adapta perfeitamente às hipóteses legalmente definidas. Além, tratam-se de leis em plena vigência e eficácia, respaldadas por integral e irretocável constitucionalidade.

As alegações de confiscatoriedade da multa aplicada, portanto, esbarram na validade das leis instituidoras. Vergastá-las e superá-las significaria desafiar sua juridicidade perante o ordenamento e, essencialmente, sua legitimidade perante as diretrizes da Constituição Federal de 1988.

É cediço, no entanto, que, conforme já demonstrado neste voto, não compete a este conselho se pronunciar acerca da inconstitucionalidade da lei tributária, nos termos da Súmula nº 2 do CARF.

Além disso, cabe também destacar a inteligência da Súmula n. 34:

Súmula CARF nº 34: Nos lançamentos em que se apura omissão de receita ou rendimentos, decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada, é cabível a qualificação da multa de ofício, quando constatada a movimentação de recursos em contas bancárias de interpostas pessoas

Portanto, uma vez definido que a conduta do recorrente norteia a aplicação da multa qualificada e, ato contínuo, que tal penalidade está calcada em bases constitucionais, não há como acatar seu caráter confiscatório, sob pena de desnaturar a legislação notadamente válida.

Conclusão

Diante de todo o exposto, CONHEÇO do RECURSO VOLUNTÁRIO para NEGAR-LHE PROVIMENTO, reputando totalmente válidos os lançamentos.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteado - Relator