



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10640.001932/2010-78
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-006.905 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de agosto de 2023
Recorrente RODMIX MÓVEIS LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005

SIGILO BANCÁRIO. ACESSO.

O Supremo Tribunal Federal definiu que a norma que possibilitou ao Fisco acesso ao sigilo bancário não resulta em sua quebra, mas sim em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos ao Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, portanto não há ofensa à Constituição Federal.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO DE CONTA BANCÁRIA DE PESSOAS FÍSICAS PELO SUJEITO PASSIVO. INÍCIO DE PROCEDIMENTO FISCAL NAS PESSOAS FÍSICAS. SUJEITO PASSIVO ENVOLVIDO NA INFRAÇÃO ENVOLVIDA NAS INFRAÇÕES FISCAIS. EXCLUSÃO DE ESPONTANEIDADE.

As provas juntadas aos autos não deixam dúvida que o sujeito passivo utilizou-se de contas bancárias de titularidade de pessoas físicas para subtrair do FISCO o conhecimento de suas atividades operacionais. Assim, considerando, que os recursos movimentados nas contas bancárias das pessoas físicas faziam parte da receita do sujeito passivo. Assim, por estarem intrinsecamente ligados com a atividade operacional do sujeito passivo, considera-se que a ciência do início do procedimento fiscal no sujeito passivo ocorreu quando as pessoas físicas tomaram ciência do procedimento de fiscalização, nos termos do §1º do art. 7º do Decreto n. 70.235/72

DENÚNCIA ESPONTÂNEA. RECOLHIMENTO DE TRIBUTO ANTES DE INÍCIO DE PROCEDIMENTO FISCAL. INOCORRÊNCIA.

O sujeito passivo afirma que encaminhou a declaração retificadora, mas não afirma que recolheu os tributos devidos, tampouco comprova que os recolheu, de modo que resta não caracterizada a denúncia espontânea, eis que para caracterização de denúncia espontânea, o contribuinte tem que comprovar que o débito foi recolhido acompanhado da integralidade dos juros moratórios, nos termos do art. 138 do CTN.

CONSTITUCIONALIDADE. APRECIÇÃO.

No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em conhecer do recurso voluntário, vencidos os conselheiros Wilson Kazumi Nakayama, Maria Angélica Echer Ferreira Feijó e Helder Jorge dos Santos Pereira Junior, que votaram pelo não conhecimento da peça recursal. Acordam, ainda, os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, vencido o Conselheiro Marcelo Oliveira (relator), que votou por dar provimento parcial ao recurso voluntário, a fim de que as declarações retificadoras entregues e pagamentos porventura efetuados, antes do início do procedimento fiscal (20/10/2009), relativos a 2005, produzam seus efeitos, sendo considerados como recolhimentos a serem abatidos do crédito tratado no presente processo, assim como a redução da multa de ofício para multa de mora. O Conselheiro Wilson Kazumi Nakayama foi designado como redator do voto vencedor quanto ao mérito do recurso. O Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo manifestou a intenção de apresentar declaração de voto.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Relator

(documento assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama – Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Wilson Kazumi Nakayama, Maria Angélica Echer Ferreira Feijó, Marcelo Oliveira, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Helder Jorge dos Santos Pereira Junior, Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (RV), fls. 014762/014777¹, interposto contra

decisão de primeira instância, proferida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento – Juiz de Fora (MG), fls. 014743/014749, nos seguintes termos:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano calendário: 2005

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PERDA DA ESPONTANEIDADE.

O início do procedimento fiscal exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores, independentemente de intimação dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

OMISSÃO DE RECEITA.

Comprovado que a empresa usou contas bancárias de interpostas pessoas para recebimento de receitas que não transitaram pela sua contabilidade e nem foram oferecidas à tributação, esses valores serão considerados como omissão de receita.

O suprimento de numerário efetuado por sócio caracteriza omissão de receita por presunção legal do tipo juris tantum. Cabe, portanto, ao contribuinte apresentar a prova da origem e da efetiva entrega dos valores.

MULTA QUALIFICADA.

A infração à legislação tributária praticada com evidente intuito de fraude impõe a aplicação de multa de ofício qualificada.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Para esclarecimento, a autuação trata de exigência de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (**IRPJ**), fls. 005; Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (**CSLL**), fls. 047; Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social (**COFINS**), fls. 059; Contribuição para o Programa de Integração Social (**PIS**), fls. 035, relativos a fatos geradores ocorridos no ano calendário **2005**.

A sistemática de apuração dos tributos foi pelo regime do **SIMPLES** e nos valores já estão incluídos juros de mora e multa de ofício, qualificada, calculados até a data de elaboração do lançamento.

Em síntese, os créditos foram lançados devido a inadimplência tributária com as seguintes justificativas:

OMISSÃO DE RECEITAS: Receitas Operacionais - Movimentadas em contas bancárias em nome de terceiros;

OMISSÃO DE RECEITAS: Suprimento de numerário por sócio; e

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

A autoridade fiscal elaborou relatório, com detalhamento quanto ao procedimento fiscal, fls. 095/0121.

¹ Numeração conforme arquivo pdf.

A recorrente impugnou a exação, fls. 0265/0283.

A DRJ analisou a impugnação e proferiu a decisão citada, mantendo integralmente a exação.

Cientificada em 18/07/2011, fls. 014760, a recorrente apresentou seu recurso em 16/08/2011, fls. 014762/014777.

Inicia seus argumentos defendendo, em síntese, que a autuação deve ser anulada, pois teve como base dados constantes de seu sigilo bancário, obtidos pelo Fisco sem a devida ordem judicial.

Em seguida questiona seu desenquadramento do SIMPLES, afirmando ser ilegal sua exclusão sem a possibilidade de contestação.

Aduz que não teve a oportunidade de contestar a sua exclusão do SIMPLES antes que a mesma efetivamente ocorresse, o que demonstra de forma clara e límpida o desrespeito aos princípios constitucionais, sendo que deve ser tributada nesta forma, sendo a lavratura do auto de infração totalmente nula.

Destaca que faz jus aos benefícios da denúncia espontânea.

Em outro ponto afirma que em sua exclusão do SIMPLES, por excesso de receita, o Fisco tomou como base os extratos bancários, sendo que os valores constantes nas contas correntes já estavam todos lançados na contabilidade, motivo da recorrente nunca ter sido excluída do SIMPLES, pois o auditor fiscal desconsiderou o lançamento contábil da Recorrente, sendo esse motivo bastante para o lançamento ser cancelado.

Alega que a multa possui caráter confiscatório.

Por fim, reafirma todas alegações contidas em sua impugnação.

O Recurso foi enviado ao CARF, para análise e decisão.

Em 20/08/2012, fls. 14802, o processo foi sobrestado, devido, em síntese, à discussão no STF a respeito do acesso aos dados bancários pelo Fisco Federal.

Já em 25/03/2015, fls. 014806, o processo foi analisado e convertido em diligência, para, em síntese, que se reunisse esse processo e o de nº 10640.001000/2010-25.

Em 06/04/2015, houve questionamento, do Presidente da respectiva Turma, para a Presidência da Seção, se haveria possibilidade de reunião dos processos citados, fls. 014821.

Em 26/06/2015 a Presidência da 1ª Seção determinou a apensação dos processos, fls. 014822, e o processo foi novamente sorteado, devido a relator anterior não pertencer mais aos quadros do CARF.

É o relatório.

Fl. 5 do Acórdão n.º 1302-006.905 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10640.001932/2010-78

Voto Vencido

Conselheiro Marcelo Oliveira, Relator.

PRELIMINARES:

A recorrente inicia seus argumentos alegando que a quebra de seu sigilo bancário, sem autorização judicial é ilícita, motivo da nulidade da autuação.

Esclarece-se á recorrente que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu, em 24/02//2016, o julgamento conjunto de processos² que questionavam dispositivos da Lei Complementar (LC) 105/2001, que permitem ao Fisco Tributário Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial.

Na decisão prevaleceu o entendimento de que a norma não resulta em quebra de sigilo bancário, mas sim em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos ao Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, portanto não há ofensa à Constituição Federal.

Assim, pelo acesso ser legal, não há razão no argumento da Recorrente, motivo de negar provimento ao argumento.

Destarte, as autuações encontram-se revestidas das devidas formalidades legais, tendo sido lavradas de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto, respeitando a ampla defesa e o contraditório, e, como consequência não há que se falar em nulidades.

DO MÉRITO:

Quanto ao mérito, inicialmente, a Recorrente contesta, em dois pontos, seu desenquadramento do SIMPLES.

Ocorre que há um equívoco nesse ponto, pois, como demonstram as autuações, neste processo, para esse ano calendário, a empresa foi autuada como empresa participante do SIMPLES, fls. 007, 036, 047 e 059.

Portanto, como os créditos em questão foram lançados pela sistemática do SIMPLES, não há razão nesses fundamentos, motivo para a negativa do recurso nesse ponto.

Em outro ponto, a Recorrente alega que faz jus aos benefícios da denúncia espontânea, nos seguintes termos, fls. 014770:

“Importantíssimo salientar, portanto, que a empresa impugnante somente foi citada em novembro de 2009, de forma que quaisquer atos praticados pela mesma neste intervalo de tempo, quer seja, março de 2008 a outubro de 2009, de acordo com o CTN no seu

² Recurso Extraordinário (RE) 601314, ADIs 2390, 2386 e 2397.

artigo 138 deve ser considerado espontâneos, gozando, portanto, dos benefícios do referido artigo.”

Já a decisão a quo assim decidiu sobre essa questão:

O procedimento fiscal na empresa Rodmix Móveis Ltda., teve início em função da apuração de indícios de irregularidades cometidas por ela, no decorrer da **fiscalização realizada nas pessoas físicas** Elcimar de Araújo Egydio – CPF nº 998.070.84687 e Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge – CPF nº 038.143.98602, quando foi constatado que grande parte das receitas da empresa eram depositadas diretamente em contas correntes dessas pessoas, sem a devida contabilização.

O § 1º do artigo 7º do Decreto 70.235/72 (PAF), que trata da questão da **espontaneidade**, estabelece que “o início do procedimento exclui a espontaneidade do **sujeito passivo** em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação, a dos demais envolvidos nas infrações verificadas”.

Os Senhores **Elcimar de Araújo Egydio e Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge** foram cientificados do procedimento fiscal efetuado contra eles em **24/03/2008**. Nesse procedimento foram verificadas infrações envolvendo a empresa Rodmix Móveis Ltda. Que, posteriormente, foram devidamente apuradas e quantificadas e constam do presente processo e também do de nº 10640.001931/2010-23.

Ora, se a empresa Rodmix Móveis Ltda. está envolvida nas infrações verificadas quando da fiscalização efetuada nos Senhores Elcimar de Araújo Egydio e Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge, como sobejamente comprovado, é indiscutível a aplicação do citado § 1º do artigo 7º do Decreto 70.235/72 e por consequência operou-se para ela a perda de espontaneidade a partir de **24/03/2008 (data de ciência do início da ação fiscal nas pessoas físicas)**.

Assim, **a declaração retificadora entregue em 03/06/2009 não produz qualquer efeito, sendo que, os pagamentos porventura efetuados em função dela são considerados como pagamentos indevidos** podendo, a critério da empresa, ser objeto de pedido de restituição e/ou declaração de compensação com débitos próprios, vencidos ou vincendos, observado o prazo previsto no artigo 168 do Código Tributário Nacional.

Essa informação coincide com o relato fiscal, fls. 0106:

Aqui, há que se fazer uma ressalva importante.

O início do procedimento fiscal nas pessoas físicas de Áurea e Elcimar ocorreu em 24/03/2008.

Já a ação fiscal na pessoa jurídica teve início em 29/10/2009.

O contribuinte **procedeu à retificação das declarações da pessoa jurídica** nas seguintes datas, conforme se verifica da tela do CNPJ CONSULTA (fls. 0202 do presente processo):

- **Ano-calendário de 2005: em 03/06/2009 (original entregue em 30/05/2006);**
- Ano-calendário de 2006: em 02/09/2009 (original entregue em 23/05/2007);
- Período Jan a Dez/2007: em 04/09/2009 (original entregue em 29/05/2008).

É evidente a retificação das declarações após o início da ação fiscal (vide cópia das declarações retificadoras às fls. 217/231) do presente processo.

A escrituração do Livro Diário apresentado foi efetuada posteriormente ao início do procedimento fiscal.

Prova disso se faz através dos Termos de Abertura e Encerramento dos Livros (doc. fis. 183/188) do presente processo), nos quais o responsável técnico é a Sra. Adriana de Fátima Moreira, contabilista, nomeada procuradora de Elcimar e Áurea em 16 de outubro de 2008 e de todas as empresas do grupo Rufato em 05 de novembro de 2009.

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

Os atos que formalizam o início do procedimento fiscal encontram-se elencados no artigo 7º do Decreto nº 70.235/72.

Estes atos têm o condão de excluir a espontaneidade do sujeito passivo e de todos os demais envolvidos nas infrações que vierem a ser verificadas.

Em outras palavras, deflagrada a ação fiscal, qualquer providência do sujeito passivo, ou de terceiros relacionados com o ato, no sentido de repararem a falta cometida não exclui suas responsabilidades, sujeitando-os às penalidades dos procedimentos de ofício.

Além disso, o ato inaugural obsta a retificação da declaração de rendimentos, por iniciativa do contribuinte, conforme determina o artigo 833 do RIR/99:

...

Ora, mais do que claro está a intenção do contribuinte em retificar suas declarações para incluir os seguintes valores de receita:

- **Ano-Calendário de 2005: R\$ 88.068,10**
- Ano-Calendário de 2006: R\$ 217.319,50
- Período Jan a Dez/2007: R\$ 124.245,10

Não se trata de erro cometido em seu preenchimento, como também não foi uma retificação visando usufruir algum benefício fiscal.

As retificações procedidas só vêm confirmar a intenção fraudulenta que o contribuinte teve de omitir receitas, ao movimentar recursos em contas bancárias de terceiros.

Assim, as retificações efetuadas pela fiscalizada só vêm ratificar o fato de que os recursos movimentados nas contas bancárias de Elcimar e Áurea, na realidade, são receitas operacionais da Rodmix Móveis Ude e das outras empresas do mesmo ramo e família.

É interessante notar, também, que as retificações das declarações realizadas após o início do procedimento fiscal aumentaram a receita bruta, porém em valor bem inferior ao apurado pela fiscalização, conforme se verifica do quadro abaixo:

MÊS	D.ORIGINAL	D. RETIFICADORA	REC. INCLUÍDA	OMISSÃO APURADA
jan/05	104.571,59	132.333,83	27.762,24	179.394,20
fev/05	81.932,67	118.583,87	36.651,20	212.141,67
mar/05	105.866,75	105.866,75	0,00	223.368,99
abr/05	92.070,04	101.807,69	9.737,65	232.170,93
mai/05	81.072,00	94.989,01	13.917,01	184.362,28
jun/05	147.483,41	147.483,41	0,00	180.021,54
jul/05	126.812,41	126.812,41	0,00	254.975,25
ago/05	131.466,21	131.466,21	0,00	258.704,94
set/05	103.845,31	103.845,31	0,00	215.265,81
out/05	79.669,62	79.669,62	0,00	210.924,39
nov/05	22.585,22	22.585,22	0,00	183.051,41
dez/05	34.086,05	34.086,05	0,00	137.155,07
total	1.111.461,28	1.199.529,38	88.068,10	2.471.536,48

...

Conforme se verifica da planilha anterior, os valores de omissão de receita apurados pela fiscalização são bem superiores aos valores incluídos na retificação das declarações.

Uma vez conhecido o montante da omissão de receita, **com a sua adição à receita bruta declarada pelo contribuinte**, constatou-se que nos anos-calendário de 2005 e 2006, a empresa extrapolou o limite máximo de receita bruta admitida aos optantes pelo regime do SIMPLES.

Agora, deve-se verificar a legislação sobre o tema.

CTN:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. **Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo** ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

Segundo a fiscalização, o início do procedimento fiscal ocorreu em 29/10/2009, fls. 0104.

Como está claro, há equívoco na decisão recorrida.

No ordenamento pátrio vigora o Princípio da Entidade, que reconhece o Patrimônio como objeto da Contabilidade e afirma a autonomia patrimonial, a necessidade da diferenciação de um Patrimônio particular no universo dos patrimônios existentes, independentemente de pertencer a uma pessoa, um conjunto de pessoas, uma sociedade ou instituição de qualquer natureza ou finalidade, com ou sem fins lucrativos. Por consequência, nesta acepção, o Patrimônio não se confunde com aqueles dos seus sócios ou proprietários, no caso de sociedade ou instituição.

Assim consta no Código Civil, que diferencia pessoas físicas e jurídicas.

Código Civil:

Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

...

Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.

Além do mais, não há disposição legal que determine que a fiscalização em uma pessoa física, mesmo que fosse na pessoa física do sócio, produza efeitos no benefício da denúncia espontânea em pessoa jurídica.

Há disposição no Decreto 70.235/1972:

Art. 7º O procedimento fiscal tem início com:(Vide Decreto nº 3.724, de 2001)

(...)

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores **e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos, nas infrações verificadas.**

Parece correto concluir que o início do procedimento exclui a espontaneidade dos demais envolvidos, em relação aos atos anteriores, independentemente de intimação, nas infrações verificadas. As infrações verificadas são as que constam em cada intimação dos procedimentos fiscais, relativas a pessoas físicas e pessoas jurídicas.

Há disposição no Parecer 2716/1984 nesse sentido:

Assim, por derradeiro, concluímos que **o início do procedimento fiscal somente exclui a espontaneidade do contribuinte**, em relação aos fatos, períodos, exercícios e/ou tributos, **CONSUBSTANCIADOS NO PRIMEIRO ATO DE OFÍCIO**, escrito, praticado por servidor competente, **cientificado ao sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto, não tendo a amplitude de excluir a espontaneidade em relação aos elementos, exercícios ou tributos nele não expressamente inseridos.**

Se o Fisco verificou que haveria pessoas jurídicas envolvidas em supostos ilícitos com pessoas físicas deveria ter iniciado os procedimentos nas pessoas jurídicas de forma célere, cientificando-as da obrigação tributária a ser verificada, com registros dos elementos, exercícios e tributos nele expressamente inseridos.

Portanto, as declarações retificadoras entregues e pagamentos porventura efetuados, antes do início do procedimento fiscal (20/10/2009), relativos a 2005, devem produzir seus efeitos, sendo considerados como recolhimentos a serem abatidos do presente crédito, assim como a redução da multa de ofício para multa de mora, para esses pagamentos, conforme registro diverso constante da decisão recorrida, fls. 014747.

Destarte, dá-se provimento ao recurso nesse ponto.

Ainda quanto ao mérito, a Recorrente afirma que a multa aplicada tem caráter confiscatório, em desacordo com a Constituição Federal.

Esclarece-se que a apreciação de matéria constitucional é vedada, pela legislação, aos julgadores administrativos tributários.

Decreto 70.235/1972:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Assim, nega-se provimento a esse ponto do recurso.

CONCLUSÃO:

Em razão do exposto, voto em dar provimento parcial ao recurso, a fim de que as declarações retificadoras entregues e pagamentos porventura efetuados, antes do início do procedimento fiscal (20/10/2009), relativos a 2005, produzam seus efeitos, sendo considerados como recolhimentos a serem abatidos do presente crédito, assim como a redução da multa de ofício para multa de mora, nos termos do voto.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira

Voto Vencedor

Conselheiro Wilson Kazumi Nakayama,

Solicitei vistas aos presentes autos porque senti a necessidade de aprofundar-me quanto ao argumento da Recorrente de que seria incabível o lançamento, eis que teria declarado, antes de ter tomado ciência do início de fiscalização, que parte dos valores que transitaram pelas contas bancárias de Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge e Eucimar de Araújo Egídio seriam suas.

Ao analisar o recurso voluntário, constatei que consta à e-fl. 14762, que o recurso é relativo ao processo **10640.001931/2010-23**, ao passo que o presente é o de nº **10640.001932/2010-78**.

Comparando-se o recurso voluntário juntado ao presente processo (e-fls. 14762 a 14777) com o recurso voluntário juntado no processo nº 10640.001931/2010-23 (e-fls. 1525 a 1540) constatou que eles são idênticos.

O presente processo trata de lançamento de tributo do SIMPLES Federal em decorrência de omissão de receitas e insuficiência de recolhimento em virtude da constatação da omissão que levou à aplicação de novas alíquotas às receitas brutas apuradas.

Portanto o presente processo não trata de exclusão do SIMPLES Federal. É verdade que em decorrência do lançamento de ofício aqui analisado, houve a representação para exclusão da Recorrente daquele regime diferenciado de tributação e arrecadação, que está sendo tratado no processo nº 10640.001000/2010-25.

No processo nº 10640.001931/2010-23 o que se discute é o lançamento de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS dos anos-calendários 2006 e 2007 em decorrência da exclusão da Recorrente do SIMPLES Federal a partir do ano-calendário 2006.

Como no recurso voluntário a Recorrente irressigna-se com a sua exclusão do SIMPLES e os lançamentos de ofício decorrentes, entendo que o recurso juntado nos presentes autos é relativo ao processo nº 10640.001931/2010-23 e não do processo aqui analisado, sendo portanto equivocadamente juntado aos presentes autos.

Portanto, por se tratar de recurso voluntário de processo distinto, entendo que o recurso voluntário não deve ser conhecido.

Caso vencido quanto ao não conhecimento do recurso:

Conforme consta no Relatório Fiscal, às e-fls. 95 a 121, o procedimento fiscal na Recorrente ocorreu a partir de fiscalização as PFs de Elcimar de Araújo Egydio e Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge, onde constatou-se movimentação financeira incompatível e omissão na entrega da DIRPF.

No AC 2005 Elcimar de Araújo Egydio teve movimentação financeira de R\$ 2.173.794,00 e Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge R\$ 2.424.794,00. Ambas não entregaram as Declarações de Imposto de Renda da Pessoa Física do ano-calendário 2005.

De acordo com documentos apresentados pelo Banco do Brasil, por meio de RMF-Requisição de Movimentação Financeira, Elcimar de Araújo Egydio e Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge constituíram como sua procuradora Lélia Aparecida Ferreira Rufato, integrante do grupo familiar que são os proprietários do grupo de empresas da qual a Recorrente é parte integrante.

A Fiscalização constatou que as contas bancárias de Elcimar de Araújo Egydio e Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge eram movimentadas pela Recorrente e outras empresas do mesmo grupo familiar.

Elcimar de Araújo Egydio e Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge declararam que a movimentação financeira verificada em suas contas não lhe pertenciam.

O Banco do Brasil informou que as contas correntes de Elcimar de Araújo Egydio e Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge eram frequentemente movimentadas pela procuradora Lélia Aparecida Ferreira Rufato e que pelas contas bancárias das PFs eram movimentadas os recebimentos de boletos das empresa RODIMIX Móveis Ltda ME (recorrente) e FREDLAR Industrial de Móveis Ltda ME.

A Fiscalização confirmou, em diligência junto a terceiros, que as transações comerciais com a Recorrente eram realizadas por meio de transações por meio de contas

bancárias de titularidade de Elcimar de Araújo Egydio e Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge (e-fl. 99).

A própria procuradora, Lélia Aparecida Ferreira Rufato, declarou que Elcimar de Araújo Egydio e Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge foram suas funcionárias na empresa Lélia Comercial Ltda.

E, por fim, em resposta à intimação fiscal, Elcimar de Araújo Egydio e Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge apresentaram planilha no qual indicaram que os valores movimentados em suas contas bancárias pertenciam a cinco empresas: FREDLAR INDUSTRIAL DE MÓVEIS LTDA – ME; INDÚSTRIA DE MÓVEIS RUFATO LTDA, PREMILAR CL MÓVEIS LTDA, **RODMIX MÓVEIS LTDA – ME** e MOVELARIA RUFATO LTDA ME, todas empresas do grupo familiar da qual Lélia Aparecida Ferreira Rufato é integrante.

No processo, a própria Recorrente faz a indicação dos clientes que fizeram depósitos nas contas de Elcimar de Araújo Egydio e Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge (e-fls. 838 a 1075

Portanto, não há nenhuma dúvida que parte da movimentação bancária nas contas de titularidade de Elcimar de Araújo Egydio e Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge eram devidas às atividades operacionais da Recorrente.

A questão que me levou a pedir vista é em relação a arguição de denúncia espontânea pelo fato da Recorrente alegar que antes de ter tomado ciência do início do procedimento fiscal teria retificado a declaração do SIMPLES com a inclusão das receitas que não constavam da declaração originalmente apresentada.

Ocorre que no presente caso, o procedimento fiscal iniciou-se a partir da fiscalização nas PFs de Elcimar de Araújo Egydio e Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge, em 24/03/2008.

Como foi fartamente comprovado ao longo do processo, as contas bancárias de titularidade de Elcimar de Araújo Egydio e Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge eram utilizadas pela Recorrente para sua atividade operacional, com o fim de subtrair o seu conhecimento por parte do FISCO.

Portanto, entendo que a ciência do início do procedimento fiscal na Recorrente deve ser considerado como ocorrido na data de 24/03/2008 e não em 29/10/2009, pelo fato dos fatos relativos à fiscalização nas pessoas físicas de Elcimar de Araújo Egydio e Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge estarem intrinsecamente ligados com a atividade operacional da Recorrente, excluindo-se, portanto, a espontaneidade não apenas das PFs mas também da Recorrente, nos termos do §1º do art. 7º do Decreto n. 70.235/72, *verbis*:

Art. 7º O procedimento fiscal tem início com:(Vide Decreto nº 3.724, de 2001)

(...)

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores **e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.**

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos. (grifei)

A alegação de espontaneidade trazida pela Recorrente, que teria apresentado declaração retificadora antes de ter tomado ciência do início de fiscalização afronta ao princípio jurídico de que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza, inadmissível, portanto.

Para além disso, há que se considerar que para fins de utilizar-se da denúncia espontânea, o contribuinte tem que comprovar que o débito foi recolhido acompanhado da integralidade dos juros moratórios, nos termos do art. 138 do CTN.

No presente caso, a Recorrente afirmou apenas que encaminhou a declaração retificadora, mas não afirma que recolheu os tributos devidos, tampouco comprova que os recolheu, de modo que resta não caracterizada a denúncia espontânea (não constam dos autos nenhum comprovante de recolhimento).

Quanto aos outros argumentos da Recorrente, estou de acordo com o Relator, pois no presente processo não se discute a exclusão do SIMPLES, e a legalidade da transferência do sigilo bancário para o FISCO, como aliás reconhecido pela STF.

(assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama

Declaração de Voto

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo

Trata o presente processo de lançamento de ofício para constituição de créditos tributários relativos ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, em relação aos períodos de apuração contidos no ano-calendário de 2005.

Não discordo do Relator em relação à rejeição das alegações preliminares e, no mérito, quanto às arguições referentes ao desenquadramento do SIMPLES e à qualificação da multa de ofício. Peço vênias para divergir, entretanto, quanto à suposta caracterização de denúncia espontânea, pelas razões que passo a expor.

1. Da perda da espontaneidade

O procedimento que resultou na lavratura dos autos de infração encartados no presente processo, iniciado em 29/10/2009 (conforme Termo de Início de Ação Fiscal de fls. 148/150), decorreu de procedimentos anteriormente instaurados em relação às pessoas físicas Elcimar de Araújo Egydio e Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge, desde 24/03/2008, nos quais se constatou que “grande parte das receitas da empresa eram depositadas diretamente em contas correntes dessas pessoas, sem a devida contabilização”.

A pessoa jurídica alega a ocorrência de denúncia espontânea, pois, antes do procedimento a ela relacionado ter sido instaurado, teria promovido a retificação de declarações e o pagamento dos respectivos tributos.

Ora, em primeiro lugar, foi a Recorrente quem se valeu da conta das pessoas físicas em questão, para o crédito dos valores correspondentes às receitas relacionadas às vendas por ela efetuadas. Tanto é assim, que, nos documentos juntados com a Impugnação, a tentativa de comprovação dos créditos referentes às notas fiscais de sua emissão são efetuadas a partir dos extratos bancários das pessoas físicas a ela relacionadas.

Não há como não se reconhecer, no presente caso, que o procedimento fiscal iniciado para apurar a movimentação bancária realizada por Elcimar de Araújo Egydio e Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge, e que se revelou correspondente à pessoa jurídica autuada, atrai a incidência do disposto no art. 7º, §1º, do Decreto nº 70.235, de 1972, de modo que, desde o início do referido procedimento fiscal estaria afastada a espontaneidade da pessoa jurídica que se valeu das contas bancárias das pessoas físicas em questão. Pela relevância, transcreve-se o dispositivo normativo em questão:

Art. 7º [...]

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

O ínclito relator lembra, com pertinência, o Princípio da Entidade e a distinção, à luz da legislação civil, entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas que a constituem. No caso, contudo, foi a conduta adotada pela própria Recorrente que ofendeu os mencionados conceitos, de modo que utilizá-los para beneficiá-la seria ignorar as figuras da vedação ao comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*) e à alegação da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

Em síntese, a contribuinte se utilizaria das contas bancárias de interpostas pessoas para ocultar a Fisco as receitas decorrentes da sua atividade e, ao ter tais movimentações financeiras descobertas pela autoridade fiscal, invocaria o benefício da denúncia espontânea para confessar e recolher os tributos como se tal procedimento se desse por iniciativa própria e não em decorrência da atividade fiscal.

A infração verificada no procedimento fiscal foi a omissão de receitas por meio das contas bancárias de Elcimar de Araújo Egydio e Áurea Luiza Lopes de Freitas Jorge, mas omissão de receitas da atividade da Recorrente, de modo que me parece fora de dúvidas de que a perda da espontaneidade dos primeiros se estende a esta última, como “demais envolvidos nas infrações verificadas”.

O fato de os procedimentos fiscais não terem sido conduzidos pela mesma autoridade fiscal, e, ainda, de o procedimento aberto em relação à pessoa jurídica ser mais abrangente que os procedimentos originais não afasta a aplicação do disposto no art. 7º, §1º, do Decreto nº 70.235, de 1972.

De outra parte, a circunstância de que os procedimentos realizados junto às pessoas físicas teriam sido encerrados em setembro de 2009 e a ação fiscal realizada junto à Recorrente somente se iniciou em 29 de outubro de 2009, apenas teria relevância se a confissão dos débitos acompanhada do pagamento dos tributos tivesse ocorrido em tal interregno. No caso, porém, a declaração retificadora foi apresentada em junho de 2009 (fl. 228), quando, pelas razões acima expostas, a Recorrente havia perdido a sua espontaneidade.

Além disso, os elementos de prova de fls. 448/450 e 639/641 demonstram a ocorrência de Intimações às pessoas físicas em 22 de outubro de 2009 e respostas destas em abril de 2010, lançando por terra a alegação da Recorrente.

2. Da ausência de comprovação de pagamento

À parte da discussão acima, contudo, no caso sob análise, apesar de ter havido a retificação da declaração fiscal, em 03/06/2009 (fl. 228), os valores retificados são inferiores àqueles apurados no procedimento fiscalizatório (conforme Relatório Fiscal). Ou seja, se denúncia espontânea houvesse, não abrangeria todos os créditos constituídos.

E, mais importante, inexistente a comprovação de que a Recorrente teria realizado, concomitantemente à apresentação da declaração retificadora, o recolhimento dos novos valores confessados.

Pelo contrário, a Recorrente defende, em passagem da Impugnação de fls. 267/283, a desnecessidade de que os pagamentos dos valores objeto da denúncia espontânea sejam paralelamente recolhidos. Já no Recurso Voluntário, apenas alude a conferência, contabilização e retificação, sem, em qualquer momento, alegar que efetuou o recolhimento dos novos valores confessados.

Ocorre que os requisitos para o reconhecimento da denúncia espontânea estão estabelecidos no art. 138 do Código Tributário Nacional:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela **denúncia espontânea** da infração, **acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora**, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração. (Destacou-se)

No mesmo sentido, a jurisprudência estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento do Recurso Especial nº 1149022/SP, Relator Ministro Luiz Fux, data do julgamento 09/06/2010, DJE 24/06/2010), conforme Tema Repetitivo 385:

A denúncia espontânea resta configurada na hipótese em que o contribuinte, após efetuar a declaração parcial do débito tributário (sujeito a lançamento por homologação) acompanhado do respectivo pagamento integral, **retifica-a** (antes de qualquer procedimento da Administração Tributária), **noticiando a existência de diferença a maior, cuja quitação se dá concomitantemente**. (Destacou-se)

Não tendo havido a comprovação do pagamento dos tributos confessados na declaração retificadora, não é possível se reconhecer, em tese, a ocorrência da denúncia espontânea, acaso o mencionado pagamento tenha ocorrido. A decisão administrativa não pode ser incerta, condicionada a uma posterior comprovação, que poderia, inclusive, provocar novo contencioso.

Nem, ainda, é o caso de se converter o julgamento em diligência, a fim de que seja apurado se tais pagamentos teriam ocorrido. Ora, se a Recorrente alega como tese de defesa a existência de denúncia espontânea, era seu o ônus de comprovar que todos os requisitos fixados na legislação e jurisprudência foram preenchidos.

Neste sentido, divergindo do eminente relator, considero que não se comprovou a ocorrência de denúncia espontânea.

Ad argumentandum tantum, não se pode deixar de registrar, ainda, que a solução proposta pelo relator de exigência da multa de ofício em lugar da multa de mora não guarda coerência com o instituto da denúncia espontânea, no qual, conforme teor do art.138 do CTN, exige-se, apenas, o débito principal e o juros de mora. Tal posição foi corroborada no julgamento do, já referido, Recurso Especial nº 1149022/SP, conforme excerto de ementa a seguir:

7. Outrossim, forçoso consignar que a sanção premial contida no instituto da denúncia espontânea exclui as penalidades pecuniárias, ou seja, as multas de caráter eminentemente punitivo, nas quais se incluem as multas moratórias, decorrentes da impontualidade do contribuinte.

Ou seja, se fosse para se reconhecer a ocorrência de denúncia espontânea, não haveria a exigência de qualquer multa sobre os valores constituídos que já tivessem sido confessados.

Contudo, por todo o acima exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário, também, em relação à alegação de ocorrência de denúncia espontânea.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo