



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

Processo n° 10950.000573/2007-32
Recurso n° 000.000 Voluntário
Acórdão n° **1802-000.817 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 23 de fevereiro de 2011
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES E AUTOS DE INFRAÇÃO DO IRPJ E REFLEXOS
Recorrente S. N. JANDREY ALVES & CIA LTDA EPP (denominação anterior: OFF-SET DO BRASIL LTDA EPP)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2004

ATO ADMINISTRATIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES. NATUREZA DECLARATÓRIA. RETROATIVIDADE NÃO CONFIGURADA. SUSPENSÃO DOS SEUS EFEITOS. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO.

O ato declaratório executivo de exclusão do Simples, ainda que impugnado administrativamente, não tem caráter constitutivo de direito, mas sim natureza declaratória de situação jurídica previamente constituída; reporta-se à data de ocorrência da infração, a partir da qual o contribuinte, por expressa previsão legal, deixou de preencher, de pleno direito, as condições para figurar no regime simplificado de tributação, ficando, desde então, sujeito às normas de apuração dos tributos aplicáveis às demais pessoas jurídicas. Como decorrência natural, em relação ao ato declaratório executivo, não há que se objetar efeito retroativo ou irretroativo, pois somente declara situação jurídica anteriormente constituída ou consumada. No âmbito do processo administrativo, o efeito suspensivo não se presume, isto é, deve estar expresso em lei. Por ter presunção de legalidade, o ato declaratório executivo de exclusão do Simples, por falta de previsão legal, não tem efeito suspensivo.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EXCESSO DE RECEITA BRUTA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Os valores creditados em conta corrente bancária, cuja origem não foi comprovada, são tributados, por presunção legal, como omissão de receitas da pessoa jurídica.

Correto o ato de exclusão do Simples a partir de 01/01/2005, efeito reflexo do excesso de receita bruta apurado no Simples em processo conexo que tratou dos lançamentos do IRPJ-Simples e reflexos atinentes ao ano-calendário 2004, cujos lançamentos e respectivo crédito tributário restaram integralmente confirmados por este Egrégio Conselho naqueles autos, descabendo examinar, por conseguinte, o mérito da receita bruta do ano-calendário 2004, matéria já decidida naqueles autos (matéria preclusa).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005

LANÇAMENTO FISCAL. NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO. PRELIMINAR REJEITADA.

O ato declaratório executivo de exclusão do Simples, pela inexistência de previsão de efeito suspensivo, ainda que objeto de impugnação/recurso, não constitui óbice, não impede o lançamento fiscal de crédito tributário, a partir de sua edição. Entretanto, a lide exclusão do Simples configura prejudicial do julgamento dos lançamentos fiscais efetuados para os anos-calendário a partir do início da vigência dos efeitos da exclusão. De sorte que as lides podem ser julgadas, conjuntamente, na mesma decisão, quando houver reunião dos processos e das peças processuais, por anexação.

MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITAS/RENDIMENTOS.

Caracterizam como omissão de receitas, por presunção legal, 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.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE CONTAS BANCÁRIAS.

A falta de escrituração dos valores de movimentação financeira nas contas bancárias, quando esses valores perfazem a imensa maioria das receitas da empresa no período, torna a escrituração contábil e fiscal imprestável para adoção ou aplicação de outro regime tributário que não seja o arbitramento do lucro. Portanto, justificado está o arbitramento do lucro aplicado pela fiscalização.

PROTESTO GENÉRICO PELA PRODUÇÃO DE PROVAS.

É inadmissível o pleito genérico para produção posterior de provas ou perícias.

LANÇAMENTOS REFLEXOS: CSLL. PIS. COFINS.

Versando sobre as mesmas ocorrências fáticas, aplica-se aos lançamentos reflexos o que restou decidido para o lançamento do IRPJ (lançamento principal), inexistindo razão jurídica para decidir diversamente.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar suscitada e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa- Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel- Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa (Presidente), José de Oliveira Ferraz Corrêa, Gilberto Baptista, Nelso Kichel, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Nereida de Miranda Finamore Horta em substituição ao Conselheiro Alfredo Henrique Rebello Brandão.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário de fls. 473/489 interposto pela contribuinte em face da decisão proferida pela 2ª Turma da DRJ/Curitiba (fls. 460/467) que julgou procedente o ato de exclusão do SIMPLES com efeito a partir de 01/01/2005 (por excesso de receita bruta apurado no ano-calendário 2004 em processo conexo) e o lançamento do crédito tributário do IRPJ e reflexos (CSLL, PIS e Cofins) do exercício 2006, ano-calendário 2005.

Quanto aos fatos, por bem resumir o que consta dos autos até então, reproduzo o relatório constante da decisão recorrida (fls. 460-verso/462-verso), *in verbis*:

(...)

Trata o processo de manifestação de inconformidade pela exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — Simples, por motivo de excesso de receita bruta auferida no ano-calendário de 2004, e de autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica — IRPJ e reflexos, relativos ao ano- calendário de 2005.

2. O Ato Declaratório Executivo DRF/Maringá nº 7, de 27/03/2007, à fl. 369, excluiu o contribuinte do regime do Simples, com efeitos a partir de 01/01/2005, por incorrer na vedação prevista no art. 9º, inciso I, da Lei nº 9.317, de 1996.

3. Cientificada do ADE em 02/04/2007, conforme AR de fl. 372, tempestivamente, em 30/04/2007, a interessada apresentou manifestação de inconformidade ao ato de exclusão, às fls. 386/388, que se resume a seguir:

a. Alega que o desenquadramento deu-se com base única e exclusivamente em movimentação bancária, sendo pacífico e indiscutível que tal fundamento não é, não foi e nunca será renda e muito menos receita bruta;

*b. Entende que o **ADE deverá ser julgado improcedente** por não haver previsão legal na base em que foi desenquadrada a empresa;*

c. Aduz que o desenquadramento é improcedente porque a empresa apresentou tempestivamente suas declarações do imposto de renda e os valores ali consignados não determinam a saída da empresa do referido sistema do Simples, e que a própria SRF tem as informações e com certeza haverá o delegado de apurar que os valores utilizados para justificar o desenquadramento são oriundos da fiscalização em função da CPMF;

d. Lembra que a SRF baseou-se nos autos de infração 0910500/00495, relativos aos tributos do Simples, totalizando R\$ 399.106,56, e apurados em auditoria sobre o movimento bancário, sendo que o auto está sendo combatido pela requerente, eis que o lançamento é improcedente de igual modo,

tendo sido protocolado a defesa que, em tempo próprio, haverá de reverter os efeitos do ADE;

e. Requer o cancelamento do ADE, a suspensão de seus efeitos, levando em conta fundamentalmente que o assunto encontra-se em discussão administrativa.

4. O auto de infração de IRPJ (fls. 405/411) exige o recolhimento de R\$ 75.635,41 de imposto e R\$ 56.726,55 de multa de lançamento de ofício, além dos encargos legais. O lançamento resultou de procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias da interessada, em que foram apuradas as seguintes infrações, relatadas no Termo de Verificação Fiscal, de fls. 361/368:

Receita Operacional Omitida — Prestação de Serviços Gerais — Omissão de Receitas: nos períodos de 03/2005 e 06/2005. Enquadramento legal nos arts. 532 e 537 do RIR/999. Multa de 75%;

Receitas Operacionais — Prestação de Serviços Gerais Decorrente da Exclusão do Simples: nos períodos de 03/2005 e 06/2005. Enquadramento legal nos arts. 529, 530, 531, 532, 541 e 542 do RIR/1999. Multa de 75%;

5. O auto de infração da CSLL (fls. 412/417) exige o recolhimento de R\$ 23.987,11 de Contribuição e R\$ 17.990,33 de multa de lançamento de ofício, além dos encargos legais.

(...)

6. O auto de infração do PIS (fls. 420/427) exige o recolhimento de R\$ 5.517,44 de Contribuição e R\$ 4.138,06 de multa de lançamento de ofício, além dos encargos legais.

(...)

7. O auto de infração da Cofins (fls. 428/435) exige o recolhimento de R\$ 32.639,62 de Contribuição e R\$ 24.479,70 de multa de lançamento de ofício, além dos encargos legais.

(...)

8. Cientificada em 09/07/2007, conforme AR de fl. 438, tempestivamente, em 06/08/2007, a interessada apresentou impugnação aos lançamentos, às fls. 441/457, por meio de seu representante legal, procuração à fl. 458, que se resume a seguir:

Preliminar. Nulidade.

f. Alega que o auto de infração deve ser considerado nulo por não atender aos requisitos de ordem intrínsecos e extrínsecos que devem guardar a autoridade fiscal ao lavrar o auto de infração, eis que se trata de autuação em que ainda não há decisão sobre a defesa apresentada sobre a exclusão da empresa do Simples, e ainda utiliza-se de ato ilegal e arbitrário que

excluiu a empresa do Simples, medida que ainda é pendente de análise;

g. Cita dispositivos da Lei 9.317/96 e Instrução Normativa nº 355, e afirma que em nenhum momento surgiu que o efeito da exclusão deva retroagir à data da opção exercida e convalidada pelo órgão competente, que seria uma decisão lamentável, e que os arts. 107 a 112 do CTN não definem com clareza qualquer efeito retroativo;

h. Entende que a única situação que poderia ser causa de fundamentação a favor do fisco é o caput do art. 106 do CTN, mas que, levando em conta também o inciso I, o dispositivo deve ser traduzido como de natureza interpretativa, aplica-se a ato ou fato pretérito, porém, há que excluir quaisquer penalidades;

i. Acrescenta que o que falta buscar é a irretroatividade que deve imperar na decisão, face à mudança da interpretação quanto à opção pelo sistema que deverá definir o entendimento de forma pacífica;

j. Cita doutrina;

k. Aduz que o fisco há que conceder ampla e total defesa sem cercear tal direito, devendo ser considerado que a empresa, desde a opção que o próprio fisco homologou vem cumprindo suas obrigações;

l. Aponta que, nos termos do art. 33 do Decreto nº 70.235/72, o recurso voluntário tem efeito suspensivo, e citando o art. 151, III do CTN, alega que, na pendência de julgamento da reclamação contra o ADE, o fisco não poderia autuar a empresa, considerando como excluída;

m. Reclama que tem o direito de, no caso da exclusão, buscar que o efeito ocorra a partir do mês subsequente, por força da intenção do legislador, e não pela simples interpretação casuística da autoridade fiscalizadora;

n. Requer seja declarada a nulidade do auto de infração, por consideração de exclusão arbitrária e não definitiva da empresa do Simples;

Mérito. Valores movimentados em conta corrente.

o. Explica que esteve com as mãos atadas, tendo em vista que todos os documentos, livros, comprovantes, agendas, anotações etc, foram apreendidos pela autoridade policial, quando da deflagração da Operação Hidra, que, com relação ao investigado Jairo de Castro Alves, cônjuge da sócia da empresa, nada foi apurado, sendo absolvido da imputação de contrabando e corrupção, principal acusação imposta aos investigados;

p. Justifica que as comprovações de origem dos valores movimentados em conta bancária restaram prejudicadas, pois encontravam-se e permanecem sem acesso aos documentos apreendidos, que poderiam mudar a situação da empresa frente ao fisco;

q. *Reclama que a autoridade fiscal arrecada todos os documentos possíveis encontrados na residência e empresa da impugnante, e não devolve, impedindo de justificar qualquer movimentação financeira;*

r. *Contesta que os próprios valores declarados como sendo de propriedade da impugnante que transitaram pela conta bancária da sócia da empresa, que são de responsabilidade da impugnante e que foram objeto de declaração retificadora, as quais foram declinadas em declaração de escritura pública, foram consideradas inválidas pelos fiscais, sem ao menos analisar a assertiva apresentada pela impugnante;*

Depósitos bancários de origem não comprovada

s. *Sustenta que a tributação a partir de extratos de depósitos bancários não encontra guarida nos tribunais pátrios, ou até mesmo diante de decisões administrativas dominantes do Conselho de Contribuintes;*

t. *Pondera que o tributo possui como fato gerador, única e exclusivamente, a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica, de renda ou proventos de qualquer natureza, conforme art. 43 do CTN, o que é incompatível com a simples constatação da realização de depósito em conta bancária, que podem configurar meros indícios da auferição de rendas;*

u. *Cita súmula 182 do TRF, decisão judicial e lições doutrinárias;*

v. *Conclui que a presunção legal estabelecida pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96 colide com as diretrizes do processo de criação das presunções legais, pois a experiência haurida com os casos anteriores evidenciou que entre esses dois fatos não havia nexo causal, vale dizer, constatou-se não haver liame absoluto entre o depósito bancário e o rendimento omitido;*

w. *Segue argumentando que a administração fazendária, mesmo depois da Lei Complementar nº 105/2001 e Lei nº 10.174/2001, continua impedida de considerar qualquer ingresso financeiro nas contas bancárias dos contribuintes como rendimentos tributáveis, mesmo que não haja comprovação de suas origens ou natureza; e que há que ser apresentado demonstrativo de utilização, pelo titular, do depósito bancário, em consumo ou aquisição de bens, para a demonstração de sinais exteriores de riqueza, ou ainda a comprovação de que os ingressos financeiros são sistemáticos, a fundar a alegação de que tais depósitos sejam efetivos rendimentos auferidos;*

x. *Afirma que a autoridade fiscal não se incumbiu cabalmente em demonstrar que os valores que ingressaram em conta corrente da empresa viessem a representar renda auferida.*

(...)

Por sua vez, a DRJ/Curitiba, apreciando as manifestações da contribuinte, manteve o ato de exclusão do SIMPLES com efeito a partir de 01/01/2005 e os autos de infração IRPJ e reflexos do ano-calendário 2005, conforme Acórdão de fls. 460/467.

Irresignada com essa decisão, da qual tomou ciência em 22/03/2010 (fl. 471), a contribuinte apresentou Recurso Voluntário, protocolizado em 12/04/2010 (fls. 473/489), juntando ainda o documento de fl. 490, reiterando as razões já apresentadas na instância *a quo*, quanto à exclusão do Simples, e quanto ao lançamento fiscal (preliminar e mérito).

Ademais, protestou provar o alegado por todos os meios pertinentes legais e admissíveis, requerendo, por fim, que seja acolhida a preliminar de nulidade do lançamento fiscal por exclusão arbitrária e não definitiva do SIMPLES e, caso não se entenda assim, no mérito, pediu provimento ao recurso pelas razões aduzidas.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator

O Recurso Voluntário foi apresentado tempestivamente e preenche as demais condições de admissibilidade. Por conseguinte, dele conheço.

Conforme relatado, os autos reúnem duas lides conexas, para serem julgadas conjuntamente: 1) Exclusão do SIMPLES, com efeito jurídico a partir de 01/01/2005, por ter a empresa extrapolado, no ano-calendário 2004, o limite de receita bruta para permanência nesse regime de tributação favorecido e simplificado; 2) Lançamento do IRPJ e reflexos (CSLL, PIS e Cofins) do ano-calendário 2005 (1º semestre), pelas normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES

A empresa foi excluída do SIMPLES pelo Ato Declaratório Executivo – ADE nº 07, de 27 de março de 2007, **com efeito a partir de 01/01/2005** (fl.369), pois no ano-calendário 2004 extrapolou o limite de receita bruta de R\$ 1.200.000,00 (Hum milhão e duzentos mil) para empresas de pequeno porte.

Vale dizer, no ano-calendário 2004 a recorrente auferiu receita bruta no montante de **R\$ 2.043.350,93**; desse valor, escriturou apenas R\$ 326.592,06, omitindo R\$ 1.716.758,87, conforme demonstrativo constante do referido Termo de Verificação de Ação Fiscal e Exclusão do SIMPLES (fl.363/368), *in verbis*:

(...)

5. A contribuinte apresentou os livros da escrituração contábil e fiscal (Diário, Razão, Entradas de Mercadorias, Saídas de Mercadorias e Inventário) dos anos calendários de 2003 a 2005.

6. Na escrituração contábil constatamos que não foram registradas as operações bancárias existentes em nome da empresa, conforme cópia dos extratos bancários de fls. nos anos-calendário de 2003 e 2004 conforme livros diário n.ºs 001 (Termo de Autenticação 04/113811-2 na JCP em 02/09/2004) e 002 (Termo de Autenticação 05/160584-8 na JCP em 08/12/2005).

7. Através dos extratos bancários de fls. 85 a 199 do volume I e 202 a 209 do volume II e Termo de Intimação Fiscal n.º 001/2005 e Demonstrativos da Apuração de Créditos em c/c Bancárias sem Comprovação anexos de fls. 210 a 263, apuramos omissão de receita caracterizada por depósitos (depósitos, créditos, cobranças, etc.) bancários não escriturados, e por falta de comprovação da origem dos créditos em contas correntes bancárias e não declaradas, com base nos artigos 287 e 288 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto n.º

3000/99 combinado como a artigo 18 da Lei n° 9.317/96, referente aos meses e valores a seguir relacionados: (...)

8. A empresa extrapolou o limite estabelecido pelo artigo 2° da Lei n° 9317 de 05/12/1996, com a nova redação dada pelo artigo 3° da Lei n° 9732 de 11/12/1998, a receita de R\$ 1.200.000,00, permitido para pagamento de tributos e contribuições pelo SIMPLES, no ano calendário de 2004, com a receita apurada no valor de R\$ 2.043.350,93 (receita declarada + receita omitida apurada), conforme demonstrativo abaixo:

(...)

Tendo a fiscalizada, apresentada as declarações retificadoras dos anos-calendário de 2003 a 2005, em 19/09/2006 conforme documentos de fls. 306, portanto ainda sob ação fiscal, iniciada em 22/07/2005, as referidas declarações serão suspensas para cobrança através do SICODEC.

(...)

Como no ano calendário de 2004 ultrapassou o limite da receita do SIMPLES, conforme já demonstrados item 8, propomos a exclusão do SIMPLES nos termos do artigo 14 e inciso II da Lei n° 9.317/96 com os efeitos da exclusão a partir de 01/01/2005 com base no artigo 15 inciso IV da Lei n° 9.317/96.

(...)

A recorrente argumenta que o desenquadramento do SIMPLES teria ocorrido com base em dados de movimentação bancária, pela utilização de dados da CPMF do ano-calendário 2004; que a movimentação financeira em suas contas correntes não seria receita bruta, muito menos renda; que apresentou, tempestivamente, as declarações do SIMPLES; que a omissão de receitas – depósitos bancários de origem não comprovada – é objeto do processo de exigência do IRPJ e reflexos no âmbito do SIMPLES, quanto ao ano-calendário 2004 (Processo n° 10950.000572/2007-98); que tal imputação está sendo contestada, repudiada e que provará – naqueles autos - a improcedência da omissão de receitas com base em mera movimentação bancária; que, ademais, requer efeito suspensivo ao ADE por ser arbitrário e ilegal, pois não poderia ter sido aplicado retroativamente, e por considerar a movimentação bancária como sendo receita bruta/renda.

Os argumentos da recorrente contra o ADE não merecem prosperar.

Os dados de movimentação bancária do ano-calendário 2003, 2004 e 2005, diferentemente do alegado pela recorrente, não decorreram de mero acesso aos dados da CPMF; pelo contrário, foram fornecidos pelas instituições financeiras em face de quebra do sigilo bancário da empresa por ordem judicial de 16/08/2005, no âmbito da Operação Hydra do Polícia Federal e do Ministério Público Federal.

A propósito, transcrevo, em parte, os termos da petição do Ministério Público Federal, requerendo a quebra do sigilo bancário, junto ao Juízo da Vara Federal Criminal em Maringá-PR, em 10/08/2005 (fls. 67/69), *in verbis*:

(...)

Tramita perante a Delegacia da Receita Federal em Maringá o Mandado de Procedimento Fiscal n° 0910500.2005-00495-3,

*instaurado mediante — representação da autoridade policial federal, com parecer favorável do Ministério Público Federal e acatado por esse r. Juízo Federal Criminal, tendente à realização de auditoria fiscal em relação à empresa **OFF SET DO BRASIL LTDA. EPP, CNPJ. 05.423.582/0001-32**, de modo a materializar o cometimento, entre outros, de crime contra a ordem tributária, bem como a constatação da utilização da mesma como meio para práticas ilícitas.*

Impende ressaltar que as apurações levadas à cabo no citado procedimento administrativo-fiscal consistem em desdobramento das diligências e investigações desencadeadas pela Polícia Federal através da Operação Hidra, que culminou no desbaratamento de grupo criminoso organizado, composto e com a participação, dentre outras da empresa acima, que atuava em vários estados do país na prática de Condutas e atividades ilícitas.

*Ocorre que, o Chefe da Seção de Fiscalização da Delegacia da Receita Federal em Maringá, pelo Ofício nº 620105/SAFIS/DRF/MGÁ-PR, datado de 05 de agosto de 2005, em anexo, solicita ao Ministério Público Federal que proceda perante esse r. Juízo Federal a requisição **da quebra de sigilo bancário da empresa OFF SET DO BRASIL LTDA. EPP**, de modo a ser determinado ao Banco Central do Brasil que providencie junto aos bancos e instituições financeiras do país, onde existam (ou existiu) contas bancárias em nome da citada pessoa jurídica e de terceiros em que tenha sido-lhe outorgada procuração com poderes para movimentação, em papel e em meio magnético, e sejam encaminhados à Delegacia da Receita Federal em Maringá, os documentos e informações bancárias, referentes ao período de 01/2003 a 06/2005,(...).*

Destarte, há de ser deferida a medida excepcional em referência, até porque, a fiscalização em curso visa a apuração de modalidades criminosas que causaram prejuízos à Fazenda Pública (contrabando/descaminho, etc.) e outras que estão sendo verificadas (crime contra a ordem tributária e outros conexos), outrossim, fazendo incidir a necessidade que seja resguardado o eventual ressarcimento dos danos causados ao erário público.

(...)

A garantia constitucional do sigilo há de ser concebida não como princípio absoluto, mas possuidor de limites legais e naturais que lhe estabelecem contornos, amoldando-o, enfim, preponderando o interesse social.

*Diante do exposto, o **Ministério Público Federal requer** a esse r. Juízo Federal Criminal **a quebra de sigilo bancário da empresa OFF SET DO BRASIL LTDA. EPP, CNPJ. 05.423.582/0001-32**, determinando-se ao Banco Central do Brasil que providencie junto aos bancos e instituições financeiras do país as informações e documentações supra descritas, do período de 01/2003 a 06/2005, referentes à citada empresa e terceiros (onde*

detenha procuração), e sejam as mesmas remetidas ao órgão Fazendário Federal em Maringá.

(...)

Na seqüência, o Juízo da Vara Federal em Maringá deferiu a quebra do sigilo bancário em 16/08/2005, conforme decisão de fl. 70 (frente e verso), *in verbis*:

(...)

Como é sabido, as informações bancárias não estão acobertadas pelo sigilo absoluto, cabendo relativizar a garantia diante de circunstâncias que indiquem a presença de interesse público superior. No caso presente, a quebra do sigilo que envolve os documentos bancários mostra-se imperiosa, a fim de permitir à autoridade fiscal o desenvolvimento das suas atividades fiscalizatórias, salvaguardando os interesses do erário e fornecendo os elementos necessários à persecução penal.

*Diante do exposto, defiro a quebra do sigilo bancário dos documentos solicitados pelo Chefe de Fiscalização da Receita Federal em Maringá/PR e pelo Dr. Procurador da República, e **determino ao Banco Central do Brasil** que providencie, no prazo de 15 (quinze) dias, junto aos bancos e instituições financeiras que encaminhem os documentos acima indicados diretamente à Seção de Fiscalização da Receita Federal de Maringá/PR, no prazo de 15 (quinze) dias.*

Observo que tais documentos passarão a fazer parte integrante do procedimento fiscal em trâmite perante a Delegacia da Receita Federal, cabendo à autoridade fazendária preservar o sigilo, nos limites das suas atribuições.

(...)

Logo, diferentemente do alegado pela recorrente, houve quebra do sigilo bancário por ordem judicial quanto aos dados de movimentação financeira nas contas correntes da autuada, em relação aos anos-calendário de 2003, 2004 e 2005.

Quanto à receita bruta do ano-calendário 2004, que extrapolou o limite para permanência da recorrente no SIMPLES, fato que implicou sua exclusão do SIMPLES com efeito jurídico a partir de 01/01/2005 (lide objeto dos presentes autos), alega a recorrente que essa receita bruta do ano-calendário 2004 está sendo objeto de questionamento e julgamento nos autos do processo administrativo fiscal nº 10950.000572/2007-98 de lançamento de diferença de tributos no âmbito do SIMPLES para os anos-calendário 2003 e 2004, e que, destarte, aquele processo seria prejudicial deste.

Sem dúvida, há conexão dos processos.

Entretanto, inexistente óbice para o presente julgamento das lides objeto destes autos (a prejudicialidade está superada), pois naqueles autos a questão da receita bruta do ano-calendário 2004 já foi enfrentada, no mérito, por este Egrégio Conselho Administrativo, cuja decisão manteve integralmente o feito fiscal (matéria já julgada), conforme Acórdão nº 1101-00.127, Primeira Câmara / Primeira Turma Ordinária, Sessão de Julgamento de 18 de junho 2009, *in verbis*:

(...)

Processo n° 10950.000572/2007-98

Recurso n° 160.948 Voluntário

Acórdão n° 1101-00.127 — 1ª Câmara /1ª Turma Ordinária

Sessão de 18 de junho de 2009

Matéria Simples - IRPJ e reflexos

Recorrente Off-set do Brasil Lida - EPP

Recorrida 2ª Turma/DRJ/Curitiba-PR

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004

Ementa: OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITO BANCÁRIO. Os valores creditados em conta bancária cuja origem não foi comprovada devem ser tributados como omissão de receitas da pessoa jurídica.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(...)

Destarte, não há impedimento para o presente julgamento, no mérito, das lides objeto destes autos, ou seja, da exclusão do Simples com base na receita bruta do ano-calendário 2004, e dos lançamentos do IRPJ e reflexos do ano-calendário 2005.

Aliás, como já dito, em relação à receita bruta do ano-calendário 2004, quanto ao mérito, a matéria já foi julgada, decidida, nos autos do citado processo conexo, implicando matéria preclusa nestes autos.

A propósito, transcrevo os fundamentos constantes do voto condutor do v. Acórdão deste Egrégio Conselho, processo conexo n° 10950.000572/2007-98, *in verbis*:

(...)

É descabida a alegação de impedimento de comprovação dos depósitos bancários, em face de suposta dificuldade de acesso a documentação bancária apreendida por autoridade policial.

Houve tempo suficiente durante a realização do procedimento fiscal para a recorrente obter a documentação junto a autoridade policial que teria apreendido a documentação.

Foram quase dois anos entre o início da fiscalização, em 22/07/2005 (fls. 04), e a lavratura dos autos de infração, em 23/03/2007.

Ademais, a recorrente não comprovou a alegada dificuldade de acesso à documentação bancária. Observe-se que os livros de escrituração contábil e fiscal foram apresentados à fiscalização, o que, de algum modo, contraria a alegação da recorrente.

A presunção de omissão de receitas com base em depósitos bancários de origem incomprovada está expressamente prevista no art. 42, caput, da Lei 9.430/96, que assim dispõe:

"Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, 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."

Segundo a pacífica jurisprudência emanada do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, os depósitos bancários sem comprovação de origem devem ser tributados como receitas omitidas, na forma do referido art. 42 da Lei 9.430/96, conforme se constata nos seguintes acórdãos:

"OMISSÃO DE RECEITAS. DEPOSITO BANCÁRIO. Os valores creditados em conta bancária cuja origem não foi comprovada devem ser tributados como omissão de receitas da pessoa jurídica. (Ac. 103-22.640/2006)

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITO BANCÁRIO. LANÇAMENTO EM DEPOSITO BANCÁRIO. PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO. O lançamento por presunção de omissão de receitas com base em depósito bancário de origem não comprovada somente tem lugar a partir do ano calendário de 1997, por força do disposto no art. 42, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Ac. CSRF/01-05.312/2005)

DEPOSITO BANCÁRIO. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. Os valores creditados em conta bancária mantida junto a instituição financeira quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, caracterizam omissão de rendimentos, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996. (Ac. CSRF/04-00.452/2006)"

(...)

Portanto, apenas para argumentar, a irresignação da recorrente – alegando que a movimentação financeira a crédito em suas contas correntes não seria receita bruta/renda – é mera falácia, pois, como restou consignado, decidido, no citado Acórdão e no voto condutor (cuja ementa e fundamentos do voto condutor foram transcritos acima), a movimentação bancária a crédito nas contas bancárias, quando não restar comprovada a origem pelo contribuinte, configura omissão de receitas/rendimentos, por presunção legal.

As declarações retificadoras não podem ser invocadas contra o fisco, pois foram apresentadas pela recorrente no curso do procedimento fiscal, quando já havia perdido a espontaneidade para efeito de exclusão da responsabilidade por infração à legislação tributária.

A propósito, extrai-se do Termo de Verificação de Ação Fiscal (fl. 367):

(...)

Tendo a fiscalizada, apresentada as declarações retificadoras dos anos-calendário de 2003 a 2005, em 19/09/2006 conforme documentos de fls. 306, portanto ainda sob ação fiscal, iniciada em 22/07/2005, as referidas declarações serão suspensas para cobrança através do SICODEC.

(...)

Nesse sentido, ainda transcrevo do voto condutor do r. Acórdão transcrito acima, deste Egrégio Conselho, processo conexo nº 10950.000572/2007-98, *in verbis*:

(...)

"A empresa protocolizou suas Declarações Simplificadas da Pessoa Jurídica Retificadoras de fls. 307/360, relativas aos anos-calendário 2003, 2004 e 2005 em 19/09/2006 conforme evidenciado no extrato obtido dos sistemas de controle da Secretaria da Receita Federal do Brasil — SRFB, à fl. 306.

Às fls. 4/6, tem-se o Termo de Início de Ação Fiscal, cientificado à contribuinte em 22/07/2005 fl. 7 e à fl. 451, tem-se o Aviso de Recebimento — AR cientificando-a do Termo de Verificação da Ação Fiscal e Exclusão do Simples e do Auto de Infração, em 28/03/2007- portanto, as declarações retificadoras foram efetuadas pela interessada durante o procedimento fiscal."

(...)

As declarações retificadoras apresentadas no curso do procedimento de fiscalização, destarte, não podem ser objetadas contra o fisco, por perda da espontaneidade fiscal por parte do contribuinte. Nesse sentido, a matéria é pacífica neste CARF, inclusive já está sumulada – Portaria CARF nº 49, de 01 de dezembro 2010 – Anexo II:

Súmula CARF nº 33:

A declaração entregue após o início do procedimento fiscal não produz quaisquer efeitos sobre o lançamento de ofício.

Com relação ao ato administrativo de exclusão do SIMPLES (ADE), inexistente previsão de efeito suspensivo, e nem poderia ter tal efeito, pois – tal ato em si – tem efeito meramente declaratório de situação jurídica anteriormente configurada, consolidada; não cria situação jurídica nova, apenas se reporta à data da infração (ano-calendário em que houve o excesso de receita bruta para permanecer no Simples), declarando meramente a vontade da lei que prevê a exclusão da empresa do Simples a partir do primeiro dia do ano seguinte à infração ocorrida.

Logo, o ADE, por não ter efeito suspensivo, mesmo sendo objeto de impugnação/recurso, não impede o fisco de efetuar lançamento dos tributos, via auto infração do IRPJ e reflexos, com base na legislação tributária aplicável às demais pessoas jurídicas em

relação aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário seguinte à infração que motivou a exclusão da recorrente do regime favorecido e simplificado de tributação.

Nesse sentido, dispõe a Lei 9.317/96, art.s 15 e 16, *in verbis*:

(...)

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

(...)

IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;

(...)

“Art. 16. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.”

A infração – extrapolação de receita bruta para permanecer no Simples – ocorreu em 2004. Por conseguinte, os efeitos da exclusão do SIMPLES pelo ADE deu-se a partir de 01/01/2005 (o ADE declarou a mera vontade da lei).

Como demonstrado, os efeitos do ato de exclusão, também, foram corretamente fixados pela autoridade fiscal, como sendo a partir do ano subsequente ao ano em que ocorreu o excesso de receitas, nos termos de art. 15, IV, da Lei nº 9.317/96.

Quanto à inexistência de suspensividade dos efeitos do ADE, transcrevo ainda, nessa parte, o voto condutor da decisão recorrida que, também, enfrentou essa questão (fl. 463-verso), *in verbis*:

(...)

14. Tampouco merece acolhida o pleito de suspensão dos efeitos da exclusão, tendo em conta que a impugnação contra o ato declaratório de exclusão não se sujeita ao efeito suspensivo, por ausência de previsão para tanto. Nesse sentido, cumpre consignar que o art. 151 do CTN arrola determinados casos de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, que não é a hipótese aqui analisada, já que o ato de exclusão do Simples não exige nenhum crédito. Além disso, deve ser levado em conta que o efeito suspensivo não se presume, isto é, ele só existe quando o legislador manifesta a intenção de conferir esse efeito, conforme o disposto no art. 61 da Lei nº 9.784, de 29/01/1999. Assim, diante da falta de expressa previsão na legislação tributária, tem-se que a manifestação de inconformidade contra a exclusão do Simples não provoca a suspensão dos efeitos da decisão.

Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.

Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.

O ADE foi expedido em 27/03/2007 (fl. 369).

A recorrente alegou que a RFB aplicou o ADE retroativamente. O argumento da recorrente, mais uma vez, é totalmente equivocado.

Reiterando: o ADE – como o próprio nome indica – não tem caráter constitutivo de direito, nem condenatório, mas sim meramente declaratório de uma situação jurídica já ocorrida, previamente constituída ou consumada; por isso, se reporta à data da ocorrência da infração a partir da qual a empresa – por expressa previsão legal – ficou sujeita às normas de apuração dos tributos aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Por conseguinte, nos atos declaratórios não há que falar em retroatividade (violação do princípio da irretroatividade), nem em suspensividade de seus efeitos, pois ele não tem caráter constitutivo, nem condenatório, apenas declaratório de situação jurídica anteriormente constituída.

De modo que não tem o menor cabimento a alegação da recorrente de que o ato de exclusão seria ilegal e arbitrário. Pelo contrário, como remonstrado, o ato de exclusão foi expedido rigorosamente nos estritos limites da legislação de regência.

Por tudo que foi exposto, deve ser mantida a exclusão da recorrente do SIMPLES, com efeito a partir de 01/01/2005, conforme consta do ADE.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL

No que concerne ao crédito tributário - autos de infração do IRPJ e reflexos (CSLL, PIS e Cofins) do ano-calendário 2005 (1º e 2º trimestres) -, a recorrente suscitou, preliminarmente, nulidade do lançamento fiscal, pela inexistência de decisão definitiva de exclusão da empresa do SIMPLES e por estar amparado – o lançamento fiscal - em ato declaratório ilegal e arbitrário (violação do princípio da irretroatividade).

A preliminar suscitada é totalmente descabida.

Como restou demonstrado anteriormente, no processo conexo nº 10950.000572/2007-98 – invocado pela recorrente –, a lide objeto daqueles autos já foi julgada por este Egrégio Conselho, restando mantido integralmente o feito fiscal. De modo que não há óbice algum ao presente julgamento, pois, em relação à receita bruta do ano-calendário 2004, a matéria já foi julgada naquele processo conexo (matéria decidida); portanto, preclusa nestes autos.

O ato de exclusão do SIMPLES – ADE, conforme já enfrentada a questão, no mérito, nestes autos, também inexistente óbice, pois foi expedido nos estritos termos da legislação de regência.

As questões alegadas da irretroatividade e da falta de suspensividade do ADE já foram, também, enfrentadas alhures.

Inexiste vício algum no lançamento fiscal por conta do ADE.

Por conseguinte, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento fiscal.

**DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.
LANÇAMENTO FISCAL. IRPJ. LUCRO ARBITRADO. PROTESTO GENÉRICO
PELA APRESENTAÇÃO DE PROVAS**

O fisco efetuou o lançamento do IRPJ e da CSLL (reflexo) do ano-calendário 2005 (1º e 2º trimestres/2005), com base no Lucro Arbitrado, pois a empresa permaneceu, indevidamente, no SIMPLES nesse ano, e a escrituração contábil restou imprestável para adoção de outro regime de tributação que não fosse o do Lucro Arbitrado de ofício, pois a receita omitida – depósitos bancários de origem não comprovada -, configuraram a imensa maioria das receitas da empresa no período.

Ainda, foram lançadas as contribuições sociais (PIS e Cofins), de apuração mensal, para os meses janeiro a junho/2005 (lançamentos decorrentes), com base na receita bruta mensal.

A escrituração contábil e fiscal da recorrente foi considerada imprestável, pois não continha a escrituração da movimentação bancária, a qual representa a imensa maioria das receitas desses dois trimestres do ano 2005, conforme demonstrativo abaixo extraído do Termo de Verificação de Ação Fiscal e Exclusão do Simples (fl. 366):

RECEITA BRUTA (prestação de serviços)

MÊS/ANO	DECLARADA	OMITIDA	APURADA
jan/05	17.032,21	175.794,94	192.827,15
fev/05	38.015,98	89.368,26	127.384,24
mar/05	41.359,45	180.830,55	222.190,00
abr/05	34.887,36	102.243,99	137.131,35
mai/05	41.820,98	98.500,53	140.321,51
jun/05	69.399,76	25.838,86	95.238,62
TOTAL	242.515,74	672.577,13	915.092,87

Para o IRPJ o coeficiente do Lucro Arbitrado foi de 38,40% (ou seja, 32% para atividades de serviços em geral, mais o acréscimo de 20% em face do arbitramento do lucro de ofício) e para a CSLL o coeficiente foi de 32%, conforme consta dos demonstrativos - autos de infração (fls. 405 e 412).

No mérito, a interessada contesta os lançamentos do IRPJ e reflexos, ano-calendário 2005, aduzindo, repetindo as mesmas razões já deduzidas no tópico da exclusão do SIMPLES, mormente a questão dos depósitos bancários a crédito em suas contas correntes sem origem comprovada, que não seriam receitas, nem renda.

A contribuinte não justificou a origem dos depósitos bancários em suas contas correntes bancárias; nem comprovou a existência de escrituração contábil/fiscal desses depósitos, embora intimada; não apresentou a escrituração contábil.

O fisco pode presumir a omissão de receitas e arbitrar o lucro da contribuinte com base nos extratos bancários, quando esta não comprove através de documentos hábeis e idôneos as suas alegações, uma vez que não mais se aplica a Súmula 182 do TRF.

Isto porque existem duas realidades distintas no que se refere ao uso da movimentação financeira para a caracterização da omissão de receitas, sendo uma com base no art. 6º, § 5º, da Lei nº 8.021/1990 (este revogado pela Lei n. 9.430/96), e a outra com base no art. 42 da Lei nº 9.430/1996, vejamos:

Lei nº 8.021/1990

"Art. 6º. O lançamento de ofício, além dos casos já especificados em lei, farse- á arbitrando-se os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza.

(...)

§ 5º - O arbitramento poderá ainda ser efetuado com base em depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações."[revogado]

Lei nº9.430/1996

"Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantido junto a instituição financeira, 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

Com base nos dispositivos acima transcritos, verifica-se que o que distingue uma realidade da outra é que a partir de 01/01/1997 — entrada em vigor da Lei nº 9.430/96 -, a existência de depósitos não escriturados ou de origem não comprovada tornou-se uma nova hipótese legal de presunção de omissão de receitas, que veio a se juntar as outras já existentes no ordenamento jurídico, sendo que a partir daí, atenuou-se a carga probatória atribuída ao fisco, que precisa apenas demonstrar a existência de depósitos bancários não escriturados ou de origem não comprovada para satisfazer o *onus probandi* a seu cargo.

Antes, tal previsão para depósitos bancários inexistia, e com isso o fisco necessitava, nos estritos termos do art. 6º, caput, e § 5º, da Lei nº 8.021/1990, não apenas constatar a existência dos depósitos bancários, mas estabelecer uma conexão, um nexo causal, entre tais depósitos e alguma exteriorização de riqueza e/ou operação concreta do sujeito passivo que pudesse dar ensejo à omissão de receitas.

O fato é que após a edição da Lei nº 9.430/1996, a movimentação bancária mantida ao largo da escrituração contábil da empresa ou sem comprovação da origem, presume-se realizada com valores omitidos à tributação, salvo prova em contrário, não mais se aplicando, portanto, o entendimento exarado na Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Para fatos geradores a partir de 1º/01/1997, no tocante à omissão de rendimentos/receitas com base em depósitos bancários com origem não comprovada, tem vigência única e plenamente o art. 42 da Lei nº9.430/96.

Esse diploma legal encerra presunção legal que implica inversão do ônus da prova.

O ônus da prova de que não houve omissão de receitas/rendimentos é da contribuinte.

Não há que se falar em sinais exteriores de riqueza ou prova do consumo da renda para tributar depósitos bancários com origem não comprovada pelo contribuinte, conforme matéria já sumulada:

Súmula CARF nº 26:

A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.

O depósito bancário de origem não comprovada é rendimento tributável pelo imposto de renda, por presunção legal.

Esse entendimento encontra-se pacificado no âmbito do Conselho de Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Nesse sentido, transcrevo precedentes jurisprudências deste Egrégio Conselho:

LANÇAMENTO COM BASE EM MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA - A Lei nº 9.430/96 (art. 42 e §§) operou uma significativa mudança no tratamento Tributário conferido à movimentação bancária dos contribuintes de imposto de renda. Inverteu o ônus da prova ao atribuir ao contribuinte o ônus de provar que valores creditados não se referem a receitas omitidas, sob pena de se sujeitar a autuação por acréscimo patrimonial a descoberto. A presunção criada a favor do fisco não afasta a tese de que, em princípio, depósitos bancários não representam, por si só, disponibilidade econômica de rendimentos. Faz-se mister, porém, um mínimo de esclarecimentos por parte do contribuinte e, na espécie, o Recorrente deixou transcorrer em branco as reiteradas oportunidades a ele concedidas para tanto. 1º Conselho de Contribuintes/2ª. Câmara / ACÓRDÃO 102-45.740 em 16.10.2002. Publicado no DOU em: 07.01.2003.

DEPÓSITOS SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM - ÔNUS DA PROVA - Cabe ao contribuinte comprovar a origem, com documentos hábeis e idôneos, de depósitos relacionados pela fiscalização, sob pena de serem considerados tais valores omissão de receita, por expressa presunção legal (art. 42 da Lei 9430/96). Desse modo, não é ônus da fiscalização promover cruzamento de depósitos bancários e operações que não estariam reportadas nos livros contábeis ou fiscais. Preliminares rejeitadas. Recurso negado. 1º Conselho de Contribuintes / 8ª. Câmara / ACÓRDÃO 108-07.355 em 16/04/2003. Publicado no DOU em: 18.06.2003.

Ainda, não há conflito entre o art. 42 da Lei nº 9.430/96, que presume como rendimento omitido os valores creditados em conta de depósitos para os quais o contribuinte não comprove sua origem, e os arts. 43 e 44 do Código Tributário Nacional que definem o fato gerador do imposto de renda – IR e o conceito de renda.

Apenas para argumentar, eventual antinomia entre as normas citadas somente poderia ser resolvido no âmbito de declaração de inconstitucionalidade das normas pelo Poder Judiciário, falecendo competência ao CARF para tanto.

A decisão recorrida, também, andou bem ao enfrentar as questões suscitadas pela recorrente quanto aos depósitos bancários de origem não comprovada, cujo voto condutor transcrevo, também como razão de decidir (fl. 465), *in verbis*:

(...)

31. Pelo histórico acima resumido, constata-se que o contribuinte não justificou a origem dos depósitos bancários efetuados em suas contas correntes, limitando-se a responder que os valores transitados nas contas das pessoas físicas da sócia e cônjuge pertencem à pessoa jurídica. Diante disso, não restou outra alternativa ao autuante senão constituir os lançamentos do IRPJ e reflexos, a título de omissão de receitas por depósitos bancários de origem não comprovada, que se equiparam a receitas pela presunção legal estabelecida pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96, conforme a base de cálculo a seguir resumida.

(...)

32. A presunção que autorizou a exigência de ofício é de ordem legal, e encontra previsão no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, nos seguintes termos:

Depósitos Bancários

“Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, 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.”

33. Esclareça-se que, nessa forma de apuração, o que se tributa não são os depósitos bancários como tais considerados, mas sim a omissão de receitas ou rendimentos que eles representam. Os depósitos são, na verdade, apenas a forma, o sinal de exteriorização pelo qual se manifesta a omissão de receitas objeto da tributação, porque não satisfatoriamente comprovada a origem financeira dos recursos utilizados. Conforme se depreende do texto legal, trata-se de presunção legal “juris tantum” que autoriza a caracterização de omissão de receita. É a própria lei que determina que os depósitos bancários, de origem não comprovada, caracterizam omissão de receita ou de rendimentos, e não meros indícios de omissão. A presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a

imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem dos recursos.

34. Reitere-se, portanto, que a caracterização da ocorrência do fato gerador do imposto de renda não se dá pela mera constatação de um depósito bancário, considerada isoladamente, abstraída das circunstâncias fáticas. Pelo contrário, a caracterização está ligada à falta de esclarecimentos da origem dos numerários depositados, conforme dicção literal da lei. Existe, portanto, uma correlação lógica entre o fato conhecido - ser beneficiado com um depósito bancário sem origem — e o fato desconhecido — auferir rendimentos. Essa correlação autoriza plenamente o estabelecimento da presunção legal de que o dinheiro surgido na conta bancária, sem qualquer justificativa, provém de receitas ou rendimentos não declarados.

35. A única forma de elidir a presunção legal é a apresentação de provas hábeis e idôneas que demonstrem a origem dos recursos utilizados nos depósitos bancários. E essas provas, se não apresentadas por ocasião da fiscalização, devem ser apresentadas junto com a peça de defesa, o que não ocorreu. Tanto durante a ação fiscal como na peça impugnatória, a interessada absteve-se de apresentar qualquer comprovação acerca dos depósitos efetuados em suas contas correntes, o que autoriza a caracterização da omissão de receitas.

(...)

40. Quanto à forma de tributação exigida, cumpre registrar que o auditor fiscal corretamente procedeu ao arbitramento do lucro. Conforme narrado no Termo de Verificação Fiscal, à fl. 363, foi constatado que a empresa não registrava suas operações bancárias em sua contabilidade. Em vista disso, o arbitramento do lucro era a medida que se impunha, com fulcro no art. 530, II, "a" do RIR/99, que assim dispõe:

Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei n°8.981, de 1995, art. 47, e Lei n°9.430, de 1996, art. 19):

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária;

Tributação reflexa

41. Os lançamentos do PIS, Cofins e CSLL, por serem decorrência da exigência do IRPJ, seguem a mesma sorte deste, de forma que devem ser considerados todos procedentes, pelas mesmas razões expostas em itens anteriores.

Multa.

42. Quanto à exigência da multa, conclui-se que a penalidade foi corretamente aplicada. A multa de ofício de 75% deve ser

acompanhada dos tributos exigidos mediante lançamento de ofício, sendo que sua previsão legal encontra-se disciplinada no art. 44, I da Lei nº 9.430, de 1996, (...).

(...)

Na situação dos autos, a recorrente não conseguiu comprovar a origem dos valores depositadas a crédito em suas contas correntes bancárias para os períodos objeto do procedimento de fiscalização.

A recorrente, novamente, não juntou provas aos autos por ocasião da apresentação do recurso nesta instância de julgamento, quanto a origem dos depósitos a crédito em suas contas correntes. Entretanto, como de praxe, protestou genericamente pela produção de provas nesta instância de julgamento.

Ora, as provas documentais devem ser produzidas, juntadas, por ocasião da apresentação da impugnação na primeira instância de julgamento ou junto com o recurso.

A contribuinte, ademais, não comprovou nos autos motivo de força maior que tivesse a impedido de juntar ou produzir provas quando da apresentação da impugnação/recurso.

Por conseguinte, tal faculdade processual de produzir provas posteriormente à impugnação restou preclusa (Decreto nº 70.235/72, art. 16, § 4º).

Em relação às declarações retificadoras, como já demonstrado no tópico da exclusão do SIMPLES, foram apresentadas no curso do procedimento de fiscalização; logo não possuem o condão de afastar a responsabilidade por infração à legislação tributária, pois a recorrente já havia perdido a espontaneidade.

As questões suscitadas em relação à Lei Complementar nº 105/2001 restaram prejudicadas, pois o acesso à movimentação bancária deu-se por quebra do sigilo bancário por ordem judicial.

Entretanto, apenas para argumentar, ainda que não houvesse quebra do sigilo bancário por ordem judicial, que não é o caso, o acesso direto do fisco à movimentação bancária do contribuinte (transferência de dados da movimentação financeira) é autorizada pela legislação de regência (LC nº 105/2001, Lei nº 10.174/2001 e Decreto nº 324/2001).

Nesse sentido, a jurisprudência dos nossos tribunais é pacífica pelo acesso direto do fisco – sem ordem judicial – à movimentação bancária, pela expedição de Requisição de Movimentação Financeira – RMF dirigida às instituições financeiras/Bancárias, na forma do Decreto nº 3.724/2001.

Quanto ao TRF/4ª Região, transcrevo a ementa do Acórdão da 1ª Turma, de 02/05/2002, verbis:

“TRIBUTÁRIO. REQUISICÃO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. LC nº 105/01. PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO. QUEBRA DE SIGILO. INOCORRÊNCIA.

1. A Lei nº 10.174/01, que deu nova redação ao § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311, permitindo o cruzamento de informações relativas à CPMF para a constituição de crédito tributário pertinente a outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, disciplina o procedimento de fiscalização em si, e não os fatos econômicos investigados, de forma que os procedimentos iniciados ou em curso a partir de janeiro 2001 poderão valer-se dessas informações, inclusive para alcançar fatos geradores pretéritos, (CTN, art. 144, § 1º). Trata-se de aplicação imediata da norma, não se podendo falar em retroatividade.

2. O art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724/01, autoriza a autoridade fiscal a requisitar informações acerca da movimentação financeira do contribuinte, desde que já instaurado o procedimento de fiscalização e o exame dos documentos seja indispensáveis à instrução, preservado o caráter sigiloso da informação.

3. O acesso a informações junto a instituições financeiras, para fins de apuração de ilícito fiscal, não configura ofensa ao princípio da inviolabilidade do sigilo bancário, desde que cumpridas as formalidades exigidas pela Lei Complementar nº 105/01 e pelo Decreto nº 3.724/01” (Ac. 1ª Turma do TRF da 4ª R – mv – ag 2002.04.01.003040-0/PR – Rel. Des. Fed. Maria Lúcia Luz Leiria – j 02.05.02 – Agte.: Joaquim Costa; Agdas.: União Federal/Fazenda Nacional – DJU 2 05.06.02, p 164.)

Quanto ao TRF/3ª Região, transcrevo a seguinte ementa de Acórdão da Sexta Turma, Juíza Consuelo Yoshida, DJU de 25/11/2002, pag. 603, verbis:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. IRRETOATIVIDADE DA LEI. CONSTITUCIONALIDADE.

1. O alegado SIGILO bancário não pode ser interpretado como direito absoluto, desvinculado de outras garantias constitucionais, havendo de compatibilizar-se, pois, com os demais princípios, voltados à consecução do interesse público.

2. É plenamente legítimo que a AUTORIDADE competente (Fisco), uma vez detectados indícios de falhas, incorreções, omissões, ou de cometimento de ilícito FISCAL, requisite as informações e documentos de que necessita para consecução de seu dever legal de constituir crédito tributário.

3. Não há que se falar em ofensa ao princípio da irretroatividade da lei tributária, porquanto a Lei Complementar nº 105/01, bem como a Lei nº 10.174/01 não criaram novas hipóteses de incidência, a albergar fatos econômicos pretéritos, mas apenas dotaram a Administração Tributária de instrumentos legais aptos a promover a agilização e o aperfeiçoamento dos procedimentos fiscais.

4. Precedentes desta Turma.

5. Apelação improvida.

Quanto ao Superior Tribunal de Justiça - STJ, há vários precedentes, cujas ementas são as seguintes, in verbis:

RECURSO ESPECIAL ALÍNEA 'A'. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENDIDA SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE TERMO DE PROCEDIMENTO FISCAL. REQUERIMENTO DE INFORMAÇÕES AO CONTRIBUINTE RELATIVAS AO ANO-BASE DE 1998, A PARTIR DE DADOS INFORMADOS PÉLOS BANCOS À SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL SOBRE A CPMF. PRETENDIDA COBRANÇA DE CRÉDITOS RELATIVOS A OUTROS TRIBUTOS. ARTIGO 6º DA LC 105/01 E 11, § 3º, DA LEI N. 9.311/96, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 10.174/01. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO RETROATIVA. EXEGESE DO ART. 144, § 1º, DO CTN.

À luz do que dispõe o artigo 144, § 1º, do CTN, infere-se que as normas tributárias que estabeleçam 'novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas', aplicam-se ao lançamento do tributo, mesmo que relativas a fato gerador ocorrido antes de sua entrada em vigor. Diversamente, as normas que descrevem os elementos do tributo, de natureza material, somente são aplicáveis aos fatos geradores ocorridos após o início de sua vigência (cf. "Código Tributária Nacional Comentado"). Vladimir Passos de Freitas (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 566). Nesse contexto, forçoso reconhecer que os dispositivos (arts. 6º da LC n. 105/01 e 11, § 3º, da Lei n. 9.311/96, na redação dada pela lei n. 10.174/01) que autorizam a utilização dos dados da CPMP pelo Fisco para a apuração de eventuais créditos tributários relativos a outros tributos são normas adjetivas ou meramente procedimentais, acerca das quais não prevalece a irretroatividade defendida pelo v. acórdão da Corte a quo. É de se observar, tão-somente, o prazo de que dispõe a Fazenda Nacional para constituição do crédito tributária. Tanto o art. 6º da Lei Complementar 105/2001, quanto o art. 1º da Lei 10.174/2001, por ostentarem natureza de normas tributárias procedimentais, são submetidas ao regime intertemporal do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, permitindo sua aplicação, utilizando-se de informações obtidas anteriormente à sua vigência' (REsp 506.232/PR, Relator Min. Luiz Fux, DJU 16/02/2004). No mesmo sentido: REsp 479.201/SC, Relator Min. Francisco Falcão, DJU 24/05/2004. Recurso especial provido para denegar a segurança requerida" (Segunda Turma - REsp 505.493/PR, Rei. Min. Franciulli Netto, DJU de 08.11.04);

TRIBUTÁRIO. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL APLICAÇÃO INTERTEMPORAL. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. RETROATIVIDADE PERMITIDA PELO ART. 144, § 1º DO CTN.

1. *O resguardo de informações bancárias era regido, ao tempo dos fatos que permeiam a presente demanda (ano de 1998), pela Lei 4.595/64, reguladora do Sistema Financeiro Nacional, e que foi recepcionada pelo art. 192 da Constituição Federal com força de lei complementar, ante „ a ausência de norma regulamentadora desse dispositivo, até o advento da Lei Complementar 105/2001.*
2. *O art. 38 da Lei 4.595/64, revogado pela Lei Complementar 105/2001, previa a possibilidade de quebra do sigilo bancário apenas por decisão judicial.*
3. *Com o advento da Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF, as instituições financeiras responsáveis pela retenção da referida contribuição, ficaram obrigadas a prestar à Secretaria da Receita Federal informações a respeito da identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações bancárias, sendo vedado, a teor do que preceituava o § 3º da art. 11 da mencionada lei, a utilização dessas informações para a constituição de crédito referente a outros tributos.*
4. *A possibilidade de quebra do sigilo bancário também foi objeto de alteração legislativa, levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001, cujo art. 6º 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."*
5. *A teor do que dispõe o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao passo que as leis de natureza material só alcançam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.*
6. *Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por envolver natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos.*
7. *A exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência.*
8. *Inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal.*

9. *Recurso Especial desprovido, para manter o acórdão recorrido" (Primeira Turma - REsp 685.708/ES, Rei. Min. Luiz Fux, DJU de 20.06.05).*

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DEFICIÊNCIA RECURSAL. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. ARTIGO 6º DA LC 105/01 E 11, § 3º DA LEI Nº 9.311/96, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.174/2001. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 144, § 1º DO CTN.

1. *Não enseja conhecimento a pretensão recursal sem a indicação do dispositivo de lei federal tido como violado e sem a exposição dos motivos pelos quais pugna pela reforma do julgado, ante o disposto na Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.*

2. *O artigo 38 da Lei nº 4.595/64 que autorizava a quebra de sigilo bancário somente por meio de requerimento judicial foi revogado pela Lei Complementar nº 105/2001.*

3. *A Lei nº 9.311/96 instituiu a CPMF e no § 2º do artigo 11, determinou que as instituições financeiras responsáveis pela retenção dessa contribuição prestassem informações à Secretaria da Receita Federal, especificamente, sobre a identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações efetuadas, vedando, contudo, no seu § 3º a utilização desses dados para constituição do crédito relativo a outras contribuições ou impostos.*

4. *A Lei 10.174/2001 revogou o § 3º do artigo 11 da Lei nº 9.311/91, permitindo a utilização das informações prestadas para a instauração de procedimento administrativo-fiscal a fim de possibilitar a cobrança de eventuais créditos tributários referentes a outros tributos.*

5. *Outra alteração legislativa, dispondo sobre a possibilidade de sigilo bancário, foi veiculada pela o artigo 6º da Lei Complementar 105/2001.*

6. *O artigo 144, § 1º do CTN prevê que as normas tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao contrário daquelas de natureza material que somente alcançariam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.*

7. *Os dispositivos que autorizam a utilização de dados da CPMF pelo Fisco para apuração de eventuais créditos tributários referentes a outros tributos são normas procedimentais e por essa razão não se submetem ao princípio da irretroatividade das leis, ou seja, incidem de imediato, ainda que relativas a fato gerador ocorrido antes de sua entrada em vigor. Precedentes.*

8. *Ressalvado o prazo que dispõe a Fazenda Nacional para a constituição do crédito tributário.*

9. *Recurso especial conhecido em parte e provido. RECURSO ESPECIAL Nº 757.956 - RS (2005/0095707-4), RELATOR: MINISTRO CASTRO MEIRA, 2ª Turma.*

A matéria, inclusive, encontra-se sumulada neste Egrégio Conselho – Portaria CARF nº 49, de 01 de dezembro de 2010 – Anexo II:

Súmula CARF nº 35:

O art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, com a redação dada pela Lei nº 10.174/2001, que autoriza o uso de informações da CPMF para a constituição do crédito tributário de outros tributos, aplica-se retroativamente.

LANÇAMENTOS REFLEXOS: CSLL, PIS E COFINS.

Versando sobre as mesmas ocorrências fáticas, aplica-se aos lançamentos reflexos o que restou decidido no lançamento do IRPJ (lançamento principal).

Por fim, ante tudo que foi exposto, voto para REJEITAR a preliminar de nulidade, e, no mérito, para NEGAR provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel