



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

**Processo n°** 10950.722628/2011-45  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1402-001.561 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 12 de fevereiro de 2014  
**Matéria** IRPJ  
**Recorrente** COMÉRCIO DE FRUTAS THOMAZ & CIA LTDA - ME  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2006

OMISSÃO DE RECEITAS.

Constatado, mesmo após a apresentação das declarações retificadoras, que a contribuinte não teria oferecido a totalidade das receitas à tributação e, não tendo ela logrado afastar a omissão de receitas, mantêm-se as correspondentes exigências.

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Ano-calendário: 2007

LUCRO ARBITRADO.

A recusa da contribuinte em optar pela forma de tributação desejada e a sua exclusão ao Simples por excesso de receitas no ano calendário imediatamente anterior, remete o fisco à adoção do arbitramento do lucro.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2006, 2007

**SIGILO BANCÁRIO. ACESSO A DADOS BANCÁRIOS. DISPENSA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.**

Descabe alegar quebra de sigilo bancário sob o argumento de ausência de autorização judicial, eis que a legislação tributária autoriza o fisco ao acesso direto aos dados bancários junto às instituições financeiras.

**SIGILO BANCÁRIO. APURAÇÃO. BASE LEGAL. INCONSTITUCIONALIDADE.**

Salvo nos casos de que trata o artigo 26-A, do Decreto nº 70.235, de 1972, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, não tem competência

para conhecer de matéria que sustente a insubsistência do lançamento sob o argumento de que a autuação se deu com base norma inconstitucional.

**EXCLUSÃO DA ESPONTANEIDADE. EFEITOS. PAGAMENTOS NO CURSO DO PROCEDIMENTO.**

O início do procedimento fiscal exclui a espontaneidade do contribuinte relativamente à matéria indicada no Termo de Início de Fiscalização.

**MULTA DE OFÍCIO. PERCENTUAL DE 150%.**

Justifica-se a qualificação da multa de ofício no percentual de 150% quando restar demonstrado que o contribuinte agiu de forma dolosa, com o propósito de impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, ou de excluir ou modificar as suas características.

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. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Carlos Pelá. Participou do julgamento o Conselheiro Alexandre Alkmin Teixeira.

*(assinado digitalmente)*

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente.

*(assinado digitalmente)*

FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Frederico Augusto Gomes de Alencar, Carlos Pelá, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Paulo Roberto Cortez, Alexandre Alkmin Teixeira e Leonardo de Andrade Couto.

## Relatório

Comércio de Frutas Thomaz & Cia Ltda – ME recorre a este Conselho contra decisão de primeira instância proferida pela 1ª Turma da DRJ Curitiba/PR, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Por pertinente, transcrevo o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

“O presente processo trata dos seguintes atos a serem analisados: a) manifestação de inconformidade ao conteúdo do Ato Declaratório Executivo DRF/MGA nº 40 (fl.2.625), de 19/08/2011, que determinou a exclusão da contribuinte ao Simples Federal, desde 01/01/2007; b) manifestação de inconformidade ao conteúdo do Ato Declaratório Executivo DRF/MGA nº 41 (fl.2.626), de 19/08/2011, que determinou a exclusão da contribuinte ao Simples Nacional, desde 01/07/2007, em face da extrapolação do limite de receitas; c) a impugnação aos autos de infração lavrados na sistemática do Simples, relativos aos fatos geradores ocorridos no ano calendário de 2006 e; d) a impugnação aos autos de infração lavrados pela sistemática do Lucro Arbitrado, relativos aos fatos geradores ocorridos no ano calendário de 2007 (fls. 2.643-2.756).

### Dos atos de Exclusão

#### ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 40, DE 19/08/2011

O ADE nº 40, de 19/08/2011 foi expedido em face da Representação Fiscal de fls. 2.621-2.624, onde restou demonstrado que a contribuinte em análise, auferiu no ano calendário de 2006 receita no importe de **RS\$3.136.268,98**, com base na escrituração por ela mantida e na movimentação bancária, sendo que deste montante, ofereceu à tributação apenas **RS\$2.369.100,38**, tendo sido omitido o importe de **RS\$767.168,60**. A fundamentação para a emissão do ato foi afronta ao disposto no artigo 9º, inciso II e artigo 13, inciso II, alínea "a" ambos da Lei nº 9.317, de 1996, com efeitos a partir de 01/01/2007.

#### ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 41, DE 19/08/2011

O ADE nº 41, de 19/08/2011 foi expedido em face da Representação Fiscal já mencionada, tendo em vista a ocorrência da hipótese de exclusão obrigatória do Simples Nacional, prevista no artigo 12, inciso I da Resolução CGSN nº 04, de 30 de maio de 2007 e artigo 5º, inciso XI da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, por excesso de receita bruta em relação ao limite de R\$2.400.000,00 no ano-calendário de 2006. A fundamentação para a emissão do ato foi afronta ao disposto no inciso II do artigo 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, combinado com os já mencionados artigo 12, inciso I da Resolução CGSN nº 04, de 30 de maio de 2007 e artigo 5º, inciso XI da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, sendo que os efeitos obedecem ao disposto no artigo 6º, inciso VII da Resolução CGSN nº 15, de 2007.

Foi cientificada das exclusões em **26/08/2011**, fl.2.758, oportunidade em que também recebeu o Termo de Verificação Fiscal e os Autos de Infração de que trata este procedimento.

### Das autuações

#### DO LANÇAMENTO PELO SIMPLES

Dando prosseguimento à ação fiscal, em **24/08/2011**, foram lavrados os autos de infração de fls. 2.643-2.716, onde se exige o crédito tributário de R\$8.223,60 a título de Imposto de Renda Pessoa Jurídica-Simples (fl.2.643), R\$6.051,65 de Contribuição ao PIS-Simples (fl.2.672), R\$8.223,60 de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido-Simples (fl.2.682), R\$24.298,66 de Cofins-Simples (fl.2.692), e, R\$70.196,22 de Contribuição ao INSS-Simples (fl.2.702), referente aos fatos ocorridos no ano calendário de 2006, todos acrescidos de multa de ofício à razão de 150% e juros de mora, totalizando R\$353.979,50.

As infrações que estão sendo imputadas ao sujeito passivo estão minuciosamente descritas no Termo de Verificação Fiscal de fls.2.628-2.642 e qualificam-se por omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários não escriturados e, insuficiência de recolhimentos decorrente da alteração da faixa de tributação.

O enquadramento legal das exigências ficou assim estabelecido:

- a) para o IRPJ, art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995; § 2º do art. 2º, alínea "a" do § 1º do art. 3º, inciso II, § 1º do art. 5º e, §1º do art. 7º, todos da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e, art. 3º da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998, art. 42 da Lei nº 9.430 de 1996, e; art. 186, 188 e 199 do RIR/99;
- b) para o PIS, a alínea "b" do art. 3º da Lei Complementar nº 07, de 07 de julho de 1970, art. 1º e parágrafo único da Lei Complementar nº 17 de 1970, art. 2º, inciso I, 3º e 9º da Medida Provisória nº 1.249, de 1995 e suas reedições e art. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "b", 5º e 7º § 1º, da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998;
- c) para a Contribuição Social, o art. 1º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988; o § 2º do art. 2º, alínea "c" do § 1º do art. 3º, inciso II, § 1º, do art. 5º, art. 5º, 7º, 17, 18, 19 e 23 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998;
- d) para a Cofins, o art. 1º da Lei Complementar nº 70, de 1991; o § 2º do art. 2º, alínea "d" do § 1º do art. 3º, inciso II e § 1º do art. 5º, art. 6º, 7º, 17, 18, 19 e 23 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998 e;
- e) para a Contribuição ao INSS, o § 2º do art. 2º, alínea "f" do § 1º do art. 3º, inciso II e § 1º do art. 5º, art. 6º, 7º, 17, 18, 19 e 23 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, combinado com o art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998.

A razão utilizada para o calculo da multa de ofício é 150% e está amparada no art. 44, inciso I e § 1º da Lei nº 9.430, de 1996, combinado com o art. 19 da Lei nº 9.317, de 1996.

#### DO ARBITRAMENTO

Também foram lavrados os autos de infração de fls. 2.717-2.756, onde se exige o crédito tributário de R\$58.362,47 a título de Imposto de Renda Pessoa

Jurídica (fl.2.717), R\$35.859,58 de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (fl.2.725), R\$21.586,28 de contribuição ao PIS (fl.2.735) e, R\$99.212,97 de Cofins (fl.2.746) e, com base no arbitramento do lucro, acrescidos de multa de ofício à razão de 150% e juros de mora, totalizando R\$3.314.851,90.

O suporte legal para a exigência dos tributos obedece ao seguinte:

- a) IRPJ - artigos 27, inciso I e 42 da Lei nº 9.430, de 1996, artigos 532 e 537 do RIR/99;
- b) CSLL - artigo 2º e §§ da Lei nº 7.689, de 1988, art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995, art. 29 da Lei nº 9.430 de 1996, artigo 37 da Lei nº 10.637, de 30/12/2002 e art. 3º da Lei nº 7.689, de 1988, com as alterações introduzidas pelo artigo 17 da Lei nº 11.727, de 2008;
- c) PIS - base legal os artigos 1º e 3º da Lei Complementar nº 7 de 07/09/1970, art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249, de 1995 e, artigos 2º, inciso I, alínea "a" e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524, de 17/12/2002 e;
- d) COFINS - artigos 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524, de 17/12/2002.

Aqui, está sendo imputada omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada.

O sujeito passivo foi cientificado da exigência em 26/08/2011, conforme AR de fl. 2.758.

### **Impugnação**

Na impugnação apresentada em 22/09/2011, fls. 2.761-2.765, alega há que se distinguir rendimento das transferências de capital, que depósitos bancários por si só não são indicativos de fato gerador de imposto e que caberia ao fisco provar tratar-se de receita e que o ônus da prova, mesmo em matéria de Direito Tributário, segue o princípio geral de Direito, que incumbe a quem alega ou a quem aproveita, assim, a sua inversão constitui procedimento ilícito.

Sustenta que, no caso em pauta, o fato gerador do tributo foi reconhecido por ocasião da reconstituição da escrita produzida pela impugnante, com a inclusão dos valores que tinham sido omitidos, antes da lavratura do auto de infração, portanto, sanada a problemática relativa ao fato gerador dos anos calendário fiscalizados.

Afirma que não consta dos autos qualquer labor probatório por parte da autoridade fiscal tendente a conferir os dados da atividade comercial da reclamante com os novos dados inseridos na reconstituição da escrita, motivo pelo qual a obrigação tributária revela-se em duplicidade tendo em vista que a reconstituição gerou oferecimento de recolhimento da diferença de imposto, cujo recolhimento por parcelas mensais, vem sendo realizado e que, deveria ter sido compensado com a apuração presente, o montante já recolhido.

Defende que inexistem circunstâncias em que o dolo esteja comprovado, a fim de justificar o agravamento da multa, principalmente porque com a reconstituição da escrita muito antes da lavratura do auto de infração, eliminou-se a omissão do conhecimento do fato gerador à autoridade fazendária e a tributação oferecida supera e elimina a tributação presuntiva da lei em questão.

Invoca a inconstitucionalidade da tributação indiscriminada dos depósitos bancários porque: "se o depósito bancário pode ser elevado à categoria de fato gerador de imposto de renda, é absolutamente perceptível que se trata de fato gerador capenga, aleijão jurídico, porque não é tributo geral e universal, não atingindo a todos por igual, passando a constituir tributo de exceção e por isso, plenamente ilegal".

Ao final, pede que os autos de infração sejam julgados improcedentes. Juntou os documentos de fls. 2.766-2.791."

A decisão de primeira instância, representada no Acórdão da DRJ nº 0637.814 (fls. 2.793-2.809) de 16/08/2012, por unanimidade de votos, declarou procedentes os atos declaratórios que determinaram a exclusão da contribuinte ao Simples Federal e Simples Nacional e, no mérito, considerou improcedente a impugnação apresentada, com a consequente manutenção do crédito tributário lançado. A decisão foi assim ementada.

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

*Ano-calendário: 2006*

*RECEITA BRUTA. LIMITE LEGAL. A empresa optante do Simples que no ano-calendário auferir receita bruta em valor superior ao limite legal estabelecido para a micro empresa, estará automaticamente excluída do sistema no ano-calendário subsequente.*

*EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS. Deve ser mantido o Ato Declaratório de exclusão do Simples expedido pela unidade da Secretaria da Receita Federal que a jurisdição, em face da ocorrência de situação que a Lei a autoriza, assegurados o contraditório e a ampla defesa*

*OMISSÃO DE RECEITAS. Constatado, mesmo após a apresentação das declarações retificadoras, que a contribuinte não teria oferecido a totalidade das receitas à tributação e, não tendo ela logrado afastar a omissão de receitas, mantêm-se as correspondentes exigências.*

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

*Ano-calendário: 2007*

*LUCRO ARBITRADO. A recusa da contribuinte em optar pela forma de tributação desejada e a sua exclusão ao Simples por excesso de receitas no ano calendário imediatamente anterior, remete o fisco à adoção do arbitramento do lucro.*

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

*Ano-calendário: 2006, 2007*

*ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Discussões acerca da constitucionalidade, legalidade ou equidade das leis exorbitam da esfera de competência das autoridades administrativas, às quais cabe apenas cumprir o que determina a legislação em vigor, principalmente em se tratando de norma validamente editada, segundo o processo legislativo constitucionalmente estabelecido.*

*EXCLUSÃO DA ESPONTANEIDADE. EFEITOS. PAGAMENTOS NO CURSO DO PROCEDIMENTO. Iniciado o procedimento fiscal, fica o contribuinte com a espontaneidade afastada relativamente à matéria indicada no Termo de Início de Fiscalização e objeto de Termos posteriores, cientificados em intervalos inferiores a 60 (sessenta) dias, sujeitando-se ao lançamento de ofício do tributo, juntamente com as demais cominações legais dele decorrentes. A cobrança do lançamento, contudo, fica limitada aos valores não recolhidos, resultantes de imputação proporcional dos pagamentos efetuados após o início do procedimento fiscal aos débitos lançados, acrescidos de multa de ofício reduzida ao percentual previsto para pagamento no prazo de impugnação.*

*MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. A conduta da contribuinte de utilizar-se de contas dos sócios para pulverizar a movimentação bancária dos valores auferidos na atividade mercantil, sem que nenhuma razão plausível para tanto seja apresentada, justificam a aplicação da multa qualificada, por impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.”*

Contra a aludida decisão, da qual foi cientificada em 13/09/2012 (A.R. de fl. 2.818) a interessada interpôs recurso voluntário em 08/10/2012 (fls. 2.820-2.825) onde apresenta os argumentos a seguir sintetizados:

. que seria inconstitucional a quebra do seu sigilo bancário pela Delegacia da Receita Federal, por meio do Requerimento de Informação Sobre Movimentação Bancária (RMF);

. que o Fisco não teria levado em consideração recolhimentos a título de imposto de renda efetuados antes da lavratura do auto de infração, caracterizando, no seu entender, procedimento equivocado, já que estaria espontânea à época desses recolhimentos;

. que não há prova material relativamente aos montantes de depósitos bancários remanescentes, objeto do lançamento;

. que não há prova material relativamente aos montantes de depósitos bancários remanescentes, objeto do lançamento; e

. que seria incabível a qualificação da multa de ofício.

No que tange à quebra do sigilo bancário e a argumentação quanto a constitucionalidade dos correspondentes diplomas normativos, há que se ressaltar que, na análise de admissibilidade do Recurso Extraordinário nº 601314, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria, nos termos dos art. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil.

Sobre o assunto, dispunha o Regimento Interno do CARF, em seu art. 62-A, § 1º que *“Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil.”*

Nessa esteira, o presente processo foi sobrestado até que sobreviesse pronunciamento do STF sobre o tema.

Entretanto, a Portaria MF 545, de 18 de novembro de 2013, revogou os dispositivos que determinavam o sobrestamento dos autos nos termos já referidos, possibilitando o prosseguimento do feito.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Dele, portanto, tomo conhecimento.

## Histórico

A ação fiscal foi deflagrada inicialmente em 11/09/2009 (fl.2.049), em nome dos sócios da pessoa jurídica e, posteriormente, redirecionada para a Autuada.

Com o Termo de Início de Procedimento Fiscal, fls. 07-08 (30/11/2010), que redirecionou a ação fiscal para a pessoa jurídica, foi solicitada a apresentação do contrato social e alterações, Livro Registro de Entradas, Saídas e Apuração do ICMS, Livros Diário e Razão ou Livro Caixa, que demonstrasse a movimentação da pessoa jurídica, inclusive a financeira, por meio de extratos bancários, além de outros documentos ali enumerados.

Na mesma ocasião foi disponibilizado para que fizesse a recomposição da escrita, posto que parte das receitas eram desviadas para as contas correntes dos sócios e de terceiro (cônjuge de um deles), fl.s. 07-08.

O primeiro contato da pessoa jurídica com o fisco ocorreu em 20/12/2010, quando foram entregues o contrato social, e livros registro de Entrada, Saída e Apuração do ICMS, Diário e Razão auxiliar referentes aos períodos de apuração 2006 e 2007 (fls. 24-1.785).

Ante a falta de apresentação espontânea dos extratos bancários, foram esses requisitados diretamente às instituições financeiras (fls. 1.786-1.966). A contribuinte foi intimada a comprovar por meio de documentação hábil e idônea, a origem dos recursos depositados em suas contas correntes bancárias, tendo em vista que as pessoas físicas Antonio Pirolla Filho, CPF 173.565.049-87 e Alciene Rodrigues Thomaz, CPF 474.348.489-87, declararam que as movimentações financeiras existentes em seus nomes pertenciam de fato, à pessoa jurídica Comércio de Frutas Thomaz & Cia Ltda. Comprovada a informação, foi a contribuinte novamente chamada a recompor a escrita contábil pela modalidade do Lucro Real (fl.1967-1.968).

Num segundo contato, argumenta a empresa que os depósitos estariam vinculados às notas fiscais que foram apresentadas, ou seja seriam decorrentes de sua atividade empresarial e, em relação à recomposição da escrita, afirmou que a movimentação financeira da empresa dos períodos sob ação fiscal não ultrapassaram o limite de R\$ 2.400.000,00 e que a contabilidade teria sido recomposta para incluir a movimentação ocorrida nas contas das pessoas físicas já mencionadas sendo que os débitos decorrentes já teriam sido parcelados junto à PGFN, conforme documentos que anexa (fls. 1.970-1.973).

Em 17/03/2011 foi intimada a justificar algumas transferências entre a empresa e as pessoas envolvidas (fls. 1.974-1.976), ao que respondeu não ter condições de demonstrar o que foi solicitado (fls. 1.977-1.978).

Nova intimação (11/05/2011) foi feita para que confirmasse se todos os créditos eram de titularidade da empresa e, se fossem, que apresentasse comprovação da origem daqueles recursos. Em 21/06/2011 apresentou a resposta de fls.2.016-2.018, onde afirma ter retificado a escrita para incluir todos os recursos recebidos e que parcelou os débitos, sendo que em decorrência disso, requer o encerramento da ação fiscal. A resposta veio acompanhada dos documentos de fls. 2.019-2.037.

Em 30/06/2011 a contribuinte foi intimada a optar pela forma de tributação pretendida. Na resposta não faz nenhuma opção (fls. 2.045-2.046).

Na seqüência, fls. 2.047-2.620, estão anexados todos os documentos angariados enquanto a ação fiscal estava restrita à figura dos sócios da pessoa jurídica Sérgio Thomaz, CPF 359.725.139-00 (fl.2.047) e Antonio Pirolla Filho (fl.2.517) que declararam que os valores que circulavam por suas contas correntes pertenciam à pessoa jurídica. Naquela oportunidade a ação também foi estendida ao cônjuge de Sérgio Thomaz, Aliciana Rodrigues Thomaz (fl.2.562) que admitiu que seu movimento bancário pertencia à empresa Comércio de Frutas Thomaz.

Em 16/08/2011 ocorreu a representação para fins de exclusão da contribuinte ao Simples e, em 19/08/2011 foram expedidos os dois atos de exclusão, conforme anteriormente relatado.

A autuação em relação ao ano calendário de 2006 obedeceu à opção da contribuinte pelo Simples e, em relação a 2007 ela foi efetuada pelo lucro arbitrado.

A autoridade fiscal justificou a aplicação da multa qualificada pelo fato de a pessoa jurídica ter utilizado a conta corrente dos sócios e de terceiro (Aliciane Rodrigues Thomaz) para movimentar valores que, em verdade, pertenciam à pessoa jurídica caracterizando, assim, a tentativa de ocultar do conhecimento do fisco parte da receita auferida.

Passo à análise.

### **Dos Atos Declaratórios de exclusão do SIMPLES e do SIMPLES NACIONAL**

Consigna-se, de início, que a empresa não apresentou inconformidade contra os atos declaratórios de exclusão da sistemática simplificada, quer seja em sede de impugnação ou recurso.

São definitivas, portanto, essas exclusões (do SIMPLES e, posteriormente, do SIMPLES NACIONAL), independente da análise neste Voto.

### **Da alegação de quebra do sigilo bancário sem autorização judicial**

Alega a Recorrente que seria inconstitucional a quebra do seu sigilo bancário pela Delegacia da Receita Federal, por meio do Requerimento de Informação Sobre Movimentação Bancária (RMF).

Nesse sentido, cumpre recordar que a utilização de RMF tem suporte jurídico no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, abaixo transcrito, que legitima a análise com base em depósitos bancários. Tal comando legal condiciona o acesso do Fisco aos dados bancários

somente à existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e que tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente:

*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.*

*Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.*

Assim, há que se entender a inconformidade da Recorrente como alegação de inconstitucionalidade do dispositivo legal supra.

Nesse sentido, deve-se ponderar que as instâncias administrativas de julgamento estão impedidas de afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob o fundamento de inconstitucionalidade, a teor do disposto no artigo 62 da Portaria MF nº 256/2009, que aprova o Regimento Interno do CARF, conforme abaixo:

*Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.*

A exceção se dá nos casos de decisões definitivas do STF e do STJ na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543C da Lei nº 5.869/73 (Código de Processo Civil), conforme art. 62-A do Regimento Interno do CARF, a saber:

*Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil (g.n.), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Incluído pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010)*

Constata-se, para o caso da quebra de sigilo bancário pelo Fisco, que a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 está sendo discutida no Supremo Tribunal Federal (STF), havendo, inclusive, decisão do Plenário (dando provimento ao Recurso Extraordinário nº 389.808/PR). A matéria, porém, ainda não transitou em julgado naquela Suprema Corte.

Assim, não é possível afastar a aplicação do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 acima transcrito. Entendo, por conseguinte, não haver necessidade de autorização judicial para que os bancos enviem as informações quando requisitadas pelo fisco, haja vista a existência de dispositivo legal a embasar tal procedimento.

Nego provimento ao recurso quanto a essa matéria.

### **Da alegação de espontaneidade.**

Argumenta a Recorrente que o Fisco não teria levado em consideração recolhimentos a título de imposto de renda efetuados antes da lavratura do auto de infração, caracterizando, no seu entender, procedimento equivocado, já que estaria espontânea à época desses recolhimentos.

Muito embora a Recorrente não tenha sido direta em suas palavras, infere-se que ela, por ter feito em parte sua escrituração e ter efetuado recolhimentos declaradamente relativos aos valores omitidos, teria regularizado sua situação, já que tais ações teriam sido praticadas espontaneamente.

Há que se esclarecer, nesse ponto, que a teor do art. 7º do Decreto nº 70.235/72, a espontaneidade é excluída com a abertura do procedimento fiscal, que tem início com o primeiro ato de ofício praticado pelo Fisco.

*Art. 7º. O procedimento fiscal tem início com:*

*I- o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificando o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;*

*II - ...*

*§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.*

Nesse sentido, o primeiro ato de ofício praticado pela fiscalização foi o termo de início de fiscalização e não o auto de infração. As requisições para recomposição da escrita da Recorrente foram solicitadas, portanto, já no decorrer da ação fiscal, quando a autuada não mais detinha a espontaneidade.

Na mesma linha, a exclusão da espontaneidade do sujeito passivo está também prevista no art. 138 do Código Tributário Nacional como segue:

*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.*** (destaques incluídos)

Nego provimento ao recurso nesse ponto.

### **Da alegação de inexistência de prova material para a autuação**

Alega a autuada que não há prova material relativamente aos montantes de depósitos bancários remanescentes, objeto do lançamento.

Com efeito, a argumentação trazida aos autos nesse ponto é vazia.

A autuação foi levada a termo tendo por base extratos bancários fornecidos pelas instituições financeiras, cotejados com a escrituração fiscal, declarações, valores recolhidos e diversos outros documentos, tudo conforme relatado no Termo de Verificação Fiscal de fls. 2.628 a 2.642.

Nego provimento ao recurso quanto a esse ponto.

### **Da qualificação da multa de ofício**

Alega a Recorrente não ser cabível a aplicação da multa de ofício ao percentual de 150%. Entende não haver comprovação de fraude e/ou conduta dolosa de sua parte.

Passo à análise desse ponto.

O art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, assim prescreve:

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:*

*I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;*

[...]

*§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.*

[...]

Assim, nos termos do § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, só é admitida a aplicação da multa no percentual de 150%, nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964. Veja-se esses últimos dispositivos:

*Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:*

*I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;*

*II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente;*

*Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.*

*Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72.*

Portanto, a multa de 150% terá aplicação sempre que, em procedimento fiscal, for constatada a ocorrência de sonegação, fraude ou conluio.

No caso concreto, a fiscalizada utilizou-se das contas correntes pertencentes a pessoas físicas, o que comprova a intenção de ocultar do Fisco o conhecimento da verdadeira movimentação de recursos da empresa. Entendo, dessa forma, configuranda a intenção dolosa em sua conduta com o propósito de impedir ou retardar, o conhecimento por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador, ou de excluir ou modificar as suas características.

Em outras palavras, a conduta da contribuinte de utilizar-se de contas dos sócios e de terceiro para pulverizar a movimentação bancária dos valores auferidos na atividade mercantil, justificam a aplicação da multa qualificada, por impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Nego provimento ao recurso nesse ponto.

## **Conclusão**

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário apresentado.

*(assinado digitalmente)*

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator

Processo nº 10950.722628/2011-45  
Acórdão n.º **1402-001.561**

**S1-C4T2**  
Fl. 2.843

---

CÓPIA