



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10950.723016/2014-12
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-006.989 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de agosto de 2024
Recorrente ISABELA MARION CONFECÇÕES
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2010

CONSTITUCIONALIDADE.

A autoridade administrativa é incompetente para decidir sobre a constitucionalidade de atos normativos.

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. TEMA 225 DA REPERCUSSÃO GERAL.

É lícito à autoridade fiscal examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos, poupança e aplicações financeiras, independentemente de autorização judicial, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis.

PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. CONSUMO DA RENDA

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. Súmula CARF nº 26.

PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. ÔNUS DA PROVA

É do contribuinte o ônus de afastar a presunção de omissão de receitas comprovando a origem dos recursos depositados em sua conta bancária, sob pena de manter-se hígida a presunção.

CSLL. PIS. COFINS. TRIBUTAÇÃO REFLEXA

O valor apurado como omissão de receita deve ser considerado como base de cálculo para lançamento da CSLL, Pis e Cofins por se tratar de exigências reflexas que têm por base os mesmos fatos e elementos de prova que ensejaram o lançamento do IRPJ.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA E PERÍCIA.

Merecem indeferimento os pedidos de diligência ou perícia que deixarem de atender aos requisitos previstos no art. 16 do Decreto nº 70.235/1972 e, além

disso, demonstrarem-se desnecessários por pretenderem transmitir ao Estado ônus probatório do contribuinte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Lucas Issa Halah - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Jose Eduardo Genero Serra, Lucas Issa Halah, Raimundo Pires de Santana Filho, Renato Rodrigues Gomes, Alexandre Evaristo Pinto, Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

No período objeto de fiscalização (2010), a Contribuinte era optante pelo SIMPLES Nacional, instaurando-se fiscalização que resultou em sua exclusão do Simples Nacional para a partir de 01/01/2011 e na exigência de créditos devidos dentro do Simples Nacional relativamente ao ano-calendário de 2010, acrescidos de multa de ofício na monta de 75%, sob a acusação fiscal de omissão de receitas, diante da constatação da existência de depósitos bancários não informados em Declaração, cuja origem e natureza também não foram comprovadas, com arrimo legal no art. 42 da Lei n.º 9.430/96. Também foi apurada a infração de insuficiência de recolhimentos, em razão de diferencial de alíquotas.

A exclusão foi fundamentada no art. 29, I e §9º do artigo 3º da Lei Complementar 123/2006 conforme Representação Fiscal encartada nos autos do Processo Administrativo n.º 10950.721153/2014-12.

O contribuinte defendeu-se em **Impugnação** (fls. 638 e ss.) sob as seguintes alegações, conforme nos relata o **1º o Acórdão Recorrido**, de fls. 684 a 689.

Em preliminar

a) a nulidade do Auto de Infração em razão da quebra indevida do sigilo bancário pelo Fisco, sem autorização judicial, afrontando o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Alega que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou e pacificou o entendimento de que o Fisco não pode ter acesso direto aos dados bancários do contribuinte (Recurso Extraordinário n.º

389.808). Pelo mesmo motivo, entende que deve ser declarado nulo o Ato Declaratório Executivo de n.º 19, de 28/04/2014;

b) a afronta aos princípios da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e da verdade material, por ter sido autuada com base em indícios já que a autoridade autuante considerou que as movimentações financeiras realizadas nas suas contas bancárias seriam indícios de faturamento - e sem a devida e rigorosa atividade fiscalizatória;

c) o erro na construção do lançamento, já que os valores creditados nas contas bancárias da empresa foram considerados como receita tributável, em desacordo com o artigo 288 do Decreto n.º 3.000/1999;

d) a afronta os princípios da irretroatividade da lei e da garantia do direito adquirido, por ter a exclusão do Simples Nacional efeitos retroativos a partir de 01/01/2011. Assevera que o Ato Declaratório deve ser declarado nulo, pois os efeitos da exclusão estão em desacordo com o disposto na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional. Como consequência, este lançamento fiscal também deve ser considerado nulo.

No mérito

a) a ilegitimidade da presunção de omissão de receita com base em extratos bancários, alegando ser necessária a provva do consumo da renda ou de consistirem os valores em faturamento, conforme a súmula n.º 182 do estinto Tribunal Federal de Recursos;

b) a incorreção do Auto de Infração, já que considerou empréstimos bancários e transferências entre contas de mesma titularidade usados para cobrir saldos negativos de determinada conta bancária como receita proveniente de vendas omitidas;

c) a necessidade de que sejam excluídas dos valores cobrados as contribuições já recolhidas pela empresa pelo Simples Nacional para o ano-calendário, sob pena de bis in idem;

d) o caráter confiscatório da multa de 75%, devendo ser readequada ao patamar não superior a 10%.

e) requer produção de todas as provas em direito admitidas, notadamente a prova pericial (indicando para tanto os dados da perita contábil e quesitos nos termos do artigo 16, IV do Decreto n.º 70.235/1972) com o fim de provar que a empresa foi excluída do Simples Nacional com base em indícios que nada mais são do que movimentação financeira entre contas da mesma empresa e não receitas, como afirmou a fiscalização.

A essa Impugnação qual sobreveio o 1º Acórdão da DRJ sobre o tema, mantendo a exclusão sob os seguintes fundamentos:

“Da nulidade dos Autos de Infração

O sujeito passivo requer a nulidade dos Autos de Infração. Quanto a este item, temos que os autos de infração e demais termos lavrados pela fiscalização contemplam todos os requisitos obrigatórios previstos na legislação e foram instruídos com os elementos indispensáveis à comprovação da irregularidade, obedecendo aos requisitos do artigo 10, não se vislumbrando nenhum vício que enseje nulidade dentro das hipóteses previstas no art. 59, ambos do Decreto n.º 70.235/1972.

Em Preliminar

A- Da nulidade do auto de infração pela quebra de sigilo bancário indevido pelo fisco – afronta ao inciso XII do art. 5º da Constituição Federal

O contribuinte alega que o Setor de Planejamento da Delegacia da Receita Federal quebrou seu sigilo bancário de forma ilegal, sem qualquer ordem judicial, e somente depois de analisar as contas bancárias da empresa é que determinou que tivesse início o procedimento de Auditoria. Não procede tal argumento.

O contribuinte foi intimado, quando do início do procedimento fiscal do qual foi cientificado em 09/01/2013, a apresentar os extratos bancários de todas as contas correntes, de poupança e de investimentos movimentadas pela empresa no período de 01/01/2010 a 31/12/2011. Não tendo atendido a intimação e alegando não possuir e não ter condições de obter os mesmos, foi elaborada a Requisição de Movimentação Financeira e encaminhada aos bancos.

No que concerne à alegação de que houve ilegalidade na quebra do sigilo bancário, o acesso direto das autoridades fiscais às informações bancárias dos contribuintes encontra fundamento no art. 6º da Lei Complementar n.º 105/2001:

“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.”

Importa destacar que as disposições contidas na Lei Complementar 105/2001 não podem deixar de ser aplicadas pela autoridade administrativa. A autoridade fiscal deve observar estritamente os atos normativos vigentes, não lhe cabendo questionar a constitucionalidade de tais atos, que gozam de presunção de validade. Essa regra encontra-se positivada no art. 26-A do Decreto 70.235/1972, com a redação dada pela Lei n.º 11.941/2009:

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

Portanto, não se vislumbra qualquer irregularidade no procedimento fiscal que deu origem ao Auto de Infração ora examinado, pois o acesso da autoridade fiscal às operações bancárias dos contribuintes é absolutamente legal, independentemente de autorização judicial.

No que concerne ao RE nº 389.808/PR, citado pelo interessado, trata-se de controle incidental de constitucionalidade, exercido de modo difuso pelo Supremo Tribunal Federal, cujos efeitos aplicam-se apenas às partes do processo. Para que a decisão tenha efeito erga omnes, não basta que seja proferida pelo STF em sede de controle difuso, deve, ainda, haver edição de Resolução do Senado suspendendo a execução do dispositivo declarado inconstitucional (CF, art. 52, X), ou, em outra hipótese, para que decisões da espécie obriguem a administração pública ao seu cumprimento, carece que o Supremo Tribunal Federal edite súmula vinculante, nos termos da Lei nº 11.417/2006.

Desta forma, tal decisão não tem o condão de estender seus efeitos em benefício do interessado, por força da limitação que dispõe o art. 472 do CPC, verbis:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.

Por outro lado, nunca é demais esclarecer que a atividade administrativa é plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais. Além de vinculada, a atividade administrativa de lançamento é obrigatória, conforme disciplina o art. 142 do CTN.

B- Do princípio da verdade material

Sustenta o contribuinte que o auto de infração está fundado com base em indícios, não tendo o Auditor realizado uma detalhada verificação para ver se os créditos bancários eram faturamento ou empréstimos e transferências entre as contas bancárias de titularidade da própria empresa fiscalizada. Este assunto será analisado adiante, quando entrarmos no mérito da ação fiscal.

C- Do erro na construção do lançamento

Ao contrário do que alega o sujeito passivo, na presente autuação foi respeitado o regime de tributação a que estava submetida a empresa no período de apuração.

A empresa optou pelo Simples Nacional desde 01/07/2007, permanecendo neste regime de tributação até 31/12/2010, quando excluída pelo Ato Declaratório Executivo nº 19/2014, por ter excedido o limite anual de receita admitida neste regime simplificado de tributação. Para o ano-calendário de 2010 foi observado o disposto no artigo 288 do Decreto nº 3.000/1999, ou seja, o lançamento foi feito de acordo com o regime de tributação a que ela estava submetida: Simples Nacional.

Desta forma, é de se rejeitar a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante.

No Mérito

A- Da presunção de omissão de receita baseada em extratos bancários

– ilegitimidade – súmula 182 do TFR (Extinto Tribunal Federal de Recursos):

No tocante à Súmula 182 do extinto TFR, que o impugnante invoca em sua defesa, trata-se de jurisprudência superada por legislação posterior, em razão de ter sido proclamada antes do advento da Lei n.º. 9.430/1996, cujo art. 42 introduziu no terreno tributário a presunção de omissão de receita com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

Releva notar que a partir de 01/01/1997, com a edição da Lei n.º 9.430/ 1996, art. 42, a existência dos depósitos bancários, cuja origem não seja comprovada, foi erigida à condição de presunção legal de omissão de receita, aplicável também na sistemática Simples Nacional, na medida em que o contribuinte é obrigado a manter minimamente Livro Caixa, e a ele incorporar toda a movimentação bancária, observando também a guarda dos documentos e demais papéis que serviram de base para sua escrituração. Desta forma, passou a ocorrer a inversão do ônus da prova, cabendo ao sujeito passivo da relação jurídica provar que a prática do fato que lhe está sendo imputado não corresponde à realidade.

No presente caso o contribuinte declarou receita auferida em um determinado valor em cada competência na Declaração Anual do Simples Nacional - DASN, no período de 01/2010 a 12/2010. A fiscalização intimou o contribuinte a apresentar os extratos bancários de todas as contas correntes, de poupança e de investimentos movimentadas no período de 01/2010 a 12/2011. Não tendo entregue nenhum dos extratos bancários solicitados, foram elaboradas Requisições de Movimentação Financeira – RMF diretamente aos bancos em que a empresa mantinha conta. De posse dos extratos, a fiscalização elaborou um demonstrativo e encaminhou ao sujeito passivo para que o mesmo apresentasse os fatos ou circunstâncias que justificassem (por meio de documentos hábeis e idôneos) esta disparidade entre as movimentações financeiras e as receitas declaradas. Ele justificou somente alguns créditos, que após analisados, foram retirados dos demonstrativos de créditos não comprovados, elaborados pela fiscalização.

Nesse momento, surge como norma cogente de aplicação pela fiscalização o regime de presunção da omissão de receitas. Dispõe a Lei n.º 9.430/1996, in verbis:

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.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

Se o contribuinte tivesse prestado os esclarecimentos e provado que tais ingressos não eram oriundos de faturamento omitido, por óbvio, não haveria presunção, na medida em que o fato gerador de contribuições ao Simples Nacional (auferimento de receita bruta) estaria comprovado como não existente.

Os extratos bancários são documentos hábeis que lastreiam os lançamentos quanto aos recebimentos e pagamentos, quando não feitos em moeda. Assim, por comportarem dados passíveis de contabilização, ou minimamente registro em Livro Caixa, e documento necessário à comprovação de tais fatos contabilizados, necessário se faz a sua guarda.

No contexto dos autos não há qualquer demonstração por parte do contribuinte quanto à natureza dos ingressos, de maneira que, em não desempenhando a contento seu ônus probatório, em vista da inversão necessária que se tem quando da aplicação de uma presunção relativa, de rigor entender-se como passível de manutenção a conclusão da fiscalização.

Neste caso a impugnação contém argumentos sem qualquer lastro probatório, arguições destituídas de elementos que tenham o condão de se valer e impor a invalidade do auto de infração. Assinale-se que aos contribuintes cabe proceder em consonância com as normas que regem a matéria, a legislação tributária, alicerçados em documentos idôneos e hábeis, que deverão, quando requisitados, ser entregues à fiscalização, para o cumprimento de seu mister legal.

Merece ser esclarecido, em virtude de alegações do Impugnante quanto à inexistência de sinais exteriores de riqueza, que não se está tributando os depósitos bancários nem, tampouco, que seja este o fato gerador dos tributos lançados. O objeto da tributação é uma importância financeira à disposição do fiscalizado que, pelo fato de não ter sua origem esclarecida e comprovada, foi considerada receita omitida, por disposição legal expressa, segundo a legislação já citada.

Portanto, deve ser mantida a presunção de omissão de receitas imputada pela Fiscalização.

B- Das operações financeiras

O contribuinte alega que muitos dos valores que a Receita Federal atribui como receita são apenas transferências entre as contas bancárias de titularidade da própria empresa e requer seja o Auto de Infração corrigido, excluindo dele os valores referentes a empréstimos e transferência entre as contas da empresa contribuinte. Tal argumentação está desacompanhada de elementos de prova. E a prova nesse sentido deve ser provida pelo contribuinte – e não pela fiscalização ou pelo julgador administrativo – em face do mecanismo de inversão de ônus de prova potencializado pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996, citado nos parágrafos anteriores.

Devem ser improvidos, pois, os argumentos do impugnante pertinentes ao

C- Da exclusão dos valores pagos

Resta prejudicado o pedido do contribuinte para que sejam excluídos dos valores cobrados os tributos já recolhidos pela empresa pelo Simples Nacional referente ao ano-calendário de 2010, uma vez que não consta dos sistemas da Receita Federal pagamentos a título de Simples Nacional para o ano-calendário de 2010, a cópia da Declaração Anual do Simples Nacional 2011/2010, anexa às fls. 420/430, transmitida pelo contribuinte em 08/04/2011 informa a receita bruta auferida no ano, o valor devido do principal e na coluna “total de DAS Pagos” os valores estão zerados, confirmando o não recolhimento de tributo. Além disso, o sujeito passivo não comprova ter realizado o recolhimento destes tributos.

D- Da multa confiscatória

Os argumentos de que as multas aplicadas ferem princípios constitucionais e que têm caráter confiscatório não são passíveis de reconhecimento na esfera administrativa.

Estando a multa aplicada em conformidade com a lei e com os parâmetros definidos na jurisprudência, não há violação aos princípios do não confisco, da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo ser exigida sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do art. 142, parágrafo único, do CTN. A vedação constitucional ao confisco dirige-se ao legislador, devendo este observá-la no momento da elaboração da lei. Na forma do artigo 26 A do Decreto 70.235/1972, é vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação de norma legal, sob fundamento de ilegalidade.

A multa de 75% aplicada no presente caso é uma conseqüência do lançamento de ofício por parte da autoridade fiscal, sempre que esta constatar divergências entre o valor apurado pelo contribuinte e o valor devido.

A previsão legal das multas de ofício encontra-se disciplinada no art. 44 da Lei nº 9.430/1996, nos seguintes termos:

Art.44.Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I -de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte; (Vide Lei n.º 10.892, de 2004)

II -cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Vide Lei n.º 10.892, de 2004)

§1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I -juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

No caso presente, não logrou o contribuinte desconstituir o lançamento por omissão de receitas.

Cabe aqui observar que a autoridade fiscal ao proceder o lançamento teve o cuidado de mencionar a correta descrição quanto à capitulação legal dos fatos, bem como quanto à sua natureza ou às suas circunstâncias materiais; verifica-se que não restam dúvidas quanto à autoria, imputabilidade ou punibilidade, bem assim quanto à natureza da penalidade aplicável ou à sua graduação.

Em termos práticos, a este Colegiado incumbe a tarefa de verificar se a multa foi lançada em percentuais previstos em leis vigentes. Com relação a esse aspecto, é inequívoco que foi, conforme registros consignados em cada um dos autos de infração.

E- Da produção de todas as provas em direito admitidas, em especial a prova pericial

O sujeito passivo requer genericamente a produção de todos os meios de prova admitidos em direito. Em relação a este pedido, salienta-se que a produção de provas deve observar o artigo 16 do Decreto n.º 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal no âmbito federal. Não se conhece, portanto, do protesto do impugnante pela produção de provas, além daquelas já arroladas no presente processo, exceção feita, à evidência, ao disposto nos parágrafos 4º a 6º do artigo 16 do Decreto n.º 70.235/1972.

O sujeito passivo requer, também, prova pericial.

O pedido de perícia é disciplinado pelos artigos 16 e 18 Decreto n.º 70.235/1972, com a redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748/1993:

“Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito;

(...)

§1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.

(...)”

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Esclareça-se que a adoção do procedimento de perícia objetiva, única e tão-somente, dirimir dúvidas com relação às provas anteriormente carreadas ao processo, não se prestando, portanto, a suprimir o encargo que cabe ao sujeito passivo quanto à formação da demonstração probatória que lhe compete.

No caso concreto, entendo desnecessária a realização de perícia, já que as provas necessárias à defesa são de fácil obtenção, dependendo de providências do próprio contribuinte (seus livros e assentamentos contábeis e fiscais). Além do mais, não foram expostos os quesitos referentes aos exames desejados, contrariando o inciso IV do artigo 16 acima transcrito. Assim, fica indeferido o pedido de perícia formulado na impugnação, nos termos do art. 18 do Decreto nº 70.235/1972.”

Verifica-se que a Impugnação e o 1º Acórdão Recorrido abrangeram diversos aspectos adicionais à própria exclusão.

Em seu 1º Recurso Voluntário (fls. 638 a 681) o contribuinte defendeu-se basicamente reiterando os argumentos expostos na Impugnação e dialogando com algumas passagens do 1º Acórdão Recorrido.

Foi proferido o 1º Acórdão Recorrido que por maioria reconheceu a nulidade parcial do 1º Recurso Voluntário, para determinar a emissão de Acórdão Complementar pela DRJ, tendo em vista a identificação, pela maioria da Turma Julgadora competente de que a DRJ teria deixado de se manifestar sobre o Ato Declaratório Executivo de Exclusão propriamente dito. Muito embora o Contribuinte não tenha apresentado Manifestação de Inconformidade individual especificamente contra o ato de exclusão, atacou a premissa fundante da exclusão (a omissão de receitas que incrementou a Receita Bruta em montante que extravasa o permitido no Simples Nacional), o 1º Acórdão Recorrido entendeu que seria esta uma premissa base do lançamento do qual trata os presentes autos (Simples Nacional – diferenças para o ano-calendário de 2010) que deveria ser abordada pelo Acórdão da DRJ assim como fez a mesma

DRJ em questão em outro caso objeto do Acórdão 1046.229. Por isso, decretou a nulidade parcial do 1º Acórdão Recorrido.

Reconhecida a nulidade parcial do 1º Acórdão Recorrido e determinada sua remessa para a manifestação sobre este assunto apenas, a DRJ proferiu o 2º Acórdão Recorrido (o ora sob debate), asseverando:

“Efetivamente, conforme observou o Senhor Conselheiro Relator, o lançamento objeto do presente processo, consoante item 6 do Termo de Verificação Fiscal de fls. 547/556, teve como pressuposto a exclusão da empresa do Simples Nacional, por extrapolação do limite da receita bruta auferida no ano-calendário de 2010, nos termos do artigo 29, inciso I, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, a partir de 1.º de janeiro de 2011, como se verifica no Ato Declaratório Executivo - ADE DRF Maringá/PR n.º 19, de 28 de abril de 2014 (fl. 442). Assim também quanto ao ADE propriamente dito, acerca do qual a empresa não teceu qualquer consideração neste feito, tampouco foi examinado no Acórdão n.º 10-53.157, desta 6.ª Turma de Julgamento.

Ocorre que o ADE DRF Maringá/PR n.º 19/2014 foi objeto de exame nos autos do processo n.º 10950.721153/2014-12 – mencionado no subitem 6.8 do Termo de Verificação Fiscal de fls. 547/556 –, no qual foi exarado o Acórdão n.º 10-54.702, de 16 de abril de 2015, da 1.ª Turma de Julgamento da DRJ/POA, no seguinte teor, “*verbis*”:

“Acordam os membros da 1ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, nos termos do voto do relator, considerar não formulado o pedido de perícia, rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, considerar improcedente a manifestação de inconformidade contra o ato de exclusão do simples e improcedente a impugnação aos autos de infração, nos termos do voto do relator. (Grifou-se.)

Verifica-se que, nesse feito, a empresa suscitou, em preliminar, fosse considerado nulo “o Auto de Infração em epígrafe e o Ato Declaratório Executivo de n.º 19 de 28 de abril de 2014”, tendo em vista ofensa ao princípio da verdade material.

Acerca dessa pretensão, a autoridade julgadora de primeira instância administrativa, logo ao início de seu voto, ao definir a matéria a ser examinada naquele feito, registrou:

Trata-se do recurso administrativo de fls. 502/528, denominado impugnação, que representa, materialmente, (i) manifestação de inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo n.º 19/2014, de fl. 437, e (ii) impugnação contra o lançamento de ofício de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ e reflexos de Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, consubstanciado nos auto de infração de fls. 439/488, com ciência pessoal à contribuinte em 10/06/2014. (Grifou-se.)

Mais adiante, manifestou-se, em seu voto, nos termos seguintes:

São igualmente improcedentes as alegações contidas nos itens 3.2 a 3.4 da impugnação. Se não, vejamos.

A exclusão do SIMPLES teve fundamento legal nos arts. 3.º (caput, inciso II e § 9.º), 28, 29, I, e 30, IV, da Lei Complementar n.º 123/2006, combinado com o disposto na Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN n.º 94, de 29/11/2001. Esses dispositivos normativos estão transcritos às fls. 06/08 dos autos.

A circunstância material que deu origem à exclusão – receitas auferidas pela contribuinte em valor excedente ao limite legal – está inequivocamente demonstrada na planilha de fl. 05, que indica o montante das receitas auferidas no curso do ano de 2011. Essas receitas foram apuradas precipuamente com base em créditos bancários sem origem justificada, devidamente expungidos dos valores correspondente a empréstimos e transferências entre as contas bancárias de titularidade da própria fiscalizada, em conformidade com o disposto no art. 42 da Lei n.º 9.430/1996. Os dados constantes dessa planilha têm substrato na farta documentação juntada aos autos e evidencia de maneira inarredável a subsunção dos fatos à hipótese normativa de exclusão do SIMPLES.

O termo de início dos efeitos da exclusão – 01/01/2011 – está regulado no art. 3.º, §9.º, da LC 123/2006, bem como no inciso I, do art. 76, da Resolução CGSN n.º 94/2001, transcritos às fls. 06/07. Eventuais vícios de constitucionalidade dessa norma – tal qual suscitado pela impugnante à fl. 512 – são insuscetíveis de serem analisados na instância administrativa, conforme certifica a súmula n.º 2 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF): “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

[...]

Em resumo, tem-se que os autos de infração e demais termos lavrados pela fiscalização foram formalizados com obediência a todos os requisitos obrigatórios previstos na legislação – em particular aqueles previstos no artigo 10 do Decreto n.º 70.235/1972 e art. 288 do Decreto n.º 3.000/1999 – e foram instruídos com os elementos indispensáveis à comprovação das irregularidades, como se verá com maior riqueza de detalhes nos tópicos seguintes. Devem ser afastadas, portanto, as alegações de nulidade com foco

(i) no art. 59 do Decreto n.º 70.235/1972 e (ii) em eventual desrespeito às garantias constitucionais da irretroatividade da lei e do direito adquirido. (Sem grifos no original.)

Ao final, concluiu, “*verbis*”:

Em face do exposto, voto por (i) considerar não formulado o pedido de perícia,

(ii) rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, (iii) considerar improcedente a manifestação de inconformidade contra o ato de exclusão do simples e (iv) improcedente a impugnação aos autos de infração, nos termos do voto do relator. (Grifou-se.)

Portanto, resta defeso a esta 6.ª Turma de Julgamento manifestar-se acerca do ADE DRF Maringá/PR n.º 19/2014, tendo em vista que esse ato declaratório já foi objeto de apreciação em sede de primeira instância administrativa, conforme Acórdão n.º 10-54.702, da 1.ª Turma de Julgamento desta DRJ/POA, prolatado nos autos do processo n.º 10950.721153/2014-12.

Reitera-se, quanto ao mais, tudo quanto consta decidido no Acórdão n.º 10-53.157, de 18 de dezembro de 2014, desta 6.ª Turma de Julgamento da DRJ/POA.

Em face de todo o exposto, tem-se como suprida a nulidade parcial reconhecida no Acórdão n.º 1402-003.419, da E. Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Primeira Seção de Julgamento do CARF.

Conclusão

Nesses termos, vota-se por julgar improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.”

O Recorrente interpôs o **2º Recurso Voluntário**, no qual reitera os argumentos postos em Impugnação, requer o sobrestamento do feito até o julgamento do Processo Administrativo n.º 10950.723016/2014-12, que trata da cobrança dos tributos decorrentes da omissão de Receitas do Ano-calendário de 2010 pelo Simples Nacional, e pleiteia também o sobrestamento do processo até o julgamento pelo STF do RE 601.314.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Lucas Issa Halah, Relator.

1. - Admissibilidade

A nulidade do 1º Acórdão da DRJ foi apenas parcial, com a finalidade de que a DRJ se manifestasse sobre o ADE de Exclusão. Superada certa confusão causada pelo fato de que o processo n.º 10950.721153/2014-12 trata não somente do Ato de Exclusão, mas também dos lançamentos de IRPJ e CSLL de 2011 decorrentes da Exclusão do Simples Nacional; entendo que de fato o Ato de Exclusão deve ser discutido nos autos do processo n.º 10950.721153/2014-12, como consignou a autoridade julgadora de piso, e como julgado tal processo pelo CARF nesta mesma sessão, mantendo a exclusão, não há relação de prejudicialidade sendo a exclusão premissa. A despeito disso, não é demais endereçar os

argumentos de defesa que tenham relação com a exclusão do simples em si, pois relacionam-se com a própria apuração de omissão de receitas.

O contribuinte apresentou Recurso Voluntário reiterando a primeira edição recursal, sem abordar o Acórdão Recorrido complementar, e acrescentando o pleito de sobrestamento até que seja proferida decisão definitiva no RE n.º 601.314. Considerando a reiteração de argumentos sobre os quais, diante da nulidade do 1º Acórdão da DRJ reconhecida pelo CARF, este E. Conselho deixou de se manifestar, tais alegações merecem apreciação neste momento.

Levando isso em conta, reconheço a competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do Regimento Interno do CARF, já que o Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade.

Cabe frisar que o contribuinte aduz argumentos de inconstitucionalidade por violação a princípios constitucionais.

Ocorre que afastar a aplicabilidade lei com base em princípios constitucionais implicaria, no caso em questão, o reconhecimento de inconstitucionalidade da lei tributária, encontrando óbice na Súmula CARF n.º 2, já que a análise de inconstitucionalidade por violação a princípios constitucionais extrapola a competência deste Conselho. Trata-se de súmula que entendo obstar o conhecimento desta parcela dos recursos, mas em função do princípio da colegialidade, considerando o entendimento da maioria dos membros deste colegiado, conheço dos recursos mas nego provimento ao pedido.

Assim, conheço do Recurso Voluntário.

2. - Preliminares

2.1. Pedidos de Sobrestamento

2.1.1. Sobrestamento do processo até o julgamento pelo STF do RE 601.314.

O pedido de sobrestamento até o julgamento do RE 601.314 (Tema n.º 225 da Repercussão Geral) não comportaria colhimento diante de alteração mantida no atual Regimento Interno do CARF, suprimindo conscientemente esta possibilidade outrora prevista no art. 62-A da Portaria MF n.º 256/2009.

De qualquer maneira, o Recurso Extraordinário em questão foi julgado e já transitou em julgado, tendo sido firmada a tese da Constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar n.º 105/2001. Vejamos a tese firmada:

Tema 225 - a) Fornecimento de informações sobre movimentações financeiras ao Fisco sem autorização judicial, nos termos do art. 6º da Lei Complementar n.º 105/2001; b) Aplicação retroativa da Lei n.º 10.174/2001 para apuração de créditos tributários referentes a exercícios anteriores ao de sua vigência.

Há Repercussão?

Sim

Relator(a):

MIN. EDSON FACHIN

Leading Case:

[RE 601314](#)

Descrição:

Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, X, XII, XXXVI, LIV, LV; 145, § 1º; e 150, III, a, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, que permitiu o fornecimento de informações sobre movimentações financeiras diretamente ao Fisco, sem autorização judicial, bem como a possibilidade, ou não, da aplicação da Lei nº 10.174/2001 para apuração de créditos tributários referentes a exercícios anteriores ao de sua vigência.

Tese:

I - O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal; II - A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, § 1º, do CTN.

O sobrestamento, portanto, sequer tem objeto no presente momento.

2.2. Nulidades

2.2.1. Nulidade em virtude da quebra de sigilo bancário

A preliminar de nulidade em virtude da quebra de sigilo bancário foi arguída justamente com fundamento na inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, inconstitucionalidade alegação que não poderia ser conhecida pelo CARF e que foi afastada em caráter definitivo e vinculante pelo STF no julgamento do Tema nº 225 da Repercussão Geral.

O entendimento firmado pelo STF não dá carta branca a fiscalização para requisitar as informações sob a guarda de instituições financeiras ao seu bel prazer,

condicionando sua licitude à existência prévia de procedimento administrativo fiscal no qual seja fundamentada a indispensabilidade do acesso às informações protegidas por sigilo.

Ocorre que, no caso concreto, a expedição de RMF - Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira – realizada já no curso do procedimento de fiscalização – foi medida adotada em caráter extremo. Conforme demonstrado no relatório fiscal, foi a inércia da contribuinte, que desatendeu a inúmeras intimações, que levou a fiscalização a socorrer-se da faculdade autorizada pelo art. 6º da Lei Complementar n.º 105/2001³, regulamentado pelo Decreto n.º 3.724/2001.

Assim, o pleito do contribuinte restou não conhecido e, ainda que o fosse, não mereceria provimento.

2.2.2. Sobre as preliminares de nulidade relacionadas à violação da legalidade, e verdade material, erro na construção do lançamento e impossibilidade de retroação da exclusão do Simples a 01/01/2011

Tratam-se de questões que se confundem com o mérito da constatação da omissão de receitas, e como tal serão analisadas.

3. – Mérito

3.1. Requisitos para a presunção legal de omissão de receitas - violação da legalidade, e verdade material, erro na construção do lançamento

O contribuinte questiona sob vários aspectos a presunção legal de omissão de receitas. Assevera que o simples cotejo entre os extratos bancários seria insuficiente para a caracterização de omissão de receitas. Colaciona Ementas de julgados sobre hipóteses específicas variadas, doutrina e jurisprudência judicial anterior à edição do artigo 42 da Lei n.º 9.430/96.

Afirma reconhecer que deve restar comprovado o nexo de causalidade entre o fato que represente omissão de rendimentos e o consumo da renda.

Penso **não** assistir razão ao contribuinte. Parafraseando o raciocínio desenvolvido pelo Conselheiro Carlos André Soares Nogueira no julgamento do processo n.º 11444.000519/2009-31, as presunções em direito são formas de comprovar a ocorrência de um

fato com efeitos jurídicos (fato presumido) a partir da comprovação da efetiva ocorrência de um outro fato com o qual o fato presumido guarde íntima relação (fato presuntivo).

A omissão de receitas pela constatação de depósitos bancários não identificados e é hipótese veiculada por lei, que estabelece a relação entre o fato presuntivo e o fato presumido.

Trata-se de presunção legal do tipo *juris tantum* e, portanto, cabe ao fisco comprovar apenas o fato definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, para que fique evidenciada a omissão de rendimentos.

Entretanto, visto configurarem presunções relativas, tais hipóteses somente se configuram caso o contribuinte seja regularmente intimado a comprovar a inoccorrência do fato presumido e não lograr êxito, como de fato ocorreu no caso em questão.

O contribuinte foi intimado, mas não comprovou a origem da integralidade dos demais ingressos e assim autorizou a conclusão da autoridade fiscal de que a parcela confessada bem como aquela cuja origem não foi esclarecida corresponderia a receitas omitidas.

Penso estarem presentes os requisitos que configuram a hipótese de presunção de omissão de receitas em decorrência de créditos/depósitos bancários sem comprovação da origem veiculada pelo artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, *verbis*:

“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.

§1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

[...] – grifei.

Diante do exposto, vê-se que a afirmação do contribuinte acerca da impossibilidade de lançamento de ofício com base em presunção é despropositada.

Ademais, é oportuno mencionar que a autoridade fiscal atuou com diligência e seguiu fielmente os ditames legais para, de um lado, apurar os devidos créditos tributários e, de outro, garantir o efetivo direito de defesa, apontando individualizadamente os depósitos cuja origem deveria ter sido comprovada.

É notável que a autoridade fiscal deduziu do total dos depósitos bancários a receita declarada na DASN (Declaração Anual ao Simples Nacional) bem como aquela escriturada nos livros apresentados à fiscalização (livros de registro de apuração de ICMS, Registro de Entradas e Registro de saída), evitando assim a potencial dupla tributação da mesma receita.

Tampouco é necessário comprovar o consumo da receita presumidamente omitida, diferentemente do que alega o contribuinte.

A jurisprudência do CARF, se no passado recalcitou acerca da necessidade dos requisitos adicionais apontados pelo contribuinte, consolidou-se hoje em no sentido não exigí-los.

Dessa forma, ao lançar mão de presunção legal, a fiscalização não está obrigada a prosseguir na auditoria em busca de uma prova de omissão de receitas, pois esta pode ser presumida por força do dispositivo legal, conforme o entendimento pacificado neste tribunal administrativo por meio da Súmula CARF nº 26, *verbis*:

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.

E a constitucionalidade do artigo 42 foi confirmada pelo STF, ao julgar o Tema de Repercussão Geral de nº 842, firmando a tese de que *“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.”*

Caberia ao contribuinte fazer a prova de que, em seu caso, a omissão não teria ocorrido, ou ao menos trazer aos autos indícios que justifiquem o aprofundamento da análise em diligência.

Diante da existência da presunção legal prevista pelo artigo 42 da Lei nº 9.430/96, competiria ao contribuinte fazer prova apta a afastar tal presunção. Contudo, no caso em questão, verifica-se que o contribuinte trouxe apenas justificativas genéricas de que os depósitos não seriam renda e parte seriam transferências entre contas bancárias dela mesma, se provar a alegação.

Desta forma, também neste ponto o recurso voluntário não deve ser acolhido.

3.2. Retroação da exclusão do Simples a 01/01/2011

O contribuinte assevera que a exclusão do Simples Nacional não poderia produzir efeitos retroativos a 2011.

A exclusão, no caso em tela encontra previsão legal no art. 3º. §9º da LC 123/2006, e não retroagiu em mais de 5 anos pois foi concluída por Ato Declaratório Executivo do ano de 2014, cientificado ao contribuinte nesse mesmo ano.

Na realidade o contribuinte foi ainda beneficiado, pois a exclusão produziu efeitos a partir do ano-calendário seguinte àquele em que se verificou a omissão reiterada de receitas em montante que supera em mais de 20% o limite de faturamento vigente à época, de R\$ 2.400.000,00, o que permitiria a exclusão a partir do mês seguinte àquele em que se apura o excesso de faturamento. Vejamos as receitas omitidas em 2010:

ANO CALENDÁRIO	FATURAMENTO DECLARADO	FATURAMENTO OMITIDO	TOTAL DE FATURAMENTO	LIMITE PERMITIDO EPP
2010	R\$ 447.606,80	R\$ 5.673.490,78	R\$ 6.121.097,58	R\$ 2.400.000,00

E vejamos o que diz a Lei Complementar nº 123:

“Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o [art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 \(Código Civil\)](#), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

(...)

§ 9º A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do caput deste artigo fica excluída, no mês subsequente à ocorrência do excesso, do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12, para todos os efeitos legais, ressalvado o disposto nos §§ 9º-A, 10 e 12.

§ 9º-A. Os efeitos da exclusão prevista no § 9º dar-se-ão no ano-calendário subsequente se o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20% (vinte por cento) do limite referido no inciso II do caput.”

Assim, o pleito não merece acolhida.

3.3. Sobre o pedido aproveitamento dos pagamentos feitos no Simples

O pedido da contribuinte para que sejam excluídos dos valores cobrados os tributos já recolhidos no âmbito do Simples Nacional é insubsistente, pois não há registro de que tais pagamentos tenham ocorrido. Pelo contrário, a cópia da Declaração Anual do Simples Nacional 2011/2010, juntada às fls. 420/430, transmitida pelo contribuinte em 08/04/2011, revela na coluna “total de DAS Pagos” valores zerados.

E como no Recurso Voluntário o Recorrente não traz alegações ou provas para suplantar esta constatação da autoridade fiscal, seu pleito não merece provimento.

3.4. Sobre o pedido genérico de produção de provas

O pedido genérico de produção de provas não encontra amparo legal, dado que o processo administrativo tributário não possui necessariamente uma fase instrutória nos moldes do processo civil. As provas devem ser apresentadas pelo contribuinte juntamente com sua Manifestação de Inconformidade, conforme o artigo 16 da Lei nº 70235/72, admitindo-se via de regra a juntada extemporânea de provas quando pertinentes ao processo.

No caso, contudo, o pedido é genérico e injustificado, não merecendo acolhimento.

3.5. Pedido de perícia

O pedido de perícia foi negado pela autoridade julgadora de origem sob a premissa de que não teriam sido atendidos os requisitos do art. 16, IV do Decreto nº 70.235/72.

“Art. 16. A impugnação mencionará:

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)”

O Recorrente apresentou em sua Impugnação os dados da perita indicada para os trabalhos, mas deixou de apresentar os quesitos muito embora tenha fundamentado genericamente a necessidade de perícia dispendioso trabalho de identificar dentre as inúmeras transferências bancárias em questão, aquelas feitas entre contras de sua própria titularidade.

Muito embora trate-se de trabalho árduo e moroso, é ônus probatório atribuído ao contribuinte pela inversão decorrente do art. 42 da Lei nº 9.430/96 em um contexto no qual o contribuinte sequer apresentou os extratos bancários solicitados pela fiscalização.

Pelo exposto, nego provimento ao pedido.

4. – Dispositivo

Pelo exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário para, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Lucas Issa Halah