



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

Processo nº 10950.724392/2016-96
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1201-002.503 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de setembro de 2018
Matéria SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO
Recorrente MATRIX FITNESS APARELHOS PARA GINÁSTICA LTDA. - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

EXCLUSÃO DO SIMPLES DE OFÍCIO. EFEITOS.

A exclusão do Simples de ofício, nos casos de excesso de receita bruta superior a 20% do limite, produz efeitos a partir do mês subsequente àquele em que se constatar o excesso.

DEPÓSITO BANCÁRIO. OMISSÃO DE RECEITA.

Evidencia omissão de receita a existência de valores creditados em conta de depósito mantida em instituição financeira, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

A presunção legal tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para o contribuinte, que pode refutá-la mediante oferta de provas hábeis e idôneas.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2012, 2013

SIGILO BANCÁRIO.

A utilização de informações de movimentação financeira obtidas regularmente não caracteriza violação de sigilo bancário.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2012, 2013

NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade do lançamento quando observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

Indefere-se o pedido de perícia que deixe de atender os requisitos legais e que se refira à questão cuja elucidação dependa apenas de apresentação de documentos.

JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTAÇÃO.

A juntada posterior de documentação só é possível em casos especificados na lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente

(assinado digitalmente)

Paulo Cezar Fernandes de Aguiar - Relator

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

Relatório

Adota-se o relatório do Acórdão nº 14-66.020 da 3ª Turma da DRJ/RPO (fls. 1.456 a 1.475), com a complementação necessária em seguida:

Segundo informa a fiscalização, o procedimento contra a contribuinte acima identificada teve início em 02/12/2015, com a solicitação dos seguintes elementos:

- 1. Atos constitutivos da empresa e todas as alterações posteriores;*
- 2. Livros Diários devidamente escriturados, registrados na Junta Comercial do Paraná e seus respectivos Livros Razão;*
- 3. Livros Caixa, com escrituração de toda a movimentação financeira, inclusive bancária, nos termos da legislação tributária que rege o Simples Nacional;*
- 4. Extratos Bancários legíveis de toda a movimentação bancária (contas correntes/poupança/investimento);*
- 5. Livros Registro de Apuração do ICMS;*
- 6. Livros Registro de Saídas e Livros Registro de Entradas;*

7. Livros Registro de Prestação de Serviços;

8. GIAs ICMS;

9. Contrato Social e todas as alterações posteriores;

10. Relação individualizada de todos os bens do Ativo Permanente da empresa, incluindo Veículos, devidamente assinada pelo (a) representante legal da empresa e acompanhada de toda a documentação pertinente;

11. Cópia legível de todos os contratos de qualquer natureza celebrados com terceiros;

12. Outros elementos que se fizerem necessários poderão ser solicitados no transcorrer do procedimento fiscal.

Relata o fisco que foram obtidos da Junta Comercial do Paraná os atos constitutivos da empresa e todas as alterações posteriores (até a décima quarta alteração e consolidação do contrato social).

A fiscalização informa ainda o que segue:

- Em 17/12/2015, a contribuinte solicita dilação de prazo de 90 dias, sendo-lhe concedido o prazo de 30 dias.

- Em fevereiro de 2016, diante da inércia da contribuinte, foram expedidas RMF solicitando sua movimentação financeira nos anos-calendário de 2013 e 2014.

- Em 18/02/2016, foi enviado TIF à contribuinte e ao sócio administrador Miguel Frazão Silva Filho, solicitando os mesmos documentos já especificados no Termo de Início, com exceção dos extratos bancários.

- A contribuinte e o sócio administrador apenas solicitam prorrogação de prazo para atendimento às intimações.

- Foi emitido novo TIF endereçado à fiscalizada, solicitando a comprovação da efetiva integralização por parte do sócio Miguel Frazão Silva Filho do valor de R\$ 100.000,00, quando da transformação, em 05/02/2016, da empresa Matrix Fitness Aparelhos para Ginástica Ltda – ME na Empresa individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI. Em resposta, informou que por lapso e desconhecimento, na alteração contratual, constou incorretamente como integralizado o capital social de R\$ 20.000,00, quando o contrato de transferência estabelece um prazo longo para pagamento, dada a situação econômica da empresa.

- Aclair Pupim foi intimado para comprovar e prestar informações sobre os lançamentos efetuados na conta bancária 09389-2, agência 6946, Banco Itaú, de titularidade de Solange Roel Pereira e movimentada por Nilton Carlos Dalálio, tendo como beneficiária Matrix Fitness Aparelhos Para Ginástica Ltda. e como autorizante Aclair Pupim.

- Em resposta, Aclair informou que na época, “Sr. Nilton trabalhava conosco e nos emprestou várias folhas de cheques para serem descontadas junto aos Bancos, bem como permitiu que descontássemos duplicatas em nome da esposa para resolvermos momentaneamente problemas de crédito que a empresa enfrentava. À época, precisamos mudar de endereço duas vezes e ficou sob sua responsabilidade todos os pagamentos dos serviços autônomos, como pedreiros e materiais de construção em pequenos volumes. Os valores eram acertados no caixa que,

infelizmente não enviou boa parte deles para o escritório. Tentamos com o mesmo parceirizar fabricação de equipamentos, ajudando-o na compra de materiais. O negócio não prosperou e ficou devendo para a empresa o valor de R\$ 136.000,00 (cento e trinta e seis mil reais), num acerto de contas que procedemos. Este valor, acredito, não conseguiu liquidar. Quanto ao meu nome constar como autorizante, entendemos que o banco deixou de proceder, internamente, o registro da alteração contratual...”

- Em 07.03.2016 o Sr. AUGUSTO DUARTE PUPIM é intimado, como diligenciado, pelo TIF nº 01A/00020/2016 a: “1)- Comprovação com documentação hábil e idônea (DOC, TED, TRANSFERÊNCIA, DEPÓSITO, DEPÓSITO IDENTIFICADO, ORDEM DE PAGAMENTO, etc.) do efetivo recebimento pela venda em 17 de junho de 2015 da empresa MATRIX FITNESS APARELHOS PARA GINÁSTICA LTDA – ME - 08.678.196/0001-80, conforme 14ª Alteração e Consolidação de Contrato Social, registrado na JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DO PARANÁ sob nº 20154779148 em 10 de Julho de 2015.

- Foi expedida intimação para a contribuinte apresentar cópia, frente e verso, de todos os cheques relacionados nas planilhas elaboradas pelo fisco, relativamente ao Banco do Brasil, Itaú e Sicoob. Reiterou-se a apresentação dos livros Diário/Razão, devidamente registrados na Junta comercial do Paraná, referentes aos anos-calendário de 2012 e 2013.

- A contribuinte foi intimada (TIF nº 04/2016) a comprovar individualizadamente a origem dos créditos bancários questionados pelo fisco e a apresentar (TIF nº 05/2016) a classificação na TIPI e a identificação pelo nome comercial de todos os produtos fabricados por ela.

- Em 27/09/2016, foram apresentados os livros Diário/Razão, com a informação de que “com as várias mudanças de prédio efetuadas, boa parte dos documentos devem ter sido extraviados”.

- Pela análise dos elementos trazidos aos autos pelos intimados ACLAIR PUPIM, MIGUEL FRAZÃO SILVA FILHO e AUGUSTO DUARTE PUPIM, efetivamente a empresa MATRIX nunca saiu do controle da família PUPIM, pois as intimações tinham como fulcro fundamental a demonstração de maneira cristalina da ocorrência ou não da transferência das cotas para o Sr. MIGUEL FRAZÃO SILVA FILHO, que figura como adquirente da participação societária. Em nenhum momento essa transferência foi demonstrada e tudo o que se trouxe a lume foi a INOCORRÊNCIA DA OPERAÇÃO aqui tratada.

O Sr. MIGUEL FRAZÃO SILVA FILHO, também intimado sobre os fatos, nada trouxe aos autos que demonstrasse que efetivamente adquiriu a MATRIX, apenas tergiversou sobre o assunto, não trazendo nenhuma prova efetiva. Mesmo procedimento foi adotado por AUGUSTO DUARTE PUPIM, que também nada demonstrou sobre a efetiva alienação da sua participação societária vinculada à fiscalizada.

Os recursos carreados para a conta 09389-2, agencia 6946, Banco Itaú, titulada por SOLANGE ROEL PEREIRA, conforme PLANILHA MATRIX I - TIF nº 02 A/00021/2016 (recebido em 02.03.2016 -AR e respondido em 29.03.2016), onde os documentos (em torno de duzentos) obtidos, demonstram inequivocamente que o Sr. ACLAIR PUPIM era o autorizante pela MATRIX de todas as operações que integram a planilha supracitada, o que evidencia que era ele quem comandava e comanda a MATRIX de "fato" e de maneira destacada as finanças da fiscalizada, sendo mesmo o seu gestor financeiro, o seu cérebro, a cabeça pensante da empresa.

Como já exposto, em nenhum momento os intimados demonstram a transferência das quotas, seja pelo recebimento das importâncias envolvidas, na

condição de alienante (s), seja pelo adquirente, na condição de demonstrar o efetivo desembolso, de ser ele realmente o adquirente da empresa MATRIX FIITNESS APARELHOS PARA GINÁSTICA LTDA - ME.

O fato de ACLAIR PUPIM ser o autorizante das operações bancárias creditícias supracitadas, em torno de duzentas operações nos anos calendário de 2012 e 2013, o colocam como a pessoa responsável e proeminente da empresa fiscalizada junto ao Banco Itaú S A. As afirmações do Sr. ACLAIR em sentido contrário, por motivos óbvios, não devem ser acolhidas.

Ao longo da fiscalização ficou demonstrado que o Sr. ACLAIR PUPIM efetivamente é o dono de fato da MATRIX e que nunca deixou essa condição, basta um exame adicional nas cópias dos mais de 100 (cem) cheques, obtidas regularmente por RMF, junto aos bancos ITAÚ, BANCO DO BRASIL e COOPER POUPANÇA CRED LIVRE ADMISSÃO REG MARINGÁ (SICOOB), onde aparecem majoritariamente as assinaturas do Sr. AUGUSTO DUARTE PUPIM e seu pai, o Sr. ACLAIR PUPIM, anos calendário de 2012 e 2013.

Também foi localizada uma procuração (fls. 1365/1366), datada de 07/07/2012 (com validade até setembro de 2013), em que a MATRIX constitui seu bastante procurador ACLAIR PUPIM - CPF nº 602.046.219-68, conferindo e delegando a ele "os mais amplos gerais e ilimitados poderes para gerir e administrar a empresa ora outorgante, podendo adquirir e comercializar mercadorias e prestar serviços de seu ramo de negócios, pactuar preços, prazos, juros, multas, modo, local de pagamento e demais condições, mesmo penais, receber quaisquer quantias devidas, seja por contratos ou títulos, podendo cobrar amigável ou judicialmente todos os seus devedores; representar em juízo ou fora dele, constituir advogados e seus honorários, como destitui-los, com os poderes da cláusula "Ad Judicia et Extra" para o foro em geral, em qualquer Juízo ou grau de Jurisdição, propor contra quem de direito as ações competentes e defendê-la nas contrárias, receber, pagar, passar recibos, dar e receber quitações, totais ou parciais; firmar contratos de abertura, elevação ou de redução de crédito, perante quais quaisquer estabelecimentos bancários..... “

- Concluiu a fiscalização que, a MATRIX FITNESS, sempre pertenceu à PUPIM, nas pessoas de ACLAIR PUPIM e seu filho AUGUSTO DUARTE PUPIM e jamais ao Sr. MIGUEL FRAZÃO SILVA FILHO, que inclusive chega em momentos de sua vida laboral, segundo relatos, a prestar serviços como motorista à própria fiscalizada, como afirmam funcionários da MATRIX, que por medo de sofrerem represálias, não se identificam, mas afirmam conhecer o Sr. MIGUEL FRAZÃO, como uma pessoa que tem ou tinha a profissão de motorista, e destacamos que é uma profissão respeitável, valorosa, dignificante e altamente importante no desenvolvimento do nosso País, na circulação, principalmente, de riquezas e de bens, mas não é de empresário a identificação profissional, a ocupação laborativa do Sr. MIGUEL FRAZÃO.

- Não efetivação da EIRELLI:

Os elementos contábeis finalmente apresentados demonstram de maneira inequívoca que o capital social da fiscalizada é de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), conforme BALANÇO PATRIMONIAL (PRIMEIRO TRIMESTRE 2016), datado de 31.03.2016, no Capital Social o Capital Subscrito importa no valor de R\$ 20.000,00, consoante Livro Diário nº 0008, contrariando resposta ao TIF nº 02/2016.

Portanto, está devidamente comprovado, que a fiscalizada mantém o seu capital social no montante de R\$ 20.000,00, valor inferior à integralização de no mínimo, 100(cem) vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no país (art. 980-A, do Código Civil), para que os benefícios da Lei nº 12.441/2011, supracitada, pudesse alcançar a MATRIX, ora sob procedimento fiscalizatório.

Mesmo diante das intimações, em nenhum momento, os intimados demonstraram a efetiva transformação da MATRIX numa EIRELI, tudo o que se obteve foram tergiversações, falácias, que formam um todo com uma destinação cabal, inexorável: A MATRIX não é uma EIRELI.

Embora o documento protocolizado em 02.02.2016 (Registrado em 05.02.2016 sob o nº 20160590116) na Junta Comercial do Paraná - JCP informasse na sua cláusula segunda, que o capital da empresa que era de R\$ 20.000,00 passaria a ser de R\$ 100.000,00, totalmente integralizado em moeda corrente nacional, efetivamente não ocorreu, foi uma manobra adredemente preparada para dar aparência de legalidade, tentando assim se beneficiarem indevidamente (os sócios) do que consta na Lei nº 12.441, de 11 de Julho de 2011, do instituto EIRELI - EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA.

- Omissão de receitas:

Por configurarem contas de titularidade de uma empresa, os valores nelas depositados envolvem, ressalvada a produção de prova irrefutável que permita elidir a presunção legal, recursos provenientes de sua atividade, ou seja, receita oriunda da venda de mercadorias, produtos e serviços, passível, portanto, de tributação e, no presente caso, da venda de mercadorias da produção própria da fiscalizada, que é um estabelecimento industrial.

Ao se efetuar a conciliação bancária, procedeu-se ao levantamento dos registros representativos de movimentações financeiras que, em tese, não são suscetíveis de incidência tributária, tais como empréstimos bancários, resgate de aplicações financeiras, estorno e cheques devolvidos.

Foram considerados como base de cálculo os depósitos de origem não comprovada, decomposta em (1) Receita Declarada Indevidamente ao Simples Nacional, a partir de outubro de 2012 e (2) omissão de receitas:

Mês/Ano	Depósitos/Créditos de origem não comprovada (1)	Receita Declarada ao SIMPLES NACIONAL/Declarada indevidamente ao SN, a partir de 10/2012. (2)	Omissão de Receitas, depósitos/créditos de origem não comprovada (3) = (1) - (2)
01/2012	254.089,19	76.741,99	177.347,20
02/2012	344.292,89	87.162,22	257.130,67
03/2012	611.600,87	15.523,79	596.077,08
04/2012	544.039,41	28.450,61	515.588,80

05/2012	646.820,27	179.702,48	467.117,79
06/2012	557.140,48	193.556,70	363.583,78
07/2012	663.162,73	74.988,91	588.173,82
08/2012	542.198,52	148.324,15	393.874,37
09/2012	536.320,56	126.312,57	410.007,99
10/2012	640.506,49	65.803,30	574.703,19
11/2012	610.708,86	222.663,51	388.045,35
12/2012	611.995,80	45.076,52	566.919,28
01/2013	489.025,70	252.374,03	236.651,67
02/2013	475.701,52	190.317,93	285.383,59
03/2013	565.244,97	438.101,41	127.143,56
04/2013	634.565,22	336.158,60	298.406,62
05/2013	494.393,32	260.563,76	233.829,56
06/2013	830.738,55	288.623,92	542.114,63
07/2013	870.240,98	376.145,79	494.095,19
08/2013	1.016.440,56	325.967,68	690.472,88
09/2013	897.924,82	370.995,38	526.929,44
10/2013	1.161.599,76	205.383,41	956.216,35
11/2013	652.623,45	0,00	652.623,45
12/2013	904.602,62	5.198,00	899.404,62

- A partir de outubro de 2012, a contribuinte foi excluída do Simples Nacional, conforme Ato Declaratório Executivo nº 37, de 07/11/2016 constante à fl. 19, por infração aos arts. 28, 29, I, 30, II, IV, § 1º, inciso IV, “a”, 31, V, “a”, da Lei Complementar nº 123, de 2006, e aos arts. 73, II, “a1”, 75, I, 76, I, da Resolução CGSN nº 94, de 2011.

- Destaque-se que a contribuinte é uma indústria que dá saída a produtos de sua própria fabricação. Assim, a omissão de receita foi tributada também pelo IPI à alíquota de 20% (NCM 9506.91.00 – artigos e equipamentos para cultura física, ginástica ou atletismo), a partir da exclusão do Simples Nacional.

- ressalte-se que os valores mensais devidos do IPI são resultantes da aplicação da alíquota (20%) sobre as SAÍDAS (fato gerador) individuais, consolidadas mensalmente, após concessão como CRÉDITOS DO IPI da somatória dos (1) valores recolhidos a título de IPI pelo SIMPLES NACIONAL e dos (2) créditos do imposto (IPI) sobre os insumos, conforme Notas Fiscais de Entrada,

apresentadas pela fiscalizada em decorrência da auditoria, conforme DEMONSTRATIVO VALORES DOS CRÉDITOS DE IPI, conf. NF ENTRADA e DEMONSTRATIVO VALORES DO CRÉDITO DO IPI – FATOS GERADORES DOS ANOS CALENDÁRIOS 2012 E 2013, anexas ao processo.

- Responsabilidade solidária:

Ao longo da fiscalização ficou demonstrado que ACLAIR PUPIM efetivamente é o dono de fato da MATRIX e que nunca deixou essa condição, basta, a título de exemplo, um exame adicional nas cópias de cerca de 100 (cem) cheques, obtidas regularmente por RMF, junto aos bancos ITAÚ, BANCO DO BRASIL e COOPER POUPANÇA CRED LIVRE ADMISSÃO REG MARINGÁ (SICOOB), onde aparecem majoritariamente as assinaturas do Sr. AUGUSTO DUARTE PUPIM e seu pai, o Sr. ACLAIR PUPIM, anos calendário de 2012 e 2013.

Também foi localizada uma procuração em que a MATRIX constitui seu bastante procurador o SR ACLAIR PUPIM - CPF nº 602.046.219-68, conferindo e delegando a ele " os mais amplos gerais e ilimitados poderes para gerir e administrar a empresa ora outorgante, podendo adquirir e comercializar mercadorias e prestar serviços de seu ramo de negócios, pactuar preços, prazos, juros, multas, modo, local de pagamento e demais condições, mesmo penais, receber quaisquer quantias devidas, seja por contratos ou títulos, podendo cobrar amigável ou judicialmente todos os seus devedores; representar em juízo ou fora dele, constituir advogados e seus honorários, como destituí-los, com os poderes da cláusula "Ad Judicia et Extra" para o foro em geral, em qualquer Juízo ou grau de Jurisdição, propor contra quem de direito as ações competentes e defendê-la nas contrárias, receber, pagar, passar recibos, dar e receber quitações, totais ou parciais; firmar contratos de abertura, elevação ou de redução de crédito, perante quais quaisquer estabelecimentos bancários..... "

Os recursos carreados para a conta 09389-2, agência 6946, Banco Itaú, titulada por SOLANGE ROEL PEREIRA, conforme PLANILHA MATRIX I (integra o TIF nº 02 A/00021/2006, recepcionado em 07.03.2016), onde os documentos demonstram inequivocamente que o Sr. ACLAIR PUPIM era o autorizante pela MATRIX de todas as operações que integram a planilha supracitada, o que evidencia que era ele quem comandava de "fato" as finanças da fiscalizada, sendo mesmo o seu gestor financeiro, o cérebro, a cabeça pensante da empresa.

Portanto, a responsabilidade solidária está inequivocamente comprovada no que foi até aqui expendido, assim como o interesse comum na situação que constitui o fato gerador, pois as evidências são robustas de que há por parte do Sr. ACLAIR PUPIM a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, consoante disciplinamento contido nos artigos 124, I, e 135, III, do CTN - Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966.

Em nenhum momento os intimados demonstram a transferência das quotas, seja pelo recebimento das importâncias envolvidas, na condição de alienante (s), seja pelo adquirente, na condição de demonstrar o efetivo desembolso, de ser realmente o adquirente da empresa MATRIX FIITNESS APARELHOS PARA GINÁSTICA LTDA - ME.

- Foi elaborada a Representação Fiscal para Fins Penais.

Como consequência dos fatos relatados, foram protocolados os seguintes processos:

Processo nº	Tributo/Contribuição
10950.724496/2016-09	IRPJ e reflexos
10950.724498/2016-90	IPI
10950.724507/2016-42	SIMPLES NACIONAL

Sendo notificada da exclusão do Simples Nacional e da autuação, a contribuinte ingressou com a impugnação de fls.1419 a 1452, na qual alega:

- Nulidade do auto de infração. Quebra do Sigilo Bancário. Afronta ao inciso XII do art. 5º da Constituição Federal (CF).

A presente autuação fiscal foi efetuada com base na quebra de sigilo bancário do contribuinte, sem que tenha havido uma determinação judicial para tanto, em evidente abuso de poder por parte da Receita Federal e violação de nossa Carta Magna. Por essa razão também o ADE nº 37, de 2016, deve ser declarado nulo.

- Nulidade decorrente da solicitação de extratos.

Na data de 02/12/2015, por meio do TDPF-F n. 0910500.2015.00227-9, o Auditor intimou a empresa a apresentar os extratos bancários legíveis de toda a movimentação bancária (contas correntes / poupança / investimentos).

É entendimento padrão em todas as esferas judiciais que essa solicitação só pode ser realizada por autoridade judicial competente.

O Auditor da Receita Federal do Brasil não possui competência para requerer essa diligência. Conforme jurisprudência citada no capítulo anterior, para quebrar o sigilo bancário do contribuinte é necessário uma ordem emanada do Poder Judiciário.

- Princípio da Verdade Material.

O Auditor Fiscal da Receita Federal considerou que as movimentações financeiras realizadas nas contas bancárias da empresa impugnante eram indícios de faturamento. Com isso, realizou o lançamento tributário caracterizando como faturamento da empresa todas as movimentações bancárias feitas nas suas contas.

Ocorre que não houve, por parte do Auditor responsável pela fiscalização, uma detalhada verificação se os créditos bancários eram faturamento ou empréstimos e transferências entre as contas bancárias de titularidade da própria empresa fiscalizada.

É cediço que o processo administrativo fiscal deve sempre buscar a verdade material dos fatos. Devido ao potencial danoso que uma sanção acarreta, a Receita Federal do Brasil não deve se ater a indícios para penalizar determinado contribuinte.

A Receita Federal do Brasil ao permitir que uma empresa seja autuada com base em indícios e sem a devida e rigorosa atividade fiscalizatória age em afronta aos princípios da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e da verdade material. O art. 59, II, do Decreto nº 70.235/1972, afirma que serão nulos os atos praticados com preterição do direito de defesa.

- Do erro da construção do lançamento.

Os valores creditados nas contas bancárias da empresa foram considerados pelo Auditor da Receita Federal do Brasil como tributável. Todavia, ao efetuar o lançamento do imposto, o mesmo não observou o disposto no art. 288 do Decreto 3.000/99, pois não foi respeitado o regime de tributação a que estava submetida a empresa no período de apuração.

- Da Exclusão do Simples Nacional. Efeitos Retroativos. Afronta aos Princípios da Irretroatividade da Lei e da Garantia do Direito Adquirido.

Os efeitos da exclusão não pode ter como início a data de outubro de 2012, sob risco de configurar afronta à garantia constitucional da irretroatividade da lei, bem como ofensa a direito adquirido (CF art. 5º, XXXVI e XL).

A exclusão com efeito retroativo fere o direito adquirido uma vez que a empresa operou regularmente todo o ano de 2011 sem receber qualquer notificação da Receita Federal.

O presente caso não trata de nenhuma das hipóteses previstas no art. 106 do Código Tributário Nacional (CTN), não podendo surtir efeitos retroativos.

Além disso, não há provas contundentes da omissão de receita, pois a autoridade fiscal se baseou apenas em extratos bancários, ou seja, em meros indícios, os quais não provam que a empresa extrapolou o faturamento permitido para as optantes do Simples Nacional, portanto, a empresa atuava regularmente. Dessa forma, não há que cobrar no presente qualquer valor ou diferença na sistemática do Simples Nacional, do Lucro Presumido ou contribuições sociais.

Isto posto, verifica-se que o Ato Declaratório deve ser declarado nulo, pois os efeitos retroativos da exclusão estão em desacordo como disposto na CF e no CTN.

- Presunção de Omissão de Receita baseada em extratos bancários. Ilegitimidade – Súmula 182 do TRF.

Nos termos da presente Autuação, o Agente fiscal, após a análise das movimentações das contas correntes da empresa, obtidas de forma ilegal por meio de violação do sigilo bancário, alega que nos anos calendários de 2012 e 2013, os valores declarados na DASN (Declaração Anual do Simples Nacional), eram inferiores aos valores movimentados nas instituições financeiras em que a autuada possuía contas correntes.

O fiscal tomou os depósitos e transferências como receita omitida.

Contudo, os depósitos não são e na verdade nunca foram indicativos suficientes para comprovar e fundamentar a omissão de receita.

A simples movimentação bancária do contribuinte, a despeito de ser indicativo do aporte de valores, não reflete, necessariamente, a existência de acréscimo patrimonial ou de faturamento a justificar a tributação.

Ora, no próprio Auto foi narrado que "constatou-se que as movimentações financeiras eram muito superiores às receitas declaradas". Portanto, os autos foram constituídos unicamente pela análise das contas correntes da empresa, sem que haja comprovação de que estes valores representam acréscimo patrimonial ou faturamento de fato.

Portanto, é imprescindível a comprovação pelo fisco da utilização desses valores depositados como renda consumida ou faturamento, que não pode ter como único fundamento a existência de depósitos bancários (extratos bancários). Dessa

forma, cabe ao fisco o ônus probatório da infração, conforme súmula 182 do Tribunal de Recursos Fiscais.

Cumpre ressaltar, ainda, que, mesmo após a edição da Lei nº 9.430/96, a qual permite o arbitramento do Imposto de Renda com base em depósitos bancários, se o contribuinte não comprovar a origem dos recursos, a Súmula 182 do TRF ainda terá aplicação.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou nesse sentido, ao proferir julgamento no Resp. 238356/CE.

- Das Operações Financeiras.

Muitos dos valores a que a Receita Federal atribui como receita são apenas transferências entre as contas bancárias de titularidade da própria empresa. Isso nada mais é do que um mecanismo utilizado pelas empresas para cobrir saldos negativos de determinada conta bancária, com vistas a manter o equilíbrio entre as contas da empresa e evitar o pagamento de juros no caso de saldos negativos.

Durante o processo fiscalizatório, deveria ter sido realizada uma vasta e detalhada análise dos valores creditados nas contas da empresa, pois ao considerar empréstimos bancários e transferências entre contas de mesma titularidade como receita provenientes de vendas omitidas, a Receita Federal; provocou enormes danos ao contribuinte.

- Da exclusão dos valores pagos.

Caso subsista a presente autuação, requer-se que sejam excluídas dos valores cobrados na presente autuação as contribuições já recolhidas pela empresa referente ao ano calendário de 2012 e 2013, quando a empresa estava enquadrada no SIMPLES Nacional.

Do contrário, sem a exclusão dos valores já pagos, estar-se-á diante de um bis idem, ou seja, haverá a tributação por mais de uma vez da empresa sobre o mesmo fato gerador, o que configura afronta a ordem pública e enriquecimento ilícito por parte do Fisco, e, portanto, não pode ser admitido.

- Da Multa Confiscatória.

No presente caso, foi aplicada multa de ofício no valor de 75 % (setenta e cinco por cento) do valor do débito tributário. Inobstante a empresa ter sido autuada sem a observância do princípio da verdade material, e com base apenas em indícios, foi-lhe ainda aplicada uma multa totalmente confiscatória.

Desse modo, requer seja a multa de ofício readequada ao patamar não superior a 10%.

- Da Prova Pericial.

O Auditor Fiscal não pode considerar como receita de uma empresa qualquer movimentação que passe pelas contas bancárias da mesma, sem antes realizar uma atividade fiscalizatória extremamente rigorosa para apurar a origem de tais valores.

O Decreto nº 70.235/72 em seu artigo 16, IV, dispõe que a impugnação mencionará as perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que a justifiquem. Na presente peça está evidenciado o motivo da necessidade dessa modalidade de prova: 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 são, como afirmou o Auditor Fiscal, receitas.

Somente com a realização desse meio de prova será possível determinar qual a real origem dos créditos lançados nas referidas contas.

Conforme dispõe o art. 16, IV do Decreto n 70.235/72, o perito indicado é: Nome: Anderson Wagner Jacomini Endereço: Rua Neo Alves Martins, nº 2.398, Zona 01, Maringá PR, 87013-060. Qualificação Profissional: Contador - CRC 043782/0-8-PR

- Ilegalidade da Taxa Selic.

É ilegal a utilização da taxa SELIC como taxa de juros de mora para débitos tributários, porquanto sua composição foi criada para regular situações referentes à política monetária nacional, e não servir de fator de recomposição da moeda.

Ademais, não é correto o entendimento de que tal taxa foi instituída por lei e que sua utilização se dá com fulcro no artigo 161 do CTN. Ora, a lei ordinária não criou a taxa SELIC, mas tão somente estabeleceu seu uso, o que contraria o ordenamento jurídico, pois este só autorizou juros diversos se a lei estatuir em contrário. Ademais, o fato de estar prevista em lei não significa que pode a mesma ser aplicada a qualquer tempo, lugar e situação, como a do caso em tela.

Isso porque é fator de correção utilizado em mercado de capitais, onde estão embutidos em seu bojo outros custos que não representam somente a remuneração do capital através da correção monetária. Na composição da SELIC, além da correção monetária, são computados fatores como risco, corretagem e custo de outros serviços referentes às operações financeiras.

Ademais, importante observar que o parágrafo 1º do art. 161 do CTN preceitua que os juros serão de 1% se a lei não dispuser de modo diverso, e sendo a SELIC criada para outra finalidade que não a do caso em tela, não pode ser utilizada, devendo prevalecer o disposto no parágrafo retro mencionado. Destacando o valor cobrado a título de Taxa SELIC.

Requer seja afastada a aplicação da taxa SELIC como taxa de juros no presente caso.

- Do Arrolamento de Bens e Direitos.

O Termo de Arrolamento de Bens encontra-se eivado de inconstitucionalidade e de ilegalidade.

A partir do ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal e, inclusive, a Câmara Superior de Recursos Fiscais, passaram a entender que tal exigência é inconstitucional.

No STF essa matéria encontra-se pacificada e já foi motivo de Repercussão Geral, ou seja é entendimento consolidado.

Essa matéria é inclusive alvo de Súmula Vinculante:

STF SÚMULA VINCULANTE Nº 21 - É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

No mesmo sentido a CSRF:

NORMAS PROCESSUAIS - ARROLAMENTO DE BENS -Na ADIN nº 1976, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da exigência de

arrolamento de bens para admissibilidade de recurso aos Conselhos de Contribuintes prevista no artigo 33, §2º, do Decreto nº 70.235/72. Tal exigência de arrolamento foi posteriormente revogada pelo art. 19, inciso I, da Medida Provisória 413/08 e o Ato Declaratório Interpretativo nº 16/07 autorizou as unidades da Receita Federal a declarar nulas as decisões que inadmitiram recursos voluntários de contribuintes por i falta do arrolamento. Aplicam-se essas determinações aos processos pendentes de decisão, não havendo razão para i persistir com a negativa de conhecimento do recurso. Recurso especial provido. (Acórdão nº 01.05.948. Sessão i de 11 de agosto de 2008. Câmara Superior de Recursos Fiscais. Primeira Turma.) !

● Pedido.

1) Preliminarmente, decretar a nulidade do presente auto de infração, com consequente arquivamento do processo, sem qualquer imposição de penalidade à fiscalizada, visto que a fiscalização que deu origem a presente autuação é nula, pois a quebra do sigilo bancário não foi determinada por ordem judicial, em afronta ao inciso XII, art. 5º da Constituição Federal, conforme item 3.1;

2) Não sendo esse o entendimento, que seja declarado nulo o auto de infração em epígrafe, bem como o ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 37, em razão da ilegalidade e inconstitucionalidade derivada da solicitação de extratos bancários feita à empresa impugnante constante no TDPF-F nº 0910500.2015.00227-9;

3) Caso não seja acolhida a primeira preliminar, requer que sejam declarados nulos o presente Auto de Infração epígrafe e o Ato Declaratório Executivo nº 37, tendo em vista a ofensa ao princípio da verdade material, nos termos do item 3.3;

4) Caso não sejam acolhidas nenhuma das duas preliminares acima, requer sejam declarados nulos o Auto de Infração em epígrafe e o Ato Declaratório Executivo nº 37, por violar o artigo 288 do Decreto 3.000/99, consoante exposto no item 3.4;

5) Caso não sejam acolhidas nenhuma das três preliminares acima, requer sejam declarados nulos o Auto de Infração em epígrafe e o Ato Declaratório Executivo de nº 37 de 07 de novembro de 2016, considerando a ilegalidade dos efeitos retroativos do referido ato, pois os mesmos configuram afronta as garantias da irretroatividade da lei e do direito adquirido dispostos nos incisos XXXVI e XL, do art. 5º da Constituição Federal e art. 106 do Código Tributário Nacional, que torna insubsistente a presente cobrança devidas pelo desenquadramento da empresa do Simples Nacional, nos termos do item 3.5;

6) No mérito, declarar insubsistente o Auto de Infração lavrado, com o consequente arquivamento do processo, sem qualquer imposição de penalidade à Impugnante, dado que a presunção de omissão de receita se deu apenas com base na análise dos extratos bancários da empresa, os quais, por si só, não comprovam a omissão de receita, conforme exposto no item 4.1;

7) Caso não seja esse o entendimento, respeitando-se o princípio da eventualidade, requer seja o Auto de Infração corrigido, excluindo dele os valores referentes a empréstimos e a transferência entre as contas da empresa contribuinte, com base no exposto no item 4.2;

8) Requer sejam as multas readequadas ao patamar não superior a 10% (dez por cento), respeitando o princípio do não-confisco, conforme exposto no item 4.4;

9) Requer seja admitida a produção de todas as provas em direito admitidas, em especial a prova pericial, nos termos do item 4.5;

10) Caso subsista a presente autuação, o que não se espera diante de todas as ilegalidades e irregularidades já expostas, requer-se, que ao menos, sejam excluídas dos valores cobrados na presente autuação os impostos já recolhidos pela empresa referente aos anos calendário de 2012 e 2013, nos termos do item 4.6;

11) Requer seja afastada a aplicação da taxa SELIC como taxa de juros no presente caso;

12) Requer seja declarado nulo o TAB - Termo de Arrolamento de Bens nº 10950.724.540/2016-72;

Por essa decisão, a manifestação de inconformidade foi julgada improcedente, conforme ementa abaixo transcrita:

EXCLUSÃO DO SIMPLES DE OFÍCIO. EFEITOS.

A exclusão do Simples de ofício, nos casos de excesso de receita bruta superior a 20% do limite, produz efeitos a partir do mês subsequente àquele em que se constatar o excesso.

DEPÓSITO BANCÁRIO. OMISSÃO DE RECEITA.

Evidencia omissão de receita a existência de valores creditados em conta de depósito mantida em instituição financeira, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

A presunção legal tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para o contribuinte, que pode refutá-la mediante oferta de provas hábeis e idôneas.

SIGILO BANCÁRIO.

A utilização de informações de movimentação financeira obtidas regularmente não caracteriza violação de sigilo bancário.

NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade do lançamento quando observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

Indefere-se o pedido de perícia que deixe de atender os requisitos legais e que se refira à questão cuja elucidação dependa apenas de apresentação de documentos.

JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTAÇÃO.

A juntada posterior de documentação só é possível em casos especificados na lei.

No recurso voluntário são repisados os mesmos argumentos da manifestação de inconformidade, apenas sendo acrescentados mais dois pedidos, quais sejam:

a) "em respeito ao princípio de segurança jurídica, requer-se que seja o julgamento do presente processo suspenso até a decisão definitiva do auto de infração nº 10950-724.496/2016-09";

b) "caso não seja acolhida a preliminar acima, sucessivamente, com base no art. 62-A, §§ 1º e 2º do Regimento Interno do CARF, requer que seja sobrestado o presente recurso até a decisão definitiva do RE 601.314". A preliminar referida é a nulidade do auto de infração por quebra de sigilo bancário sem autorização judicial.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Relator.

Admissibilidade.

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. No entanto, como já bem salientado na decisão de primeira instância, o processo trata somente da exclusão da contribuinte do Simples Nacional, não constando dos autos lançamentos de quaisquer tributos e, portanto, não serão conhecidas as matérias relativas ao percentual da multa de ofício, inaplicabilidade da taxa Selic, Arrolamento de Bens e dedução de valores já pagos. As demais serão conhecidas e analisadas conforme abaixo.

Preâmbulo.

Como já explanado, o presente processo versa somente sobre a exclusão da recorrente do Simples Nacional, com efeitos a partir de 1º de outubro de 2012.

Os fundamentos do recurso voluntário são os mesmos trazidos na manifestação de inconformidade, com exceção dos dois pedidos adicionais conforme salientado no relatório.

Em face disso, os pedidos veiculados somente no recurso voluntário serão analisados separadamente, em primeiro lugar, adotando-se os fundamentos da decisão de primeira instância como razões de decidir no presente voto, nos termos do art. 57, § 3º, do Anexo II do RICARF.

Sobrestamento deste processo até decisão definitiva quanto ao auto de infração objeto do nº 10950.724496/2016-09.

No que tange a esse pedido, verifica-se que o processo nº 10950.724496/2016-09 é relativo a autos de infração de IRPJ, obtido pela sistemática do Lucro Presumido, e aos reflexos (CSLL, contribuição para o PIS/Pasep e Cofins) dos períodos de

apuração de outubro de 2012 em diante, decorrentes da exclusão da contribuinte do Simples Nacional.

Dessa forma, aquele processo é que decorre deste. Se mantida a exclusão, os autos de infração em referência também serão mantidos (salvo se nulos ou improcedentes por outro motivo).

Denega-se, pois, o pedido.

Sobrestamento até a decisão definitiva quanto ao RE 601.314.

Ocorre que a decisão definitiva quanto ao Recurso Extraordinário em questão, sob o regime de Repercussão Geral, deu-se em fevereiro de 2016, entendendo o E. Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, conforme ementa abaixo transcrita:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01. 1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo. 2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. 3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo. 4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. 5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional. 6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão

geral: “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”. 7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “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”. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento (RE 601.314/SP, Relator Min. Edson Fachin, sessão de 24/02/2016, Tribunal Pleno, publicado no DJe198, divulgado em 15/09/2016 e Publicado em 16/09/2016).

Assim, não há mais o que se discutir acerca das disposições da Lei Complementar em tela neste Conselho, em face do art. 62, § 1º, II, "b", do RICARF.

Demais matérias suscitadas.

Como já sobejamente salientado, o processo trata apenas da exclusão da contribuinte do Simples Nacional. No entanto, além da defesa quanto a tal exclusão, foram suscitadas razões quanto ao sigilo bancário e omissão de receitas, assim como quanto ao lançamento decorrente, que foram analisadas no voto condutor da decisão de primeira instância. Assim, serão reproduzidos abaixo os fundamentos dessa decisão, adotados como razões de decidir neste voto.

Exclusão do Simples.

Alega a contribuinte que o Ato Declaratório deve ser declarado nulo, pois os efeitos retroativos da exclusão estão em desacordo como disposto na CF (Afronta aos Princípios da Irretroatividade da Lei e da Garantia do Direito Adquirido) e no CTN (art.106) e que não há provas contundentes da omissão de receita, pois a autoridade fiscal se baseou apenas em extratos bancários, ou seja, em meros indícios, os quais não provam que a empresa extrapolou o faturamento permitido para as optantes do Simples Nacional, portanto, a empresa atuava regularmente.

Para a análise da exclusão de ofício do Simples tratada neste processo, cabe observar os seguintes dispositivos da Lei Complementar nº 123, de 2006, com a redação vigente à época dos fatos neste processo discutidos:

Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados pelo Comitê Gestor.

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

(...)

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar;

(...)

*IV - obrigatoriamente, quando ultrapassado, no ano-calendário, o limite de receita bruta previsto no inciso II do **caput** do art. 3º, quando não estiver no ano-calendário de início de atividade.*

§ 1º A exclusão deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal:

(...)

*IV - na hipótese do inciso IV do **caput**:*

*a) até o último dia útil do mês subsequente à ultrapassagem em mais de 20% (vinte por cento) do limite de receita bruta previsto no inciso II do **caput** do art. 3º; ou*

(...)

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

*V - na hipótese do inciso IV do **caput** do art. 30:*

a) a partir do mês subsequente à ultrapassagem em mais de 20% (vinte por cento) do limite de receita bruta previsto no inciso II do art. 3º;

Resolução CGSN nº 94, de 2011:

Art. 73. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação da ME ou da EPP à RFB, em aplicativo disponibilizado no Portal do Simples Nacional, dar-se-á:

(Redação dada pelo(a) Resolução CGSN nº 117, de 02 de dezembro de 2014)

I - por opção, a qualquer tempo, produzindo efeitos: (Lei Complementar nº123, de 2006, art. 30, inciso I e art. 31, inciso I e § 4º)

a) a partir de 1º de janeiro do ano-calendário, se comunicada no próprio mês de janeiro;

b) a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, se comunicada nos demais meses;

II - obrigatoriamente, quando:

a) a receita bruta acumulada ultrapassar um dos limites previstos no § 1º do art. 2º, hipótese em que a exclusão deverá ser comunicada:

I. até o último dia útil do mês subsequente à ultrapassagem em mais de 20% (vinte por cento) de um dos limites previstos no § 1º do art. 2º, produzindo efeitos a partir do mês subsequente ao do excesso; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 30, inciso IV, § 1º, inciso IV; art. 31, inciso V, alínea "a")

(...)

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

I - da RFB;

(...)

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

I - quando verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória, a partir das datas de efeitos previstas no inciso II do art. 73; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, inciso I; art. 31, incisos II, III, IV, V e § 2º)

Conforme a Representação Fiscal de fl. 19, a contribuinte, em 2012 e 2013, omitiu receitas, já que não comprovou, apesar de regularmente intimada, a origem e oferecimento à tributação de depósitos de sua titularidade mantidos em conta própria e de terceiros. O valor total de receita apurada nos citados anos foi superior ao limite de receita bruta permitido à época para os optantes do Simples pelo artigo 3º, II, da referida LC nº 123, de 2006. Esse total de receitas omitidas, documentado e caracterizado neste processo e nos processos administrativos nº 10950.724496/2016-09, 10950.724498/2016-90 e 10950.724507/2016-42, e que resultou em autos de infração impugnados pela contribuinte, está sendo confirmado por esta Turma de Julgamento, conforme Acórdãos nº 14-66.021, 14-66.022 e 14-66.023, respectivamente.

Dessa forma, não há que se questionar o Ato Declaratório de Exclusão, uma vez que foi apurado excesso de receita bruta (comprovado em procedimento de fiscalização), nos anos-calendário de 2012 e 2013, tendo sido superior a 20% do limite fixado, enquadrando-se perfeitamente no disposto no art. 31, V, da LC nº 123, de 2006.

Diante do exposto, deve-se manter a exclusão da contribuinte do Simples a partir de 01/10/2012, conforme determinado no Ato Declaratório Executivo nº 37, de 07 de novembro de 2016.

Cabe esclarecer que o princípio da irretroatividade invocado pela contribuinte não é pertinente, porque diz respeito à vedação de se aplicar uma lei a fatos anteriores à sua publicação e no presente caso a LC nº 123, de 2006 (que determina a eficácia da exclusão retroativa ao mês subsequente àquele em que houver a ultrapassagem em mais de 20% do limite de receita bruta), vigora desde 1º de julho de 2007. Logo, não ocorreu aplicação retroativa de lei.

Como bem salientado no voto condutor da decisão de piso, o excesso de receitas acima do limite estabelecido em lei está muito bem caracterizado nos presentes autos, em face dos depósitos bancários cuja origem não foi comprovada.

Sigilo Bancário.

Alega a contribuinte que o lançamento baseado em depósitos bancários de origem não comprovada é nulo, pois houve quebra do sigilo bancário sem autorização judicial.

Cabe esclarecer que o acesso pelas autoridades administrativas às informações bancárias dos contribuintes tem fundamento na própria Constituição Federal (CF), em seu art. 145, §1º, no Código Tributário Nacional (CTN), art. 197, II, bem assim na Lei Complementar (LC) nº 105, de 2001, na Lei nº 10.174, de 2001, e no Decreto nº 3.724, de 2001.

Ademais, o Plenário do STF concluiu na sessão de 24/02/2016 o julgamento conjunto de cinco processos que questionavam os dispositivos da Lei Complementar nº 105, de 2001, que permitem à Receita Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial. Por maioria de votos (9 a 2), prevaleceu o entendimento de que a norma não resulta em quebra de sigilo bancário, mas sim em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. Destacou-se no julgamento que a transferência de informações é feita dos bancos ao Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, portanto não há ofensa à Constituição Federal.

Inclusive, naquela oportunidade foi julgado o mérito do RE 601.314, considerado paradigma da repercussão geral envolvendo o tema (*Tema 225 Fornecimento de informações sobre movimentações financeiras ao Fisco sem autorização judicial, nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001*).

Dessa forma, não tendo sido declarados inconstitucionais pelo STF, sob o rito da repercussão geral, os respectivos dispositivos da Lei Complementar nº 105, de 2001, que autorizam a transferência dos dados bancários do contribuinte para o fisco, deve-se continuar aplicando tal lei na via administrativa, pelo princípio da presunção da legitimidade das leis.

Acrescente-se que, durante o procedimento fiscal, a contribuinte autorizou a Receita Federal a intimar as instituições financeiras a apresentarem cópias legíveis, frente e verso de todos os cheques relacionados pelo autuante, não existindo qualquer quebra ilegal do sigilo bancário.

Diante do exposto, deve ser rejeitada essa alegação.

Com relação ao assunto, já havia sido abordado supra quando da análise relativa ao sobrestamento do processo até o julgamento do RE 601.314.

Omissão de Receita.

Com relação à omissão de receita caracterizada pela falta de comprovação da origem dos recursos que possibilitaram a realização de depósitos bancários, dispõe a Lei nº 9.430, de 1996, no art. 42, *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.

O dispositivo legal acima transcrito estabeleceu uma presunção legal de que os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, não comprovados com documentação hábil e idônea, constituem receita omitida.

Em relação às presunções de omissão de receita, destaca-se que essas são classificadas pela doutrina como espécies de provas indiretas. A doutrina do Direito Tributário identifica duas espécies distintas: as legais e as simples (comuns). As presunções legais se subdividem em absolutas (*jure et de jure*) e relativas (*jures tantum*). As presunções absolutas não admitem prova em contrário ao fato presumido, já as relativas admitem prova contrária, **reputando-se verdadeiro o fato presumido até que a parte interessada prove o contrário.**

As presunções legais relativas provocam a chamada “inversão do ônus da prova”, cabendo ao contribuinte provar que o fisco está equivocado. A falta de adequada comprovação impede o acolhimento do pleito, este é o entendimento expresso pelo Código de Processo Civil, art. 373, II.

A comprovação da origem dos valores depositados em conta-corrente bancária deve ser detalhada, coincidente em data e valores. Deve ficar claro que o numerário teve origem em valores já tributados pela empresa ou em valores não tributáveis ou tributáveis exclusivamente na fonte.

No caso presente, a fiscalização intimou a empresa a esclarecer e comprovar adequadamente a origem dos recursos depositados em suas contas correntes e a contribuinte não o fez. Ficou bastante claro no processo que não restou comprovada a origem dos depósitos tributados na autuação.

Na impugnação, a contribuinte apenas solicita que sejam excluídos os valores referentes à empréstimos e transferência entre as suas contas. Entretanto, não anexa ao processo qualquer comprovação dos alegados empréstimos e não aponta nenhum crédito bancário tributado no auto de infração que se refira a transferências entre contas de mesma titularidade.

Assim, não há como alterar o lançamento tributário.

Deve-se esclarecer que a súmula 182 do TRF (*rectius* TFR) é anterior à citada Lei 9.430, de 1996, a partir da qual não há mais que se comprovar evidências de sinais exteriores de riqueza, pois a própria lei determina, nesses casos, que os valores depositados constituem receita. Não estão sendo tributados os depósitos bancários, mas a receita que eles representam por expressa disposição legal. Os depósitos são o sinal de exteriorização pelo qual se manifesta a omissão de receita, quando não comprovada a origem financeira dos recursos utilizados.

Quanto à alegação de que houve erro na construção do lançamento, uma vez que não se observou o disposto no art. 288 do Decreto 3.000, de 1999, tem-se que a

contribuinte foi excluída da sistemática do Simples a partir de 01/10/2012 e, por essa razão, sujeitou-se, a partir dessa data, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, nos termos do art. 32 da LC nº 123, de 2006. Sendo intimada para exercer a opção prevista no referido artigo, optou pelo recolhimento do IRPJ e CSLL na forma do lucro presumido.

Com relação à tributação da omissão de receitas relativa ao período anterior à exclusão, verifica-se que seguiu a sistemática do Simples Nacional adotado pela contribuinte.

Assim, é improcedente essa alegação.

Relativamente ao pedido de que sejam excluídos os valores referentes à empréstimos e transferência entre as suas contas, também no Recurso Voluntário não foram apresentadas provas do alegado.

Juntada Posterior de Provas.

O pedido para juntada posterior de provas não pode ser deferido, porque a Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, alterou o disposto no Decreto nº 70.235, de 1972, art. 16, mediante a inclusão do § 4º, que diz:

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;*
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.*

Não tendo ocorrido nenhuma das hipóteses acima transcritas, não se pode acatar a solicitação de apresentação posterior de documentação.

Ademais, como já apontado acima, junto com o Recurso Voluntário não veio nenhum documento ou qualquer outro elemento de prova.

Perícia.

Quanto ao pedido de perícia, o PAF, art. 16, IV e §1º, alterado pela Lei nº 8.748, de 9 de dezembro de 1993, determina que todo pedido de perícia deve indicar os motivos que o justifiquem e o perito do sujeito passivo. Caso contrário, o pedido deve ser considerado não formulado. Portanto, não tem efeito o pedido de perícia da empresa, uma vez que não indicou os quesitos a serem respondidos.

Ademais, a perícia é dispensável para o deslinde do presente julgamento, uma vez que se trata de matéria de prova a ser feita mediante a juntada de documentação, cuja guarda e conservação compete à própria interessada.

Conclusão.

Por todo o exposto, conheço do recurso voluntário para, no mérito, NEGAR-LHE provimento.

(assinado digitalmente)

Processo nº 10950.724392/2016-96
Acórdão n.º **1201-002.503**

S1-C2T1
Fl. 13

Paulo Cezar Fernandes de Aguiar