



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

Processo nº 10950.724507/2016-42
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1201-002.506 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de setembro de 2018
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente MATRIX FITNESS APARELHOS PARA GINÁSTICA LTDA. - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

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.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012

SIGILO BANCÁRIO.

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

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de inconstitucionalidade de lei.

JUROS DE MORA. SELIC.

A cobrança de juros de mora com base no valor acumulado mensal da taxa referencial do Selic tem previsão legal.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SÓCIO DE FATO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM.

São solidariamente responsáveis pelo crédito tributário as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, incluindo-se na hipótese os sócios de fato da pessoa jurídica. Cabível a aplicação do artigo 124, inciso I, do CTN.

RESPONSABILIDADE PESSOAL TRIBUTÁRIA. REQUISITOS.

São pessoalmente responsáveis os dirigentes que comprovadamente praticaram atos com excesso de poderes ou infração a lei na administração da sociedade, conforme dispõe o artigo 135, III, do CTN.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2012

NULIDADE.

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

SIMPLES- CSLL, PIS, COFINS, CPP, ICMS e IPI.

O decidido quanto ao lançamento do IRPJ deve nortear a decisão dos lançamentos decorrentes, dada a relação que os vincula.

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 aos recursos voluntários, nos termos do voto do relator.

(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 14-66.023 da 3ª Turma da DRJ/RPO (fls. 1.574 a 1.595), com a complementação necessária em seguida:

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pela empresa acima citada, foi efetuado o lançamento relativo ao período de janeiro a setembro de 2012, tendo em vista a constatação de omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada.

Foram lavrados os autos de infração exigindo os seguintes valores:

TRIBUTO	VALOR DO TRIBUTO R\$	VALOR DOS JUROS DE MORA R\$	VALOR DA MULTA R\$	VALOR TOTAL R\$
IRPJ	20.241,51	9.303,96	15.181,14	44.726,61
CSLL	20.123,58	9.248,82	15.092,70	44.465,10
COFINS	58.086,97	26.688,35	43.565,25	128.340,57
PIS	14.283,54	6.565,82	10.712,68	31.562,04
CPP	165.799,08	76.172,70	124.349,33	366.321,11
ICMS	143.404,56	65.887,79	107.553,44	316.845,79
IPI	16.545,80	7.663,44	12.409,37	36.618,61

O enquadramento legal para o lançamento dos tributos encontra-se descrito nos autos de infração.

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 FITNESS APARELHOS PARA GINÁSTICA LTDA - ME.

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 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..... “

- 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 adrede 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:

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 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..... "

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 fiscalização, 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 expandido, 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.

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

Processo nº	Tributo/Contribuição
10950.724498/2016-90	IPI
10950.724496/2016-09	IRPJ e Reflexos
10950.724392/2016-96	Exclusão do Simples Nacional

Sendo notificada da exclusão do Simples Nacional e da autuação, a contribuinte ingressou com a impugnação, 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 nº 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 falta do arrolamento. Aplicam-se essas determinações aos processos pendentes de decisão, não havendo razão para 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 ilegalidade 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;

Aclair Pupim, ao qual foi atribuída responsabilidade solidária ingressou com impugnação, apresentando as mesmas alegações anteriormente descritas e argumentando, quanto à responsabilidade, o que segue:

-O fiscal afirma que Aclair Pupim seria o real sócio da empresa Matrix, tendo plenos poderes para conduzi-la, justificando este entendimento com base em relatos de terceiros, cópias de cheques e procurações. !

- O fisco se baseou mais em conjecturas do que na situação de fato, ante a inexistência de prova documental a amparar todas as alegações.

No que se refere aos cheques e ao fato de seu nome constar como autorizante da Matrix, resta comprovado que o "Banco deixou de proceder, internamente, o registro da alteração contratual", conforme já alegado pelo próprio Aclair Pupim, de forma que este não pode ser visto como sócio de uma empresa por um erro alheio. No que tange à procuração outorgada para o Sr. Aclair Pupim, não deve ser considerada como indício de prova, eis que, comumente, pessoas jurídicas concedem procurações para pessoas terceiros, autoriza outra a agir em nome da empresa, não podendo, tal fato, ser interpretado como forma de encobrir os verdadeiros empresários.

Por fim, quanto às alegações de que o Autuado era conhecido por todos como dono da fiscalizada, talvez o argumento mais falho usado na presente autuação, verificamos uma vez mais afirmações generalizadas, baseadas em suposições, já que o fato de algumas pessoas imaginar que o Sr. Adair seria o proprietário da empresa Matrix, não o torna sócio de fato da mesma.

O simples inadimplemento tributário não permite a responsabilização pessoal dos sócios pelos débitos contraídos pela empresa, sob pena de se desconsiderar a distinção de personalidades jurídicas entre sócio e sociedade, proposta pelo direito empresarial, frente ao direito tributário.

Nesse sentido, o auto de infração, capaz de suscitar a aplicação dos artigos 124, I e 135, III, ambos do CTN, deve demonstrar que o administrador praticou atos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto.

Mesmo que o Autuado fosse sócio de fato da Empresa Matrix (o que admite-se apenas a título de argumentação), nunca tendo deixado essa condição, não restou caracterizada a prática de

qualquer infração de sua parte, considerando que o mero inadimplemento tributário é insuficiente.

Dessa forma, considerando que o Sr. Fiscal não mencionou, especificamente, quais foram os atos cometidos pelo Autuado ora considerados como excesso de poder, ônus este que lhe compete, eis que cabe ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do art. 135 do CTN, requer seja julgado nulo o presente auto de infração, principalmente no que se refere à responsabilidade solidária do Autuado Aclair Pupim.

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

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.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de inconstitucionalidade de lei.

JUROS DE MORA. SELIC.

A cobrança de juros de mora com base no valor acumulado mensal da taxa referencial do Selic tem previsão legal.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ADMINISTRADOR.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos tributários correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração de lei, os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, bem como as pessoas com interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária.

NULIDADE.

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

SIMPLES- CSLL, PIS, COFINS, CPP, ICMS e IPI.

O decidido quanto ao lançamento do IRPJ deve nortear a decisão dos lançamentos decorrentes, dada a relação que os vincula.

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.

Nos recursos voluntários são repisados os mesmos argumentos da impugnação, 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 10950-724.507/2016-09";

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.

Os recursos voluntários são tempestivos e atendem aos demais requisitos de admissibilidade. Portanto, devem ser conhecidos.

Preâmbulo.

Por primeiro, cumpre salientar que o presente processo versa sobre lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS, Cofins, CPP, ICMS, e IPI, relativos ao período de janeiro a setembro de 2012, pela sistemática do Simples Nacional, tendo em vista a constatação de omissão de receitas apurada com base em depósitos bancários de origem não comprovada.

Os fundamentos dos recursos voluntários 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 nos recursos voluntários 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, quanto às demais matérias, com exceção da responsabilidade tributária.

Sobrestamento deste processo até decisão definitiva quanto ao auto de infração objeto do nº 10950.724507/2016-09.

No que tange a esse pedido, verifica-se que houve um equívoco da recorrente. Não existe um processo de número 10950.724507/2016-09. Este tem o número 10950.724507/2016-42 (apuração pelo Simples Nacional, de janeiro a setembro de 2012, em face de omissão de receitas). Existe ainda o processo nº 10950.724496/2016-09 que é relativo a autos de infração de IRPJ, obtido pela sistemática do Lucro Presumido, e dos 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.

Não se nota, pois, nenhuma relação de prejudicialidade entre eles. Pelo contrário, este processo não decorre da exclusão do Simples Nacional, pois os tributos foram apurados nessa sistemática, mas somente da omissão de receitas em face de depósitos bancários de origem não comprovada.

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 auto-governo 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 auto-governo 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.

Sigilo Bancário.

Alega a contribuinte que o lançamento 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.

Tributação com base em Depósito Bancários.

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.

Há que se ressaltar que o decidido para o lançamento de IRPJ estende-se à CSLL, PIS, COFINS, CPP, ICMS e IPI, que com ele compartilham o mesmo fundamento factual e para os quais não há nenhuma razão de ordem jurídica que lhe recomende tratamento diverso, pela íntima relação de causa e efeito.

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.

Erro no lançamento.

Quanto à alegação de que houve erro, uma vez que não foi respeitado o regime de tributação a que estava submetida a empresa no período de apuração, é improcedente, pois o lançamento se refere ao período de janeiro a setembro de 2012 e a omissão de receitas foi tributada pela sistemática do Simples Nacional adotado pela contribuinte.

Assim, é improcedente essa alegação.

Valores Pagos.

A contribuinte solicita que sejam excluídos dos valores cobrados na presente autuação os impostos já recolhidos pela empresa referente aos anos calendário de 2012 e 2013.

Observa-se nos autos de infração que já foram deduzidos no cálculo dos tributos os valores pagos pela sistemática do Simples, conforme se vê às fls. 1431 a 1488.

Inconstitucionalidade.

Quanto às alegações de inconstitucionalidade e ilegalidade, os protestos da impugnante não se prestam para pautar a decisão deste colegiado, que tem sua atividade completamente vinculada à legislação vigente que rege a matéria objeto do procedimento fiscal impugnado. Isto porque não compete à autoridade julgadora afastar o direito positivado sob pretexto de alegados vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade na sua gênese. Toda atividade da Administração Pública se passa na esfera infralegal e as normas jurídicas, quando emanadas do órgão legiferante competente, gozam de uma presunção de constitucionalidade, bastando sua mera existência para inferir a sua validade.

Inovado o sistema jurídico com uma norma emanada do órgão competente, ela passa a pertencer ao sistema, cabendo à autoridade administrativa tão-somente velar pelo seu fiel cumprimento até que seja expungida do mundo jurídico por uma outra superveniente ou por resolução do Senado da República, publicada posteriormente à declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Esta questão, ademais, encontra-se agora expressamente disciplinada em lei ordinária, conforme prescrito no art. 25 da Lei nº 11.941, de 2009, que inseriu o art. 26-A no Decreto nº 70.235, de 1972, nos seguintes termos:

***Art. 25.** O Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, passa a vigorar com as seguintes alterações:*

(...)

"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.

(...)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;

II – que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993."

Não se enquadrando a matéria impugnada em qualquer das exceções prescritas no § 6º, recém-transcrito, não há como afastar a exigência combatida a pretexto de alegada inconstitucionalidade da norma em que a fundamentou.

Assim sendo, resta à impugnante levar suas considerações ao Poder Judiciário, que detém o "monopólio" da análise de alegadas ilegalidades e/ou

inconstitucionalidades do direito positivado. Enfim, os óbices por ela apontados, neste ponto, são impertinentes à seara administrativa.

Quanto à solicitação de redução da multa ao patamar de 10%, é incabível, pois não se trata de multa de mora, mas multa decorrente de lançamento de ofício, cujos percentuais não são arbitrados pela autoridade administrativa. Decorrem de expressa previsão legal, no caso, a Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, I (com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 2007), que é clara ao fixar o percentual da multa de ofício.

Taxa Selic.

A impugnante contestou a utilização da taxa Selic como juros.

Como anteriormente esclarecido, não cabe à autoridade administrativa deixar de aplicar o direito positivado a pretexto de alegadas ilegalidades/inconstitucionalidades na sua gênese.

Neste caso, a aplicação da taxa Selic como juros moratórios tem fulcro no art. 61, §3º, da Lei nº 9.430, de 1996.

Por fim, destaque-se a existência de súmulas do Carf, tanto a respeito da impossibilidade de apreciação de constitucionalidade de leis tributárias, quanto sobre a regular incidência dos juros de mora, cobrados com base na variação da Taxa Selic, conforme abaixo:

Súmula CARF nº 2: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Súmula CARF nº 4: *A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

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.

Arrolamento de Bens.

Convém registrar que o presente litígio não pode abranger o arrolamento de bens, pois, além de se tratar de matéria estranha ao presente processo, vincula-se a ato da autoridade lançadora, fundamentado na Lei nº 9.532, de 1997, que não integra a competência dessa Delegacia de Julgamento em sua atribuição relativa ao contencioso administrativo.

Da mesma forma, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a matéria. O entendimento está sedimentado no âmbito deste colegiado. Abaixo, ementa de julgado recente desta Turma, da relatoria do i. Cons. Rafael Gasparello Lima, nesse sentido:

ARROLAMENTO DE BENS.

Não se insere no âmbito de competência das Delegacias de Julgamento, nem do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, a apreciação do procedimento de arrolamento de bens efetivado pela autoridade lançadora. (Acórdão nº 1201-002.079-Sessão de 12 de março de 2018).

Responsabilidade tributária.

Conforme pode ser visto no Termo de Verificação Fiscal, em especial nas fls. 1.424 a 1.427, houve a atribuição da responsabilidade solidária nos termos dos artigos 124, I, e 135, III, ambos do CTN.

Na decisão de piso ficou assim registrado:

Consta no processo que a fiscalização imputou responsabilidade solidária a Aclair Pupim nos seguintes termos:

...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, a título de exemplo, um exame adicional nas cópias de cerca de 100 (cem) cheques, obtidas regularmente por RMF, junto aos bancos ITAU, 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 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.....

Citada procuração atribuiu a Aclair Pupim poderes gerais e ilimitados para gerir e administrar a empresa, sendo acostado aos autos cópias de mais de 100 cheques obtidas regularmente por RMF, junto aos bancos ITAÚ, BANCO DO BRASIL e SICOOB, que comprovam que citada pessoa, anos calendário de 2012 e 2013, movimentava as contas bancárias da contribuinte.

E mais, ficou comprovado no processo que Aclair Pupim efetivamente é o dono de fato da MATRIX e que nunca deixou essa condição. Não foram apresentadas provas da efetiva transferência das quotas da Matrix para Miguel Frazão Silva Filho que figura como adquirente da participação societária.

Em nenhum momento os intimados demonstraram 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 FITNESS APARELHOS PARA GINÁSTICA LTDA – ME.

Diante dessas constatações, restou configurado o interesse direto do administrador, Aclair Pupim, na atividade da empresa pela concessão a ele de poderes para gerir por completo o sujeito passivo autuado, do qual é administrador de fato. Por esse motivo, foi o impugnante incluído no polo passivo da obrigação tributária.

Nessa decisão, restou mantida a responsabilidade pelos dois enquadramentos: artigos 124, I, e 135, III, ambos do CTN.

Nos presentes autos ficou demonstrado pelos elementos de prova produzidos pela fiscalização, que o Sr. Aclair Pupim teve interesse comum na omissão de receitas que constituiu o crédito tributário em questão, não possuindo apenas interesse econômico, mas em face de ser efetivamente o administrador da empresa, incidindo o artigo 124, I, do CTN. Também, sendo o administrador de fato, incide o artigo 135, inciso III, desse mesmo diploma legal.

Conclusão.

Por todo o exposto, conheço dos recursos voluntários para, no mérito, NEGAR-LHES provimento.

(assinado digitalmente)

Paulo Cezar Fernandes de Aguiar