



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

Processo nº 10970.720148/2013-73
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-001.763 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de fevereiro de 2015
Matéria Sigilo bancário. Omissão de receitas
Recorrente HUMBERTO SILVA DE FREITAS - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2009

PRELIMINAR DE NULIDADE. OMISSÃO DE RECEITAS. REGULARIDADE DA APLICAÇÃO DA PRESUNÇÃO LEGAL.

Nos termos do Art. 42 da Lei 9.430/96, 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 comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

A apresentação, pela contribuinte, de "qualquer documento", não se mostra suficiente para afastar a presunção legal, sendo, para tanto, exigível que deles se extraia a efetiva comprovação da impossibilidade da consideração do montante como receita efetivamente auferida pela contribuinte.

SIGILO BANCÁRIO. LEI COMPLEMENTAR 105. REGULARIDADE. SÚMULA CARF N. 02.

A prestação de informações bancárias às respectivas autoridades fazendárias não constitui, por si só, qualquer quebra ao sigilo bancário, nos termos especificamente apontados pelas disposições da Lei Complementar n. 105.

No que tange à eventual discussão a respeito de inconstitucionalidade daquela norma, relevante observar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF n. 02).

SIMPLES NACIONAL. CONCEITO DE RECEITA BRUTA. INAPLICABILIDADE DE DEDUÇÕES

Nos termos do Art. 3o, par. 1o., da Lei Complementar n. 123, considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços

prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

Inexistindo qualquer previsão legal para a efetivação de dedução de custos nas operações de comercialização de mercadorias ou na prestação de serviços, descabem as considerações da contribuinte de que parte dos montantes identificados em sua conta bancária pertenceria a seus fornecedores, e, por isso, efetivamente válida a consideração do total dos créditos como de efetiva receita omitida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Por unanimidade de votos, negado provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

VALMAR FONSECA DE MENEZES - Presidente.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Valmar Fonseca de Menezes (Presidente), Wilson Fernandes Guimarães, Valmir Sandri, Paulo Jakson da Silva Lucas, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

Por bem descrever as circunstâncias contidas nos autos, destaco do relatório apresentado pela r. decisão de primeira instância o seguinte:

A matéria sob litígio tem origem na fiscalização inaugurada com a emissão do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF nº 0610900-2012-000425-0, que culminou com a formalização de lançamento de ofício pertinente a fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2009 a 31/12/2009, na modalidade do Simples Nacional, no presente processo.

Em 05/11/2012 o sujeito passivo foi intimado, pessoalmente, a apresentar diversos elementos da escrita contábil e fiscal da empresa, entre eles os livros Razão e Diário e apuração do ICMS, e extratos bancários mensais das contas-correntes e aplicações financeiras referentes a recursos movimentados nas instituições financeiras – Caixa Econômica Federal, Itaú Unibanco S/A e Banco Triângulo S/A, referentes ao ano de 2009, em meio magnético e em meio papel. O contribuinte apresentou a escrita contábil e fiscal, **não apresentando os extratos bancários.**

A Declaração Anual do Simples Nacional – DASN referente ao ano de 2009, apresentada pelo contribuinte, registrava receitas no montante anual de R\$ 554.613,76.

Não tendo apresentado os extratos bancários e, devido à indispensabilidade do exame destes documentos, uma vez que a Declaração de Movimentação Financeira – DIMOF do ano de 2009 enviada pelas instituições financeiras registrava uma movimentação de valores superiores aos valores lançados na DASN, o Delegado da Receita Federal em Uberlândia autorizou a emissão da **Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira – RMF** para o Banco Itaú S/A, Banco Real S/A, CEF e Banco Triângulo S/A.

De posse das informações bancárias foram elaboradas planilhas onde constavam os valores que ingressaram nas contas correntes do sujeito passivo, e retirados todos os créditos referentes às transferências entre contas de mesma titularidade, empréstimos bancários, estornos, devolução de cheques, etc. Nesta ocasião o contribuinte somente se manifestou com relação à conta mantida no Banco Itaú. No livro diário do sujeito passivo havia tão somente a contabilização da conta mantida no Banco Itaú.

A partir daí foi elaborada a planilha “Diferença entre créditos consolidados e Declaração DASN2009”, fls. 247, quando a fiscalização verificou que havia uma diferença para o ano de 2009 no valor de R\$ 8.152.819,88. Devido à ausência de justificativa quanto a esta diferença, restou caracterizado este valor como omissão de receita.

O lançamento de ofício relativo ao Simples Nacional, período de 01/01/2009 a 31/12/2009 está consubstanciado nos autos de infração – Imposto de Renda Pessoa Jurídica - Simples (fls. 03), no valor de R\$ 104.139,84; Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – Simples (fls. 11), no valor de R\$ 104.139,84, Contribuição Patronal Previdenciária – Simples (fls. 19), no valor de R\$ 888.596,39, Contribuição para o

Financiamento da Seguridade Social (fls. 27), no valor de R\$ 309.237,54 e Contribuição para o PIS/Pasep – Simples, no valor de R\$ 73.522,61; apurando o crédito tributário total no valor de R\$ 1.479.636,22 um milhão, quatrocentos e setenta e nove mil, seiscentos e trinta e seis reais e vinte e dois centavos), aí incluído o principal, multa proporcional de 75% e juros de mora calculados até o último dia útil de 05/2013.

O sujeito passivo foi cientificado pessoalmente dos Autos de Infração e do Termo de Encerramento da Ação Fiscal em 09/05/2013, conforme fls. 249, e apresenta sua impugnação, de fls. 260/325 em 10/06/2013, alegando, em síntese, que:

1- Das preliminares - Nulidade do Auto de Infração - Quebra do sigilo bancário – inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal:

a autuação se deu única e exclusivamente levando em consideração a sua movimentação bancária, com informações obtidas através da já declarada inconstitucional quebra de sigilo bancário nos termos do Recurso Extraordinário nº 389.808, decisão esta proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal - STF. Refere-se ao artigo 62-A do Regimento Interno do CARF que determina de forma expressa, que sejam observados nos julgamentos proferidos por aquele Tribunal Administrativo as decisões firmadas pelo STF em sede de repercussão geral e pelo Superior Tribunal de Justiça sob o rito dos recursos repetitivos. Argumenta que se recusou a fornecer os extratos bancários preservando seu direito ao sigilo, direito este assegurado pela Carta Constitucional. Foi quebrado seu sigilo fiscal sem qualquer autorização judicial. Conclui requerendo a nulidade da autuação no que diz respeito à presunção de omissão de receitas, eis que os extratos bancários utilizados para embasar tal crédito foram obtidos de forma ilícita;

2- No Mérito - Direito Constitucional à proteção do sigilo bancário: refere-se ao artigo 5º, X e XII da Constituição Federal que trata dos direitos e garantias eleitos como cláusulas pétreas e pilares do estado Democrático de Direito e que, portanto, não podem ser desrespeitados.

2.1 – Aplicação do artigo 5º, XII da CF/88 para as pessoas jurídicas: existem direitos e garantias fundamentais que, em razão de seu conteúdo, são destinados somente às pessoas físicas; outros endereçados exclusivamente às pessoas jurídicas; e há aqueles que se dirigem tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas, como é o caso da inviolabilidade do domicílio e proteção ao sigilo.

2.2 – Inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário feita pela administração fazendária: compete apenas ao poder judiciário, e apenas a este, a prerrogativa de determinar a quebra do sigilo, e, mesmo assim, após fazer uma equalização dos interesses em jogo, verificando se no caso a quebra do sigilo se justifica, dando assim a necessária ordem judicial. Sustenta que a Lei Complementar nº 105/2001 e o Decreto nº 3.724/2001 por irem de encontro à Constituição Federal, mostram-se flagrantemente inconstitucionais. Refere-se novamente ao art. 62-A do Regimento Interno do CARF e conclui dizendo que, uma vez comprovado que já existe decisão de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal em que foi reconhecida a repercussão geral, tratando exatamente da questão ora posta em testilha, qual seja, da vedação imposta ao fisco de se quebrar o sigilo, fica esta DRJ não só autorizada a decidir de acordo com a lei máxima, como deverá o fazê-lo, à luz do próprio regimento do CARF.

2.3 – Repercussão geral no que diz respeito à inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário feita pela administração fazendária: traz ponderações acerca da Repercussão Geral. Trata da Emenda Constitucional nº 45/2004, regulamentada pela Lei nº 11.418/2006 que inseriu o requisito da repercussão

geral como pressuposto para admissão do Recurso Extraordinário, conforme prescrito no art. 543-A do Código de Processo Civil e termina dizendo que não resta dúvida de que a quebra do sigilo bancário é de repercussão geral, eis que trata de direito fundamental, cláusula pétrea da Constituição Federal, afeta a todos os contribuintes.

3- A presunção vista no direito tributário como indício de prova que não ilide o dever do fisco comprovar a efetiva ocorrência do fato imponible: é essencial para a validade do ato do lançamento, que a autoridade administrativa descreva e comprove os fatos por ela alegados, os quais serviram de suporte para a autuação dirigida ao contribuinte. Não basta alegar. Mesmo diante da não comprovação da origem dos recursos movimentados em contas bancárias, por força do princípio da legalidade estrita e tipicidade cerrada, deveria o fiscal ter comprovado que houve rendimento e acréscimo patrimonial, assim como houve receita e não mero ingresso. O fiscal não pode valer-se apenas de depósitos em conta para autuar, sem demonstrar que os mesmos configuram hipótese de incidência do fato jurídico tributário. O artigo 42 da Lei nº 9.430/1996 fere outras leis de superior hierarquia, tais como o Código Tributário Nacional (art. 142) e a Carta Constitucional. Cabe ao fisco comprovar a ocorrência do fato imponible tributário, servindo a presunção apenas como um indício da onde se pode partir, mas jamais de uma conclusão certa.

4- Antinomia entre o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430/1996 e o previsto nos parágrafos 2º e 4º do art. 5º da Lei Complementar nº 105/2001: se o Fisco pode requisitar os documentos que entende necessários para apuração do fato imponible tributário, a consequência somente pode ser que ele necessariamente deverá apurar os fatos e não se valer unicamente dos depósitos como signo presuntivo de receita ou rendimento.

5- Da natureza de suas atividades e origem dos valores depositados nas suas contas bancárias: é microempresa que tem como atividade principal a compra de madeiras das serrarias com posterior venda destas à madeiras que irão revender o material ao consumidor final – CNAE 46.71.1-00. Na venda às madeiras, recebia o pagamento através de suas contas bancárias e, cerca de dez dias depois, era feito o repasse de parte significativa de tais valores às serrarias, reais fornecedoras do material. Ficava com apenas uma pequena parte do valor recebido. Portanto, nem todos os valores depositados em conta eram receitas suas, mas sim de terceiros, e, portanto, não sujeitos à tributação.

6- Da não caracterização da omissão de receitas por força da quebra da presunção veiculada no art. 42 da Lei nº 9.430/1996 – entradas/depósitos oriundos de meros ingressos ou receitas de terceiros: guardadas as devidas proporções e especificidades, compara a sua atividade àquela desenvolvida pelas operadoras de plano de saúde e continua dizendo que sobre receitas de terceiros ou meros ingressos não deverá incidir tributação, uma porque viola o princípio da capacidade contributiva, e outra porque incorreria em bis in idem, tendo em vista que tais valores já são tributados pelos seus respectivos titulares.

Assim, partindo dos próprios extratos, pode-se constatar que uma vez excluindo os valores pertencentes a terceiros, não houve uma omissão de receitas no valor de R\$ 8.152.819,88.

Apresenta uma planilha levando em consideração os extratos, transferências eletrônicas e valores já recolhidos, restando uma diferença de apenas R\$ 193.213,11. Manter o auto de infração ora combatido seria incorrer em inconstitucionalidade e ilegalidade, visto que permitiria que uma receita decorrente de terceiro fosse tributada duas vezes, visto que o real beneficiário do acréscimo, qual seja, a serraria que vendeu a madeira para o impugnante revender, já foi tributada por esta receita e, agora, se quer tributar novamente o mesmo valor, imputando-o ao impugnante como se receita fosse.

O sujeito passivo traz aos autos decisões do CARF, julgados do STJ, STF e pareceres de juristas sobre o assunto objeto do presente processo.

Ao final requer:

(a) Seja declarada a nulidade absoluta do Auto de Infração, já que padece de vício insanável, em razão da prova que fundamenta a cobrança ter sido obtida por meio reconhecidamente ilícito;

(b) No mérito, sejam acolhidas todas as razões constantes da impugnação, e, por conseguinte, seja julgado improcedente o Auto de Infração vergastado, para o fim de cancelar o lançamento fiscal nele consubstanciado, determinando-se a extinção e arquivamento do processo administrativo tributário respectivo;

(c) Não bastassem todos os vícios acima apontados, caso ainda subsista o presente auto de infração, que seja o mesmo refeito, excluindo também da base de cálculo os valores repassados a terceiros através de TEDs; e

(d) Pretende provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, requerendo a juntada de documentos que vierem a ser necessários para o deslinde da questão, além daqueles já trazidos aos autos.

A partir da análise dos argumentos expendidos, conclui a douta 6ª Turma da DRJ/POA pela IMPROCEDÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO, destacando, na ementa do acórdão lavrado, o seguinte:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2009

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

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

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. REGRA GERAL E ESPECIAL. VINCULAÇÃO.

Só em casos especiais, devidamente expressos na Constituição Federal ou na legislação infraconstitucional, os julgados administrativos e judiciais têm efeitos erga omnes e em razão disso vinculam o julgador administrativo no seu ofício de julgar. A regra geral é que as decisões administrativas e judiciais tenham eficácia interpartes, não sendo lícito estender seus efeitos a outros processos, não só por ausência de permissão legal para isso, mas também em respeito às particularidades de cada litígio.

ALEGAÇÕES DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.

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

PEDIDO DE JUNTADA DE DOCUMENTOS. INDEFERIMENTO

A prova documental deve ser juntada por ocasião da impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual, quando não comprovada nenhuma das hipóteses de exceção previstas na legislação.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2009

AUTO DE INFRAÇÃO. OMISSÃO DE RECEITAS. NULIDADE.

A verificação de omissão de receitas constitui infração que autoriza a lavratura do competente auto de infração, para a constituição do crédito tributário.

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplicam-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

O lançamento que observa as disposições da legislação para a espécie não incorre em vício de nulidade.

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 amparada em demonstração com base em oferta de provas hábeis e idôneas, descabendo solicitar ao fisco que supra aquilo que deixou de juntar à peça de defesa.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Tomando conhecimento dos termos da decisão prolatada, pela contribuinte foi então interposto o seu competente Recurso Voluntário, destacando, em suas razões, os seguintes e específicos apontamentos:

PRELIMINARMENTE

Da ausência de fundamentação do acórdão

- A recorrente sustenta, em caráter preliminar, que a decisão exarada em primeira instância teria indicado que ela, a contribuinte, não se teria desincumbido da prova relativa à natureza efetiva e própria dos lançamentos identificados em sua conta bancária, o que, segundo sustenta, seria diverso do que efetivamente constante dos autos, tendo em vista que ela teria sim se desincumbido do ônus, ao apontar (e comprovar, inclusive), que diversos montantes ali apontados representavam, na verdade, trânsito de recursos de terceiros, não correspondendo, absolutamente, a qualquer possibilidade de configuração como se de receitas omitidas.

- Pretendendo reafirmar suas considerações, a recorrente destaca o seguinte e específico procedimento a respeito das operações de comercialização de madeiras:

i) o comprador da madeira entra em contato com o recorrente e lhe encomenda as peças de madeira;

ii) o recorrente, por sua vez, entra em contato com o fornecedor e encomenda as madeiras, já verificando o preço;

iii) verificado o valor, o recorrente entra em contato com o comprador, passando o preço da revenda, o qual é composto da seguinte maneira 1) valor da mercadoria cobrada pelo fornecedor mais 2) o valor cobrado pelo próprio recorrente.

iv) o comprador realiza o pagamento no valor total na conta do recorrente (valor pertencente a terceiro mais o valor pertencente ao próprio recorrente), que, posteriormente, transfere para o fornecedor da madeira a sua parte, ficando, assim, o recorrente apenas com uma parte da receita, devendo esta, e tão somente, estar sujeita à tributação.

- A partir dessas considerações, sustenta a recorrente que teria demonstrado nos autos tratar-se parte daqueles valores, na verdade, de efetiva e verdadeira receita de terceiros, e não receitas próprias, sendo inválida a presunção aplicada pela fiscalização.

- A recorrente sustenta que o valor total dos montantes por ela recebidos não poderiam ser considerados como sendo de "receita bruta", da forma como realizado pelos agentes da fiscalização.

- Em face da ausência de explicação, pelas autoridades julgadoras de primeira instância, das razões para a não aceitação dos documentos apresentados que, segundo entende, comprovariam a realidade ali retratada, importa em efetivo vício de validade daquele, não podendo aqui, portanto, ser objetivamente admitido.

DO MÉRITO RECURSAL

Da natureza das atividades da recorrente e da origem dos valores depositados em suas contas bancárias

- Ultrapassadas as considerações preliminares apontadas, sustenta a recorrente, no mérito de seu recurso, reitera as considerações antes apresentadas, destacando a natureza própria das operações por ela realizadas, e, neste caso, a impossibilidade de consideração do total da movimentação bancária como efetiva receita (própria) não submetida à tributação.

Da nulidade do auto de infração - o lançamento está fundamentado em quebra de sigilo bancário

- A recorrente afirma que, além de não tendo sido respeitadas as específicas disposições do art. 10 do Decreto 70.235/72, o lançamento se teria efetuado com fundamento de efetiva e irregular quebra do sigilo bancário, o que, afirma, não pode ser admitido na presente vertente.

- A violação ao sigilo bancário ofende a constituição, conforme sustentado em diversos julgamentos proferidos pelo Colendo STF.

- A atuação dos agentes da fiscalização seria ilícita, por afrontar diretamente a garantia constitucional da intimidade dos contribuintes.

Da inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário feita pela administração pública

- A recorrente insiste na afirmação de inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário.
- Sustenta que a doutrina e parte da jurisprudência é uníssona no sentido de que os dispositivos normativos que autorizam o acesso às informações bancárias sem a necessária autorização jurisdicional ofendem a constituição, não podendo ser admitido.

Da possibilidade de reconhecimento administrativo da inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário autorizada pela autoridade fiscal

- Destaca que as disposições do art. 62-A do RICARF autoriza o afastamento da aplicação da norma reconhecida como inconstitucional pelos tribunais superiores.
- Ressalta do regramento processual as disposições do art. 543-A do CPC, relativo ao reconhecimento da repercussão geral de matéria submetida à análise da Suprema Corte.
- Destaca processos no STF em que já se tem reconhecido a repercussão geral dessa matéria.

A presunção vista no direito tributário brasileiro como indício de prova que não ilide o dever do fisco comprovar a efetiva ocorrência do fato gerador

- Que as disposições do art. 42 da Lei 9.430/96 tratariam de meros indícios, sendo dever da autoridade fiscal a identificação de todas as informações disponibilizadas pela contribuinte, e, em cada caso, a sua consideração efetiva do que deva ser admitido como receita tributável da contribuinte.
- A presunção daquele dispositivo é uma presunção relativa.
- O Fisco não poderia apenas "presumir" que os valores creditados em conta do recorrente constituir-se-iam em "receita bruta". Deveriam, na verdade, analisar as considerações apresentadas, efetivamente excluindo do montante os créditos de terceiros devidamente apontados.

Os depósitos/entradas oriundos de meros ingressos ou receitas de terceiros não constituem receita bruta e, portanto, não estão sujeitos à tributação

- Neste tópico, a recorrente pretende uma investigação própria na sistemática do Simples Nacional, destacando que o legislador, ao instituir um sistema unificado de tributação, não criou uma nova espécie tributária, mas sim apenas um mecanismo de simplificação dos procedimentos relacionados à arrecadação.
- Mais uma vez, insiste a contribuinte na consideração de que grande parte dos montantes creditados em sua conta bancária não seriam a ela destinados, mas a terceiros, não podendo ser aqui consideradas como receitas próprias.

A partir dessas razões, requer então a recorrente seja efetivamente reformada a r. decisão de primeira instância, reconhecendo-se a invalidade e/ou insubsistência do lançamento.

Esse é o relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER, relator.

Sendo tempestivo o recurso voluntário interposto, dele conheço.

Em que pese toda a argumentação expendida pela contribuinte em sua peça recursal, verifica-se que, na essência, todo o debate ali desenvolvido cinge-se, especificamente, aos seguintes apontamentos: i) a invalidade da aplicação da presunção, tendo em vista que a contribuinte teria sim efetivamente trazido aos autos informações específicas a respeito da natureza dos montantes creditados em sua conta bancária; ii) a invalidade da quebra do sigilo bancário promovido pelas autoridades administrativas, sem qualquer intervenção jurisdicional; iii) a impossibilidade de tributação com base na exclusiva presunção apontada pelas disposições do Art. 42 da Lei 9.430/96; e iv) a impossibilidade de consideração dos montantes recebidos destinados a terceiros como rendimento próprio da contribuinte para fins de apuração da apontada "receita bruta" na sistemática do Simples Nacional.

Analisemos pois as considerações apresentadas.

Da preliminar de nulidade arguida

As primeiras ponderações apresentadas pela recorrente são sustentadas na identificação de suposta nulidade da decisão prolatada pela DRJ, tendo em vista que, simplesmente desconsiderando todas as argumentações por ela expendidas, afirmaria que a contribuinte "não teria comprovado a natureza dos respectivos recursos", o que, segundo entende, tendo sido por ela especificamente enfrentado na impugnação apresentada, não poderia assim ser considerado para legitimar a aplicação da presunção fiscal apontada.

A respeito dessas considerações, relevante observar que, no caso, trata-se de lançamento efetivado a partir da aplicação das disposições do Art. 42 da Lei 9.430/96, tendo em vista que, obtidas as informações das movimentações financeiras promovidas pela contribuinte, apesar de regularmente intimada, à época, por ela não havia sido devida e regularmente desconstituído por meio de documentação hábil e idônea. Vejamos o que dispõe o referido artigo:

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.

(omissis)

A partir do que parece entender a contribuinte, a aplicação do referido dispositivo somente seria possível nas hipóteses em que, regularmente intimada a contribuinte,

teria ela se mantido completamente inerte, não apresentando "qualquer" informação aos agentes fiscais.

Entretanto, da simples e alentada leitura daquele comando, verifica-se que o dispositivo não alberga a limitação aplicacional pretendida, mas sim institui, verdadeiramente, uma efetiva "presunção fiscal" que, a par de admitir prova em sentido contrário (presunção "*iuris tantum*"), representa verdadeira e efetiva "inversão do ônus da prova", possibilitando à contribuinte a comprovação de que não se trate, no caso, de efetiva receita omitida.

Ou seja: não basta à contribuinte apresentar "QUALQUER" consideração, informação ou documento, para que se torne inviável a aplicação da presunção. Na verdade, aplicada a presunção, o legislador garantiu a possibilidade de sua desconstituição (mesmo posteriormente) pela contribuinte, exigindo, entretanto, prova hábil e idônea no sentido da real demonstração de não se tratar de receita os montantes creditados.

A par dessas considerações, verifico que, tangenciando a questão meritória, que adiante será ainda devidamente apreciada, é importante desde já destacar o completo equívoco aplicado pela recorrente a respeito da adequada compreensão do conceito de "receita bruta" a que se encontra sujeita pela sistemática do Simples Nacional, entendendo que a simples consideração, por ela apontada, de que parte dos créditos considerados seriam, posteriormente, transferidos a seus fornecedores não se mostra suficiente, per se, para o afastamento da possibilidade de aplicação da presunção apontada.

Em face dessas considerações, rejeito, completamente, a preliminar de nulidade suscitada pela recorrente.

DO MÉRITO

Sobre a inconstitucionalidade da obtenção de informações bancárias sem a prévia quebra do sigilo bancário por determinação judicial – inconstitucionalidade da LC 105/2001

A primeira ponderação trazida no recurso interposto, refere-se à discussão pretendida pela contribuinte a respeito da inconstitucionalidade das disposições da Lei Complementar nº 105/2001, e, no caso, a obtenção, pelos agentes da fiscalização fazendária, de informações a respeito da movimentação bancária dos contribuintes sem a prévia determinação de quebra de sigilo bancário pelas respectivas autoridades judiciárias.

Antes, entretanto, de qualquer consideração a respeito da matéria, cumpre aqui destacar então o que expressamente previsto na norma em referência, ressaltando, especificamente, a autorização legal de obtenção das referidas informações. Vejamos:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de

proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III – o fornecimento das informações de que trata o §2º do art. 11 da Lei no 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9 desta Lei Complementar.

(...)

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. (Regulamento)

§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;

II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques;

III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;

IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança;

V – contratos de mútuo;

VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito;

VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável;

VIII – aplicações em fundos de investimentos;

IX – aquisições de moeda estrangeira;

X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;

XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior;

XII – operações com ouro, ativo financeiro;

XIII – operações com cartão de crédito;

XIV – operações de arrendamento mercantil; e

XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

§ 2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

§ 3º Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada

poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

A partir da análise dessas disposições, verifica-se que, sob o ponto de vista estritamente legal, não se configura a “quebra do sigilo bancário” a prestação de informações pelas instituições financeiras e bancárias aos agentes da Fiscalização Fazendária quando por eles requerido.

A (in)constitucionalidade dessas disposições, é bem verdade, ainda hoje é tema debatido na doutrina e jurisprudência pátria, estando pendente ainda a apreciação da questão pelo Supremo Tribunal Federal, que, a respeito do assunto, já expressamente reconheceu a repercussão geral da matéria quando do destaque das disposições do RE 601314 (Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI).

A respeito desse apontamento, relevante destacar que, ao contrário do que pretende fazer crer a recorrente, a simples existência de precedentes jurisdicionais (inclusive colhidos da jurisprudência dos Tribunais Superiores), não se mostra suficiente para a sua aplicação obrigatória no âmbito deste CARF. Para isso, mostra-se fundamental a decisão definitiva de mérito, nos termos e disposições especificamente apresentadas pelo Art. 62-A do RICARF que, sobre o assunto, assim inclusive destaca:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

(destaques nossos)

A avaliação a respeito da constitucionalidade das normas é competência própria da atuação do Poder Judiciário, aplicando-se, na atuação administrativa, a necessária presunção de validade dos comandos legais, destaca-se, a esse respeito, os dizeres específicos da Súmula CARF nº 2 que assim, inclusive, especificamente já se pronuncia:

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Diante dessas razões, afasto a análise a respeito da (in)constitucionalidade das disposições da LC nº 105/2001 pretendida pelo recorrente e, com isso, presumindo válidas as informações contidas nos autos a partir da expedição das competentes *Requisições de Movimentação Financeiras – RMF’s* aqui então especificamente retratadas.

Da aplicação da presunção de omissão de receitas

Continuando suas razões, a contribuinte sustenta também a invalidade da aplicação de presunção de receitas na espécie, destacando, novamente, ofensa a princípios

constitucionais como proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, etc.

A aplicação, no caso, da presunção de omissão de receitas, vale destacar, decorrem, especificamente, da aplicação das disposições do Art. 42 da Lei 9.430/96, que, sobre a matéria, assim então especificamente destaca:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

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

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

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

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

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais). (Vide Lei nº 9.481, de 1997)

§ 4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

(destaques nossos)

Por essas disposições, verifica-se que, obtendo os agentes da fiscalização as informações a respeito das movimentações financeiras realizadas nas contas-correntes da fiscalizada e não tendo ela apresentado, ao tempo e modo devido, os específicos e devidos registros dos respectivos montantes em sua contabilidade com a comprovação de sua origem e natureza, perfeitamente válida, mais uma vez, se mostra a aplicação da presunção de omissão de receitas, da forma como efetivada, não se podendo aqui, portanto, deixar-se de observar a específica determinação legal aqui apontada.

À fiscalizada, insista-se, assistiria o direito de efetivamente desconstituir as presunções aplicadas, apresentando, quando devidamente intimada para tanto, as respectivas comprovações a respeito da origem e natureza dos apontados recursos, o que, mais uma vez, não se verifica no presente caso.

Diante disso, perfeitamente válida e regular, no caso, se verifica a aplicação da presunção de omissão de receitas promovida na atuação realizada, não se havendo falar aqui, absolutamente, em qualquer invalidade das disposições do Art. 42 da Lei 9.430/96 (*Súmula CARF nº 2*) e, ainda, em qualquer ofensa a princípios da razoabilidade, proporcionalidade, contraditório, ampla defesa ou qualquer outra disposição constitucional apontada.

A definição de "receita bruta" na sistemática própria do Simples Nacional, e a impossibilidade da "dedução" pretendida pela contribuinte.

A par de todas as considerações apresentadas, relativas à perfeita regularidade da aplicação das disposições da Lei Complementar n. 105 e, também, das disposições do Art. 42 da Lei 9.430/96 na presente vertente, relevante observar ainda que a contribuinte, a todo instante, sustenta em suas argumentações a impossibilidade de consideração de parte dos créditos identificados pelos agentes da fiscalização como componentes da "receita bruta", tendo em vista tratar-se, no caso, de receitas de propriedade e destinadas a terceiros, apenas "transitando" por suas contas.

Em que pese mostrar-se como interessante construção argumentativa, tais considerações aqui efetivamente não tem como prosperar, sobretudo porque, ao contrário do que afirma a recorrente, as disposições específicas de regência expressamente indicam o que deva ser reconhecido como "receita bruta", não prevendo qualquer possibilidade de deduções de pagamentos a fornecedores, da forma como ele aqui pretendido. Vejamos, pois, as disposições do Art. 3º da Lei Complementar n. 123:

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

*I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, **receita bruta** igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e*

*II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, **receita bruta** superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).*

§ 1º Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

(...)

(Destaques nossos)

A partir da leitura do dispositivo apontado, verifica-se que o conceito próprio de "receita bruta" estabelecido para a configuração da incidência dos tributos devidos na sistemática inaugurada pelo Simples não admite, como pretende fazer crer a contribuinte, a dedução de qualquer parcela de custos, sendo, pois, completamente equivocada a construção por ela pretendida, com o objetivo de negar a titularidade de parte dos montantes recebidos em sua conta bancária.

Quisesse a contribuinte promover a apuração de sua base tributável a partir da diferença entre os montantes recebidos de seus clientes e os custos suportados na operação comercial especificamente apontada, deveria, por certo, fazer a opção por outro regime tributário, que não aquele a que então, à época, encontrava-se objetivamente submetido.

Em face dessas considerações, levando-se em conta a completa inexistência de previsão legal para a efetivação da dedução dos custos das mercadorias comercializadas, da forma como pretendido pela recorrente, e, ainda, tendo em vista a perfeita e total regularidade da aplicação da presunção de omissão de receita na hipótese, encaminho o meu voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário interposto.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator