



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

Processo n° 10970.720258/2013-35
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-002.488 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de setembro de 2018
Matéria Simples Nacional
Recorrente SS TABACOS LTDA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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.

PEDIDO DE JUNTADA DE DOCUMENTOS. DILIGÊNCIA. PROVA TESTEMUNHAL. 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.

Deve ser indeferido o pedido de diligência, quando os elementos constantes dos autos fazem-se suficientes para a livre formação de convicção e entendimento da situação analisada.

A legislação que rege o PAF não prevê depoimento testemunhal no julgamento de 1ª instância.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

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

AUTO DE INFRAÇÃO. OMISSÃO DE RECEITAS. ARBITRAMENTO. NULIDADE.

A verificação de omissão de receitas constitui infração que autoriza a lavratura do competente auto de infração, para a constituição do crédito tributário. Quando constatado artifício utilizado pelo contribuinte visando

frustrar a apuração da receita efetiva da empresa, é facultado à autoridade tributária utilizar, para fins de arbitramento da receita bruta, utilizar outros métodos de determinação da receita.

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.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAISS RFFP. CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.

A RFFP, nos termos do artigo 83, da Lei nº 9.430/1996, será encaminhada ao Ministério Público após ser proferida decisão final na esfera administrativa, não tendo ocorrido, desta forma, qualquer ilegalidade na condução do presente feito. Não cabe a autoridade julgadora analisar a RFFP.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

José Carlos de Assis Guimarães - 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

SS TABACOS LTDA ME recorre a este Conselho com fulcro no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 1972, objetivando a reforma do acórdão nº 10-48.810, sessão de 11 de fevereiro de 2014, da 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre (RS) que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.

Por bem refletir o litígio até aquela fase, adoto o relatório da decisão de primeira instância, completando-o ao final:

A matéria sob litígio tem origem na fiscalização inaugurada com a emissão do Mandado de Procedimento Fiscal MPF nº 0610900-2013-00082-7, 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 14/03/2013 o sujeito passivo foi intimado, via postal, 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 – Banco do Brasil S/A e HSBC Bank Brasil S/A, referentes ao ano de 2009, em meio magnético e em meio papel. A Declaração Anual do Simples Nacional – DASN referente ao ano de 2009, apresentada pelo contribuinte, continha valores de receitas zeradas, não apurando nenhum tributo. Não foram apresentados os livros fiscais e contábeis, somente os extratos em meio papel.

Não tendo apresentado os extratos bancários em meio magnético e, em virtude do grande volume da sua movimentação financeira e da indispensabilidade do exame de tais extratos, o Delegado da Receita Federal em Uberlândia autorizou a emissão da Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira – RMF para o Banco do Brasil e HSBC Brasil S/A.

De posse das informações bancárias foram elaboradas planilhas onde constavam os valores que ingressaram em suas contas correntes, e retirados todos os créditos referentes às liberações de empréstimos, resgates de aplicações, estornos e cheques devolvidos por irregularidade, totalizando a importância de R\$ 5.344.521,19 de créditos para comprovação.

Com a informação de que a empresa comprava produtos da Souza Cruz e os revendia em bares e mercearias da cidade, foi feita diligência nesta empresa, tendo a fiscalização constatado a emissão de inúmeras notas fiscais de vendas de produtos para o contribuinte, o que prova que ele exerceu suas atividades no ano de 2009. O total das compras perfazia o montante de R\$ 4.421.007,36. Diante destes fatos, a fiscalização considerou como caracterizada a omissão de receita no ano de 2009, no montante de R\$ 4.421.007,36.

Em virtude da receita bruta apurada no ano de 2009 ter superado o valor de R\$ 2.400.000,00, o contribuinte incorreu em situação impeditiva para recolher tributos no regime do Simples Nacional. Por esta razão foi feita a representação fiscal para exclusão de ofício desse regime tributário a partir de 2010, conforme processo nº 10970.720260/2013-12.

Pela omissão de receita na DASN 2009 foi encaminhada à autoridade competente Representação Fiscal para Fins Penais pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 1º, I, da Lei nº 8.137/1990, que resultou no processo nº 10970.720259/2013-80, apenso a este.

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\$ 45.913,17; Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – Simples (fls. 07), no valor de R\$ 45.913,17 e Contribuição Patronal Previdenciária – Simples (fls. 11), no

valor de R\$ 416.885,37; apurando o crédito tributário total no valor de R\$ 508.711,71 (quinhentos e oito mil, setecentos e onze reais e setenta e um centavos), aí incluído o principal, multa proporcional de 75% e juros de mora calculados até o último dia útil de 08/2013.

O sujeito passivo foi cientificado pessoalmente dos Autos de Infração e do Termo de Encerramento da Ação Fiscal em 12/08/2013, conforme fls. 225, e apresenta sua impugnação, de fls. 230/242 em 10/09/2013, alegando, em síntese, que:

1- Quebra do sigilo de dados bancários. Ausência de ordem judicial. Prova ilícita. Nulidade do Auto de Infração: todo o procedimento de fiscalização foi motivado e esteve amparado em informações bancárias obtidas sem o devido beneplácito judicial, em total afronta à Constituição da República, que consagra a inviolabilidade ao sigilo bancário dentre as garantias fundamentais. A Lei Complementar nº 105/2001 regulamentada pelo Decreto nº 3.724/2001 não tem o condão de excepcionar uma garantia fundamental. A obtenção de dados bancários sem a devida autorização judicial torna a prova ilícita, o que conduz a nulidade do procedimento fiscal e, conseqüentemente, do Auto de Infração dele derivado.

2- Arbitramento com base no valor das mercadorias adquiridas. Ausência de fundamentação legal. Nulidade do Auto de Infração: compulsando o Auto de Infração, verificou que a fiscalização adotou procedimento sem previsão legal. A base de cálculo para apuração dos tributos devidos na sistemática do Simples Nacional é a receita bruta, porém a fiscalização tomou como base de cálculo para lançamento dos tributos cobrados os valores líquidos de compras de mercadorias, supostamente realizadas na Souza Cruz S/A, não indicando o fundamento legal para este procedimento. Cita o artigo 11 do Decreto nº 70.235/1972 e sustenta que a realização de arbitramento sem fundamento legal acarreta vício insanável, compromete o exercício da ampla defesa e do contraditório, impondo a nulidade do Auto de Infração.

3 - Incompatibilidade. Arbitramento. Realidade econômica da impugnante: mantém um contrato verbal de agenciamento/distribuição (intermediação) com a Souza Cruz S/A. O contribuinte descreve como funciona seu negócio com a Souza Cruz –recebe lotes de cigarros, os vende na condição de distribuidora nos bares e comércios de Uberlândia, repassando à Souza Cruz o valor apurado com a venda do lote, deduzido de sua comissão. Na medida em que vai efetuando as vendas, realiza o depósito em suas contas bancárias e repassa à Souza Cruz um cheque de sua titularidade, justificando assim o grande volume de movimentações financeiras em 2009. Realizando intermediação de negócios, o caminho mais plausível seria a sua exclusão de ofício do Simples Nacional e ato contínuo, apurar o IRPJ e a CSLL com base em algumas das regras do lucro arbitrado e o INSS a partir da remuneração paga aos empregados registrados, conforme informações imputadas na GFIP. Conclui dizendo que o procedimento minimamente plausível seria o arbitramento da receita bruta a partir da dedução do valor das mercadorias saídas da Souza Cruz, no

valor de R\$ 4.421.007,36 dos créditos apurados nas suas contas bancárias, R\$ 5.344.521,19, o que deduziria a apuração de uma receita bruta no importe de R\$ 923.513,83, que embora seja superior a sua real receita bruta, é quatro vezes menor do que a apurada na sistemática adotada pela fiscalização.

Ao final requer:

(a) seja reconhecida a ilicitude dos extratos bancários obtidos sem autorização judicial, para julgar nulo o Auto de Infração;

(b) seja reconhecida a ausência de fundamentação legal para o procedimento de arbitramento efetuado, para julgar nulo o Auto de Infração por erro material (base de cálculo);

(c) caso não seja cabível reconhecer a ausência de fundamento legal, seja reconhecida a incompatibilidade do arbitramento realizado para julgar nulo o Auto de Infração;

(d) não sendo atendidos os itens anteriores, que seja determinada diligência para retificar o Auto de Infração, apurando-se os tributos devidos fora da sistemática do Simples Nacional ou apurar a receita bruta a partir da diferença entre o valor do crédito apurado em suas contas bancárias e o valor das supostas compras realizadas na Souza Cruz;

(e) seja julgado nulo o processo nº 10970.720259/2013-80; e

(f) provar o alegado por todos os meios de prova moralmente admitidos em direito, mormente a juntada de documentos e oitiva de testemunhas.

Cientificada da decisão de Primeira Instância e com ela não se conformando, a contribuinte SS TABACOS LTDA ME interpôs recurso voluntário trazendo as mesmas alegações do primeiro apelo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Carlos de Assis Guimarães, Relator.

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Turma de Julgamento.

De acordo com o Anexo II, artigo 57, parágrafo terceiro, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, adoto e transcrevo a "*decisão de primeira instância*", concordando com seu inteiro teor, ressalvando que inexistiu novos argumentos ou provas, quando da interposição do recurso voluntário:

Nulidades

Os autos de infração e demais termos lavrados pela fiscalização contemplam todos os requisitos obrigatórios previstos na legislação e foram instruídos com os elementos indispensáveis à comprovação da irregularidade, obedecendo aos requisitos do artigo 10 e não se vislumbrando nenhum vício que enseje nulidade dentro das hipóteses previstas no art. 59, ambos do Decreto nº 70.235/1972.

Da quebra do sigilo bancário

O contribuinte alega que a obtenção de dados bancários sem a devida autorização judicial torna a prova ilícita, o que conduz à nulidade do procedimento fiscal e, conseqüentemente, do Auto de Infração dele derivado.

No que concerne à alegação de que houve ilegalidade na quebra do sigilo bancário, o acesso direto das autoridades fiscais às informações bancárias dos contribuintes encontra fundamento no art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001:

“Art 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

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

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

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

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

Do Arbitramento com base no valor das mercadorias adquiridas

A fiscalização entendeu que a totalidade das compras de produtos da Souza Cruz compõe a receita bruta do sujeito passivo; por outro lado, o contribuinte alega que a sua receita bruta é somente a parcela recebida a título de comissões. Assim,

segundo a defesa, a realização de arbitramento de seu lucro sem fundamento legal acarreta vício insanável, compromete o exercício da ampla defesa e do contraditório, impondo a nulidade do Auto de Infração. Em resumo, deve-se decidir qual é o montante da receita bruta e, conseqüentemente, qual é o valor das bases de cálculo do IRPJ e das contribuições.

O contribuinte transmitiu sua DASN 2009 com valores de receitas zeradas, informou durante o procedimento fiscal não possuir os livros contábeis e fiscais em virtude de os mesmos terem sido levados em um assalto e não justificou os valores creditados em suas contas bancárias. Quanto ao assalto, nenhum documento comprovando esta alegação foi apresentado.

A definição de receita bruta encontra-se no art. 3º, § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006, abaixo transcrito, e no artigo 4º da Resolução CGSN nº 4/2007, vigente à época dos fatos:

Art. 3º...

§ 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.

(...)

A Lei nº 8.846/1994 que dispõe sobre o arbitramento da receita mínima para efeitos tributários, em seus artigos 6º e 8º assim dispõe:

Art. 6º Verificada por indícios a omissão da receita, a autoridade tributária poderá, para efeito de determinação da base cálculo sujeita à incidência dos impostos federais e contribuições sociais, arbitrar a receita do contribuinte, tomando por base as receitas, apuradas em procedimento fiscal, correspondentes ao movimento diário das vendas, da prestação de serviços e de quaisquer outras operações.

(...)

Art. 8º É facultado à autoridade tributária utilizar, para efeito de arbitramento a que se refere o art. 6º, outros métodos de determinação da receita quando constatado qualquer artifício utilizado pelo contribuinte visando a frustrar a apuração da receita efetiva do seu estabelecimento.

Da forma como o contribuinte agiu, movimentando valores consideráveis em suas contas bancárias, apresentando sua DASN com valores zerados e não justificando os valores creditados em suas contas bancárias, quando intimado, justifica o arbitramento efetuado.

O sujeito passivo sugere que a fiscalização deveria ter excluído a empresa do Simples Nacional e, ato contínuo, apurasse seu IRPJ e CSLL com base em alguma das regras do Lucro Arbitrado.

Mas não é isso que a legislação prevê. A omissão de receita, de acordo com o disposto no caput do artigo 24 da Lei nº 9.249/1995, deverá ser tributada pelo sistema a que o contribuinte houver optado para o ano-calendário em que houve a omissão. Vejamos:

Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

De todo o exposto, vemos que é válido o arbitramento da receita bruta com base nas notas fiscais de compra de mercadorias.

Do Agenciamento

O contribuinte iniciou suas atividades em 01/09/1997 tendo como objeto social a intermediação do comércio de produtos de fumo (cigarros), conforme fls. 215. Através do instrumento particular de alteração de Contrato de Sociedade Empresária Ltda, fls. 218/221, registrado na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais em 02/12/2008, seu objeto passa a ser o comércio varejista ambulante de cigarros, charutos, fumo e papel para cigarros.

A empresa, por sua vez, alega que consta de seu contrato social a intermediação na venda de lotes de cigarros. Esta atividade como vimos acima, constou até 02/12/2008. No ano-calendário de 2009 sua atividade é ligada ao comércio varejista.

Existem empresas que se dedicam à intermediação de negócios; ocorre quando alguém se estabelece com a finalidade específica de intermediar a venda de produtos; mas, deve-se frisar que, neste caso, para que o agenciamento efetivamente ocorra, é necessário que o contrato de venda seja firmado entre a empresa proprietária do fumo e os comerciantes ambulantes. O trabalho do agente consiste em aproximar as partes, proprietário do fumo e os ambulantes, sendo que as notas fiscais devem sair diretamente no nome dos compradores.

Segundo informação prestada pela Souza Cruz S/A as notas fiscais de venda eram emitidas em nome da SS Tabacos.

Como vemos, o contribuinte compra da Souza Cruz e após revende estes produtos em seu nome, não tendo como o litigante sustentar que o pagamento recebido dos clientes não é receita sua, pois é, e corresponde ao preço de venda contratado.

Conforme se depreende do conceito de receita bruta para os optantes do Simples Nacional, somente são redutores da receita bruta as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos e eventuais impostos não cumulativos sob certas condições. Ao contrário do que pensa o contribuinte, não há, portanto, autorização para excluir receitas auferidas mediante intermediação.

Se em vez de optar pelo Simples Nacional, tivesse escolhido apurar pelo Lucro Real, então poderia deduzir os custos e despesas e o IRPJ e CSLL seriam calculados sobre o lucro

líquido. O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais tem entendido que o contrato de agenciamento deve restar bem caracterizado. No entanto, ainda que o contribuinte tivesse logrado comprovar que atua como agenciador – o que não é o caso, já que inexistente prova nesse sentido – desta forma contratual não poderia ele se beneficiar, tendo em conta que tal atividade é vedada no regime do Simples Nacional, por assemelhar-se ao representante comercial (art. 17, XI da LC 123/2006).

Pelo exposto, tem-se que o lançamento se encontra devidamente efetuado, observando-se os valores apurados como receita bruta, fazendo incidir os percentuais pertinentes à faixa de enquadramento, conforme disposto em lei.

Pedido de realização de diligência

O Agente Fiscal comprova nos autos as intimações feitas ao sujeito passivo, traz cópia dos extratos bancários e todos os levantamentos realizados que originaram os Autos de Infração. Nestes levantamentos ele levou em conta o valor das notas fiscais de venda da Souza Cruz para a SS Tabacos. Não fosse isso e, apenas para fins de argumentação, caso se aceitasse existirem valores que pudessem ter alguma influência sobre o lançamento, tal fato não precisaria ser analisado através de diligência. Poderia ser objeto desta decisão.

Agora na impugnação caberia ao contribuinte apontar objetivamente falhas no lançamento acompanhadas de documentos comprobatórios que pudessem justificar um novo exame por parte da autoridade fiscal.

Sendo assim, existindo elementos suficientes para o julgamento da lide, não havendo motivação bastante para a realização de diligência, o pedido do impugnante deve ser indeferido, na forma das disposições contidas nos art. 18 do Decreto nº 70.235/1972, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/1993.

No tocante ao pedido para apresentar novos documentos, cumpre esclarecer que as provas devem ser apresentadas na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, consoante os termos do Decreto nº 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna por motivo de força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos – ocorrências não demonstradas no presente caso, razão pela qual não se conhece do protesto da defendente, pela produção de provas, além daquelas já arroladas no presente processo.

Por fim, indefere-se também o pedido de depoimento testemunhal no julgamento de 1ª instância, formulado na impugnação, por falta de previsão na legislação que rege o processo administrativo fiscal – PAF (Decreto nº 70.235/1972 e Decreto nº 7.574/2011).

Do processo nº 10970.420259/2013-80 - Representação Fiscal para Fins Penais

Com relação ao pedido de que seja julgado nulo o processo que trata da Representação Fiscal para Fins Penais RFFP, não compete a este órgão julgador a sua análise, por não fazer parte das atribuições definidas no artigo 233 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF também já se manifestou a respeito da sua incompetência para apreciar questões relativas à RFFP, como se vê do texto da Súmula nº 28:

Súmula CARF nº 28: O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Conclusão

Face ao exposto, voto por julgar improcedente a impugnação, mantendo integralmente os valores dos créditos tributários lançados, assim como indeferir o pedido de diligência, oitiva de testemunhas e apresentação de novos documentos.

Pelo exposto, VOTO por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

José Carlos de Assis Guimarães - Relator