



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

Processo nº 11080.002570/2004-40
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1302-001.403 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de maio de 2014
Matéria IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA
Recorrentes OPINIÃO TEATRO E BAR LTDA
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 1997, 1998, 1999, 2000, 2001

Ementa:

DECADÊNCIA. PRAZO INICIAL. OCORRÊNCIA DE FRAUDE.

O prazo decadencial, no caso de ocorrência de fraude, dolo ou simulação, inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ser efetuado.

NULIDADES.

Atendidos os requisitos do art. 59 do Decreto n. 70235/72, e proporcionadas plenas condições do contraditório, descabe a alegação de nulidade.

IRPJ. ARBITRAMENTO DO LUCRO.

O arbitramento deve prevalecer quando demonstrado vícios ou erros na escrita fiscal, que impossibilitem a determinação do lucro real ou presumido.

OMISSÃO DE RECEITA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Caracterizam-se omissão de receitas a prestação de serviços sem a escrituração dos valores depositados nas contas correntes dos contribuintes, que não comprovem com documentação idônea a origem dos recursos.

MULTA QUALIFICADA DE 150%.

Deve ser aplicada a multa de ofício de 150%, quando comprovada a ocorrência de sonegação, com a deliberada intenção de omitir receitas em vários anos calendários.

LANÇAMENTOS DECORRÊNCIA.

A solução dada ao lançamento principal, estende-se no que couber, aos lançamentos decorrentes.

SIMPLES. EXCLUSÃO.

É válido o ato de exclusão do SIMPLES prolatado por autoridade competente, com a descrição da motivação da exclusão. O contribuinte excluído sujeita-se às normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas a partir da data de sua exclusão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em negar provimento aos recursos de ofício e voluntário, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Relator.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Presidente.

(assinado digitalmente)

Guilherme Pollastri Gomes da Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Waldir Veiga Rocha, Gilberto Baptista, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Eduardo de Andrade, Hélio Eduardo de Paiva Araújo e Alberto Pinto Souza Junior.

Relatório

Foram formalizados contra o Contribuinte, dois autos de infração que tomaram os nºs 11080.002570/2004-40 (IRPJ, CSLL, PIS e Cofins), e 11080.002574/2004-28 (Exclusão do Simples).

O TVF elenca as seguintes irregularidades

- que o OPINIÃO TEATRO E BAR LTDA., adiante referido simplesmente como BAR OPINIÃO, apurou seus resultados pela sistemática do Lucro Presumido nos anoscalendário 1997, 1998, 1999 e 2000 e pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) no anoscalendário 2001. São dois os sócios da empresa: Alexandre Lopes e Cláudio Favero. Eles também são sócios da LF PRODUTORA – PUBLICIDADE E PROPAGANDA LTDA., adiante referida como LF PRODUTORA.

-que segundo a Representação Fiscal o motivo da exclusão do simples, com efeitos a partir de 1997, foi a reiterada prática de infrações à legislação tributária.

- que a ação fiscal resultou no arbitramento do lucro em todo o período fiscalizado, anoscalendário 1997 a 2001 em razão da imprestabilidade da escrituração haja vista a existência de grande volume de irregularidades e omissão sistemática de receitas. A contribuinte também não apresentou a escrituração contábil relativa aos anoscalendário 1997 e 1998, sob alegação de que foi destruída por incêndio.

- que o Bar Opinião foi uma das empresas selecionadas na ação fiscal denominada *operação casas noturnas*, efetuada pela DRF Porto Alegre.

- que as fls. 637 a 673 o autuante detalha minuciosamente o desenrolar de todo o trabalho de auditoria, com as intimações enviadas para a autuada, para a LF Produtora, para os sócios Alexandre Lopes e Cláudio Favero. Faz o mesmo com relação às circularizações realizadas junto a pessoas físicas e jurídicas que transacionaram com a autuada. Informa ainda sobre a obtenção de informações acerca da movimentação financeira do Bar Opinião e demais envolvidos nas alegadas infrações.

- que em circularização junto aos contribuintes LF PRODUTORA - PUBLICIDADE E PROPAGANDA LTDA. ("LF PRODUTORA"), CLÁUDIO AUGUSTO FAVERO ("CLAUDIO FAVERO"), e ALEXANDRE ANTÔNIO LOPES, ("ALEXANDRE LOPES"), foram constatadas uma série de irregularidades que configuraram reiterada infração à legislação tributária.

- que nos anos de 1997 à 2001, ficou plenamente demonstrado à sistemática omissão de receita, com a utilização dos mais diversos artifícios, como utilização de empresas de fachada, depósitos bancários sem comprovação da origem e prestação de serviços não declaradas, dentre outras.

- que o autuado se utilizou da empresa de fachada LF PRODUTORA para movimentar e ocultar recursos seus e de seus sócios Cláudio Favero e Alexandre Lopes.

- que além da utilização de contascorrentes da LF Produtora, a autuada também teria feito uso de contascorrentes mantidas em nome dos sócios Alexandre Lopes e Cláudio Favero para movimentar recursos financeiros não contabilizados. O documento de fl. 491 seria o reconhecimento expresso dessa prática da empresa. Por ele, os sócios afirmam que os recursos que movimentaram pertencem às empresas de que são sócios.

- que as transferências bancárias entre contas da pessoa jurídica e contas das pessoas físicas, tanto em um sentido como em outro, atingiram mais de R\$ 4.000.000,00 no período fiscalizado.

- que intimado, o autuado não entregou os extratos solicitados nem a escrita fiscal de 01/97 à 12/98, que teria sido queimada em 2 incêndios conforme certidões do Corpo de Bombeiros e ocorrências da Polícia Civil.

- que a omissão de receitas apurada pelo Fisco foi de R\$ 15.924.105,35 (conforme relatório fiscal) e encontrase detalhada na planilha de fls. 703/712. Desse montante, R\$ 15.061.446,06 decorrem de depósitos bancários sem comprovação da origem e R\$ 862.659,29 são decorrentes da prestação de serviços.

- que a omissão de receitas de prestação de serviços foi identificada a partir da circularização feita pela fiscalização, já que a autuada não apresentou documentação comprobatória. O autuante partiu dos depósitos bancários para os quais houve comprovação da origem dos recursos. Foram pagamentos oriundos de empresas relativos à utilização do local pela produção de shows, exibição de publicidade, etc. Em alguns casos houve emissão de notas fiscais pela autuada – que não foram contabilizadas – ou *notas de débito*, que não se caracterizam como documentos fiscais.

- que o autuante refere também a existência de outras *fraudes na escrituração contábil do Bar Opinião*, referindose à manutenção de contascorrentes bancárias não escrituradas, *suprimento indevido de caixa* e omissão de compras de bens e serviços.

- que eram cinco as contascorrentes não escrituradas pela autuada e movimentavam, com frequência e habitualidade, expressivos valores. Na contabilidade constava apenas uma conta, sem a numeração especificada, e com apenas um único registro contábil entre janeiro de 1999 e junho de 2001.

- que os *suprimentos indevidos de caixa* ocorreram entre janeiro de 1999 e junho de 2001 e totalizaram R\$ 167.859,37. Intimada para comprovar a efetividade dos mesmos, a própria empresa informou que eram fictícios e que os aportes eram efetuados por terceiros, sem qualquer documento. Para evitar bitributação os suprimentos não foram considerados na base de cálculo, sendo utilizado, tão somente, o valor dos depósitos bancários.

- que a LF Produtora não mantinha escrituração contábil e fiscal regular. Apresentou ao fisco uma *Relação de Faturamento* e um *Controle do Fluxo Mensal de Caixa*. Analisando os documentos o agente do fisco constatou não existir qualquer correspondência entre a movimentação financeira apresentada e aquela havida nas contascorrentes da informante. Não foram apresentados documentos que confirmassem quaisquer das operações referidas nas planilhas apresentadas.

- que a LF Produtora apresentou, nos anoscalendário 1997, 1998 e 2000, Declaração de Inatividade e nos anoscalendário 1999 e 2001, DIPJ pela sistemática do Lucro Presumido.

- que o Bar Opinião optou pela sistemática do Simples em 01/01/1997, mas as DIPJ foram apresentadas todas pelo Lucro Presumido, exceto a relativa ao anoscalendário 2001, pelo SIMPLES. O autuante refere existir outras inconsistências no preenchimento da

- que a DIPJ, além da omissão de receitas já referida. Alude a *omissão de aquisições de bens do ativo permanente*, citando como exemplos a aquisição de automóveis: um GM Vectra, um Gol, um Chrysler Stratus, um Audi A4 e um Citroën Xsara Picasso. Alexandre Lopes e Cláudio Favero entregaram declarações de rendimentos nos anoscalendário de 1997 a 2001 no modelo simplificado.

- que o lucro da empresa foi arbitrado, como já dissemos, em virtude do grande volume de irregularidades encontradas na escrituração (nos anoscalendário 1999 a 2001) o que a tornou imprestável. O arbitramento em relação aos anoscalendário 1997 e 1998 ocorreu pela falta de apresentação da escrituração.

- que para fins de cálculo, foi considerada a receita bruta conhecida, ou seja, tanto aquelas contabilizadas pelo BAR OPINIÃO como aquelas omitidas.

- que o autuante considerou haver responsabilidade solidária aos sócios em virtude de os atos praticados caracterizarem infração à lei.

- que a receita bruta da Contribuinte extrapolou o limite de R\$ 1.200.000,00, previsto na legislação de regência (inciso II, do art. 2º da Lei nº 9.317/96).

- que em razão dos atos praticados caracterizarem-se infração a lei, a fiscalização considerou haver responsabilidade solidária dos sócios e aplicou a multa de 150%.

Em 11/11/2004 o Contribuinte tomou ciência do Ato de Exclusão e apresentou manifestação de inconformidade, tempestiva, desconsiderada pela 5ª Turma da DRJ/POA, que manteve sua exclusão do simples. Contra esta decisão foi interposto recurso voluntário.

Contra os Autos de Infração de IRPJ, PIS, COFINS e CSLL, o Contribuinte também apresentou impugnação tempestiva, julgada improcedente pela DRJ e contra esta decisão também apresentou recurso voluntário.

A 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais apreciando ambos os recursos, decidiu o seguinte:

a) que os autos retornem à unidade de origem para que os processos que estão juntados por apensação sejam juntados por anexação;

b) que o Contribuinte seja cientificado desta decisão para apresentar razões adicionais à exclusão do Simples, se assim o quiser;

c) que posteriormente, os autos sejam encaminhados à DRJ para julgar conjuntamente ambas impugnações com eventuais razões adicionais.

Após as providências determinadas e as razões adicionais apresentadas, à 5ª Turma da DRJ/POA, por unanimidade de votos, manteve a exclusão do SIMPLES e deu parcial provimento à impugnação reconhecendo a decadência parcial das exigências do IRPJ e CSLL cujos fatos geradores fossem anteriores à 30/09/1998 e as do PIS e da COFINS anteriores à 30/11/1998, desconheceu o pedido de perícia, e rejeitou às demais preliminares, conforme ementa a seguir:

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA
IRPJ**

Ano: 1997, 1998, 1999, 2000, 2001

PEDIDO DE PERÍCIA. REQUISITOS.

Os pedidos de perícias que não atendam aos requisitos exigidos pela legislação do processo administrativo fiscal são considerados como não formulados.

RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA.

A propositura de ação judicial importa em renúncia às instâncias administrativas e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa.

**DECADÊNCIA. PRAZO INICIAL. OCORRÊNCIA DE DOLO,
FRAUDE OU SIMULAÇÃO.**

Iniciase a contagem do prazo decadencial no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado, quando comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

**DECADÊNCIA. INOBSERVÂNCIA DO PRAZO NO LANÇAMENTO.
CANCELAMENTO DA EXIGÊNCIA.**

Cancelase os lançamentos efetuados em relação a períodos já atingidos pela decadência.

**IRPJ. LUCRO ARBITRADO. DESCLASSIFICAÇÃO DA
ESCRITURAÇÃO.**

Impõe-se o arbitramento do lucro quando demonstrado que a escrituração contábil contém vícios, erros ou deficiências que impossibilitem a determinação do lucro real ou presumido, ou revela indícios de fraude.

IRPJ. ARBITRAMENTO. BASE DE CÁLCULO.

O arbitramento deve ter por base a receita bruta, quando conhecida, incluídos nesta os valores de receita omitida.

**OMISSÃO DE RECEITAS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E
DEPÓSITOS BANCÁRIOS.**

Caracteriza omissão de receitas a prestação de serviços sem escrituração dos valores correspondentes e a existência de créditos em contas correntes próprias ou em nome de terceiros, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos.

MULTA DE OFÍCIO DE 150%. CABIMENTO.

É cabível a aplicação da multa de ofício de 150% quando comprovada a ocorrência, em vários anos-calendário, de fraude e sonegação em conluio com outras pessoas e com a deliberada intenção de omitir de receitas.

LANÇAMENTOS DECORRENTES. CSLL. COFINS. PIS. Solução dada ao litígio principal, relativo ao Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas, estendese, no que couber, aos demais lançamentos decorrentes quando tiver por fundamento o mesmo suporte fático.

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SIMPLES

Ano-calendário: 1997, 1998, 1999, 2000, 2001

SIMPLES. NULIDADE DO ATO DE EXCLUSÃO. FALTA DE MOTIVAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

É válido o ato de exclusão do Simples prolatado por autoridade competente e que descreve a motivação da exclusão, no caso, reiterada infração à legislação tributária. A descrição pormenorizada das infrações consta de alentado relatório fiscal nos autos do processo de exclusão, que foram disponibilizados à defesa. Assim, inexistente cerceamento do direito de defesa.

SIMPLES. EFEITOS DA EXCLUSÃO

O contribuinte excluído do Simples se sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão.

Tendo em vista que o crédito exonerado ultrapassou o limite de alçada, o Presidente da Turma recorreu de ofício da parte exonerada, por força do art. 34, inciso I do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, combinado com o art. 1º da Portaria MF nº 3, de 3 de janeiro de 2008.

Intimado da decisão da DRJ em 26/10/2012, o Contribuinte apresentou recurso voluntário tempestivo, requereu prova pericial e alegou em síntese o seguinte:

- que as RMF's não poderiam ser emitidas sem autorização judicial.
- decadência dos lançamentos relativos aos anos-calendário 1997 à 1999, por força do § 4º, do art. 150 do CTN, conforme jurisprudência pacífica do Conselho de Contribuintes.
- que seja declarado nulo o auto de infração relativamente à contribuinte LF Produtora, e demais pessoas físicas nele relacionadas (Alexandre Lopes e Cláudio Favero), em decorrência da falta de notificação do auto de infração.
- nulidade por obtenção de prova ilícita através da quebra de sigilo bancário sem autorização judicial.

- que a autuada e os demais envolvidos impetraram o Mandado de Segurança nº 2001.71.00.0361868, onde foi concedida liminar determinando que não fossem expedidas RMF's.

- que a desconsideração da personalidade jurídica aplicada, não se aplica, já que na confusão patrimonial não há intenção dos sócios em fraudar terceiros e credores.

- que os sócios declaram expressamente que os recursos em suas contas bancárias eram provenientes das pessoas jurídicas das quais eram sócios, ficando demonstrada a ausência de intenção de fraude.

- que o autuado e a LF Produtora realizaram várias operações próprias dos seus escopos sociais provando que LF Produtora não era empresa de fachada. Menciona uma série de contratos com outras empresas, a existência de Livro de Funcionários, a emissão de notas fiscais, o preenchimento da RAIS e a declaração do Sr. Márcio Machado que intimado declarou ser funcionário da LF Produtora.

- que o sócio Cláudio Favero foi aconselhado pelos contadores a passar a Pajero para o nome da LF Produtora, sem descaixe financeiro da empresa.

- que o nome fantasia OPINIÃO PRODUTORA era da LF Produtora e não do autuado, como concluiu a fiscalização. O único contrato, onde teria havido equívoco de designação foi com a TELET, no valor de R\$ 247.584,00, relativa à contratação e produção do Aniversário da Claro Digital.

- que a informação da CIE Brasil, de que não identificou operação com a LF Produtora, ficou prejudicada já que solicitou prazo mas não prestou outras informações.

- que mais uma prova de que não era empresa de fachada é a participação da LF Produtora na bilheteria do evento *Circo Imperial da China*, como prova o *Controle Mensal de Fluxo de Caixa*, com os valores tendo sido repassados pelo Bar Opinião.

- que com relação aos depósitos bancários, diz que é comum a movimentação de importâncias de terceiros em suas contas e que eram realizados mútuos entre os envolvidos na realização dos shows, sem que isso caracterize renda.

- que para que possa haver a tributação sobre a renda com base em depósitos bancários é mister que haja o nexo entre estes e o acréscimo patrimonial.

- que as contas bancárias mantidas à margem da escrituração eram para manter depósitos de terceiros, que eram repassados.

- que no lucro arbitrado deve ser aplicado coeficiente distinto da receita conhecida, de acordo com o disposto no artigo 535 do RIR/1999.

- que a LF Produtora apresentou *Relação de Faturamento*, documento desconsiderado pelo autuante.

- que em relação às deficiências nas declarações de rendimentos dos sócios, não podem elas ser discutidas no presente processo.

- que uma vez que a LF Produtora não é empresa de fachada, e toda a informação foi prestada ao fisco, a multa de 150% deve ser reduzida e arquivado o processo de representação fiscal para fins penais.

- que seja afastada a responsabilidade dos sócios gerentes, pois não foi comprovada a infração à lei.

- pede a realização de perícia para demonstrar que os valores que circularam nas contas da impugnante não se tratam de receitas, mas de recursos de terceiros.

- que seja intimada a empresa CIE Brasil Ltda. para que se manifeste sobre as contratações mantidas com a empresa LF Produtora que demonstra que a mesma atuava em seu ramo de negócio.

- que em nenhum momento houve ocultação de patrimônio, seja do Bar Opinião, seja da LF Produtora, seja dos seus sócios.

- que não há qualquer motivação para a exclusão do simples e os seus efeitos somente poderiam alcançar fatos supervenientes.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Guilherme Pollastri Gomes da Silva Relator

Conheço do recurso voluntário e de ofício por preencherem os requisitos do Decreto nº 70.235/72.

O recurso de ofício das decisões de primeira instância é disciplinado pelo art. 34 do Decreto nº 70.235/1972, e Portaria MF nº 3, de 03/01/2008. Eis o dispositivo em comento:

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

No caso em tela, ao somar os valores correspondentes aos tributos e multa afastados em primeira instância, verifico que superam o limite estabelecido pela norma de regência, razão porque dele conheço.

Lembro que a DRJ deu parcial provimento à impugnação reconhecendo a decadência parcial das exigências do IRPJ e CSLL cujos fatos geradores fossem anteriores à 30/09/1998 e as do PIS e da COFINS anteriores à 30/11/1998.

Como a ocorrência de dolo e fraude ficou cabalmente comprovada, a DRJ corretamente aplicou o prazo decadencial previsto no artigo 173, I do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

*“Art. 173. O direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:
I do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;”*

Diante deste fato e como a ciência dos autos de infração ocorreu em 30/11/2004, a DRJ corretamente decidiu que estava decaído o direito de a Fazenda lançar IRPJ e CSLL quanto aos fatos geradores de 1997 e dos três primeiros trimestres de 1998. Para os fatos geradores dos 1º, 2º e 3º trimestres de 1998, o primeiro dia do exercício seguinte ao qual o lançamento poderia ser efetuado é 01/01/1999, fazendo com que o lançamento fosse válido se efetuado até 31/12/2003 e como foram efetuados em 2004, a possibilidade da constituição da exigência estava fulminada pela decadência.

Já o lançamento do quarto trimestre de 1998 obedeceu ao prazo decadencial. Como os lançamentos só podem ser efetuados depois de vencido o prazo para o pagamento espontâneo o que ocorreu em 1999, a contagem se inicia em 01/01/2000, primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se poderia lançar.

Pelo mesmo raciocínio, estavam decaídas as exigências de PIS e Cofins com fatos geradores anteriores a dezembro de 1998, pois a contagem do prazo inicia em janeiro/1998 (para os fatos geradores de 1997) ou janeiro/1999 (para os fatos geradores de 1998) e assim o lançamento teria que ser efetuado, respectivamente, até 31/12/2002 e 31/12/2003.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 10/06/2014 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente

em 10/06/2014 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 10/06/2014 por ALBER

TO PINTO SOUZA JUNIOR

Impresso em 11/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Os lançamentos relativos aos fatos geradores de dezembro/1998 poderiam ser realizados em 1999 iniciando a contagem do prazo decadencial em 01/01/2000. Como foram efetuados em dezembro de 2004, obedeceram o prazo decadencial.

Diante do exposto, nego provimento ao recuso de ofício já que a DRJ corretamente decidiu que as exigências de IRPJ e CSLL com fatos geradores até 30/09/1998, e as exigências de PIS e Cofins com fatos geradores até 30/11/1998 deveriam ser canceladas.

Em relação ao recurso voluntário o Recorrente sustenta a nulidade do auto de infração em vista da obtenção de prova ilícita através da quebra de sigilo bancário sem autorização judicial.

Esclareço que este processo já tinha sido sobrestado por esta Turma, através da Resolução nº 1302-000.251, em 06/08/13, por conta da determinação do art. 62-A do RICARF, diante de recurso repetitivo sobre a matéria estar pendente de julgamento no STF.

Porém com a publicação da Portaria nº 545, de 18/11/2013, o art. 62 do RICARF foi revogado e com ele o impedimento do julgamento de processos que envolvam a quebra de sigilo bancário. Com isso o processo retornou para minha relatoria para julgamento, e é o que faço.

Informou o Recorrente que impetrou o Mandado de Segurança sob nº 2001.71.00.0361868, procurando impedir a expedição de RMF, ou, se tivessem sido expedidas, solicitando que elas fossem canceladas.

Ou seja, o Recorrente já havia buscado pronunciamento do Poder Judiciário quanto à legalidade da utilização de informações bancárias para fins de constituição de exigência tributária, restando comprovado que o provimento judicial foi desfavorável às suas pretensões.

A alegada nulidade do auto de infração em vista da obtenção de prova ilícita através da quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, foi ilidida pelo próprio judiciário que ao julgar recurso especial nº 697.511 RS, interposto no Mandado de Segurança nº 2001.71000361868, proposto pelos envolvidos neste processo decidiu que *o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência.*

A matéria foi submetida ao STF e a informação colhida no sítio do tribunal na internet, dá conta que foi negado segmento ao recurso e em 05/05/2005 houve a baixa definitiva dos autos.

Por esta razão, não há que se conhecer das alegações de violação ilegal de sigilo bancário.

A Recorrente também requer a nulidade dos autos por não terem sido notificadas a empresa LF Produtora e os sócios-gerentes.

Porém, examinando os autos vejo que apesar de ter o fiscal no encerrar do relatório fiscal indicado que os sócios da autuada seriam responsáveis solidários pelo crédito tributário, não houve a lavratura de termo de sujeição passiva solidária ou qualquer outro que os indicasse como sujeitos passivos no processo, nem eles foram cientificados da exigência ou tiveram aberto prazo para defesa.

Entendo assim que a responsabilidade dos sócios não é objeto deste processo.

Em relação a LF Produtora no entanto, nenhuma prova há de que não seja realmente uma empresa de 'fachada' utilizada pelo Bar Opinião para movimentar recursos estranhos à sua contabilidade. Ressalta-se que LF Produtora entregou declaração de inatividade nos anos-calendário 1997, 1998 e 2000, e em 1999 e 2001, apurou os resultados pelo Lucro Presumido, mas nada declarou a título de remuneração de empregados, com ou sem vínculo empregatício, prestação de serviços por pessoa jurídica ou compra de mercadorias.

Todavia as relações Anuais de Informações Sociais indicam a existência de empregados nos anosbase 1999, 2000, ficando claro que a falsa declaração na RAIS, ou na Declaração de Inatividade, relativamente ao anobase 2000.

Em verdade, não há relevância, na discussão sobre a LF Produtora ser empresa *de fachada* ou não, mas sim se a movimentação bancária realizada em seu nome é dela ou pertence ao Bar Opinião.

Está evidente que os créditos na conta de LF Produtora pertencem ao Recorrente, uma vez que a bilheteria dos shows dos *Hanson's*, em 12/11/2000 e da *British Sinfony*, em 26/11/2000, foram depositados na conta da LF Produtora enquanto os contratos de fls. 3152/3157 e 3158/3162 para *locação do Ginásio de Esportes Gigantinho* para os referidos shows, mostram que o locatário foi o Bar Opinião, que a LF Produtora informou ter auferido R\$ 30.000,00 de bilheteria com a realização do show do *Mettalica*, mas o Bar Opinião informou que R\$ 354.171,00 ingressados em sua contacorrente decorriam da bilheteria de tal show, evidenciando que o Bar Opinião foi o verdadeiro promotor do evento, que a LF Produtora, pagou R\$ 10.206,00 em 11/04/2001, em favor de Zero Hora Editora Jornalística S. A., para veiculação de publicidade de show de Lulu Santos, produzido pelo Bar Opinião..

Assim restou evidente que a LF PRODUTORA não atuou com negócios relacionadas ao seu objetivo social, mas que agia no interesse do Bar Opinião, recebendo e pagando valores pertencentes a ele.

O Recorrente tenta mostrar qual empresa usaria o nome de fantasia *Opinião Produtora*, e pede que a CIE Brasil S. A. seja intimada, para se pronunciar acerca das contratações com a LF Produtora, porém são pedidos irrelevantes já que há provas consistentes da prática de omissão de receitas com origem na prestação de serviços, e nos depósitos bancários que o Recorrente não logrou identificar origem.

Em relação aos valores relativos à prestação de serviços que teriam sido prestados para as empresas TELET, VONPAR e Indústria de Bebidas Polar, a omissão está comprovada pelos contratos entre as partes, recibos e notas fiscais emitidas pelo Bar Opinião.

Quanto aos diversos valores recebidos da CLARO através de notas fiscais, resta mais uma vez comprovado as irregularidades de sua escrita contábil já que as mesmas sequer estão escrituradas.

Com relação as ditas antecipações recebidas da VONPAR, além de não previstas no contrato, são remuneração pela exclusividade na venda dos produtos que também especifica e constituiriam receita não escriturada.

Quanto a receita oriunda dos pagamentos da Indústria de Bebidas Antártica Polar S. A., o próprio Recorrente confirmou sua omissão quando disse que *tal verba foi repassada ao Bar Opinião a título de patrocínio do evento MUSICANTO*.

Comprovada a omissão de receitas a título de prestação de serviços, passemos à análise da omissão de receitas caracterizada pelos depósitos bancários.

É incontroverso que a autuada movimentou CINCO contas bancárias de sua titularidade, com expressiva movimentação financeira e que, entre janeiro de 1999 e junho de 2001, constou, da contabilidade, uma única conta-corrente, com apenas um lançamento no valor de R\$ 11.036,00.

Além das contas de titularidade da própria autuada não escrituradas, foram movimentados recursos em outras, em nome dos sócios e da LF Produtora.

Quanto às contas em nome dos sócios, também não há dúvidas que nelas foram movimentados recursos do Recorrente, como se vê pela declaração deles próprios, a fl. 491 deste processo, quando afirmam expressamente *“que todos os créditos oriundos de suas contas bancárias são provenientes das pessoas jurídicas as quais são sócios”* exceto um aluguel de R\$ 4.000,00.

A alegação de que houve aporte de recursos pelos sócios, a título de mútuos, nenhuma prova foi trazida ao processo, além do que, as declarações de pessoas físicas dos sócios, demonstram que eles não tinham condições financeiras de realizar tais empréstimos.

Além do mais quando intimado a comprovar a origem dos recursos depositados nas contas-correntes, próprias ou de terceiros, que utilizou, nada comprovou, o que levou o autuante a tributar a presunção de omissão de receitas constante do art. 42 da Lei nº 9.430.

Em relação a alegação de que o autuante aplicou os mesmos percentuais, tanto para a receita conhecida quanto para a receita omitida, não tem fundamento uma vez que os valores de receita omitida foram quantificados, ou pela prestação de serviços, ou presumidos no caso dos depósitos bancários.

Diante de todo o exposto está patente nos autos existência de dolo e fraude, comprovados pelas receitas mantidas à margem da escrituração, com utilização de contas-correntes próprias e de terceiros não escrituradas, situação que determina a aplicação da multa de 150%, nos termos do art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/1996.

Em relação a alegação de que o fisco teria agido ao arrepio da lei ao ter oferecido representação fiscal para fins penais, não cabe no caso concreto, pois o autuante tinha o dever de formalizar representação fiscal, conforme Portaria SRF nº 2.572/2001.

A exclusão do Simples tem efeito unicamente sobre o lançamento do crédito tributário relativo ao ano calendário 2001, pois nos demais optou pela sistemática do lucro presumido. Com isso, caso viesse a ser aceita as razões de defesa para considerar o ato de exclusão nulo, isso somente teria efeito sobre o lançamento de crédito tributário relativo ao ano calendário 2001.

A exclusão do Simples foi formalizada em 5/11/2004, retroagindo seus efeitos a 1º/01/1997.

A defesa apontou a falta de motivação do ato de exclusão do Simples como razão para que fosse declarado nulo. Alegou, também que a exclusão somente poderia alcançar fatos supervenientes. Em razões adicionais apresentadas após a anulação pelo Carf da decisão desta 5ª Turma, a contribuinte repetiu tais argumentos, acrescentando que o ato não poderá ser convalidado, pois nunca fez referência ao auto de infração. Não poderia o julgador legitimar ato que nasceu sem motivação. Não há base legal para a pretensão de que a exclusão do Simples somente opere efeitos a contar da edição do ato. Há norma expressa determinando que os efeitos da exclusão se operam a contar da ocorrência de prática reiterada de infração à legislação tributária. Reproduzo o art. 14, V do art. 14 da Lei nº 9.317/1996:

Art. 14. A exclusão darseá de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

[...]

V prática reiterada de infração à legislação tributária;

[...]

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

[...]

V a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior.

[...]

E nem poderia ser diferente. Caso não pudesse haver retroação dos efeitos da exclusão, o contribuinte que se declarasse indevidamente na sistemática simplificada, ou aquele que fraudasse ou sonegasse de forma contumaz, seria beneficiado pela própria torpeza.

A contribuinte foi notificada da exclusão com o envio do ato declaratório de exclusão e da notificação de fl. 2607/2608. Consta expressamente desses atos, que a exclusão decorre da prática reiterada de infrações à legislação tributária e foi resultado da análise do processo nº 11080.002574/200428, originário do Serviço de Fiscalização – SEFIS, da Delegacia da Receita Federal de Porto Alegre.

O ato de exclusão está motivado – prática reiterada de infrações à legislação tributária – com a minuciosa descrição dos fatos, e com os documentos que ampararam a decisão no processo administrativo correspondente referido no ato declaratório.

Consta do processo de exclusão, agora juntado ao presente por anexação, a “Representação Fiscal para Fins de Exclusão do Simples” (fls. 2169/2231) onde o agente fiscal explicita minuciosamente todas as razões que levaram a concluir pela prática reiterada de infrações à legislação tributária. A representação traz as mesmas razões que constam no relatório do trabalho fiscal no processo de exigência de IRPJ e demais tributos. A conclusão é a que segue (fls. 2230/2231).

A presente exclusão do SIMPLES tem efeitos a partir de janeiro de 1997 (data de opção pelo regime feita pelo BAR OPINIÃO), conforme preceitua o inciso V do art. 15 da Lei nº 9.317/96.

Além disso, em TODOS os anos calendários fiscalizados (1997 a 2001), a receita bruta (contabilizada e omitida) do BAR OPINIÃO foi superior ao limite de R\$ 1.200.000,00 previsto pelo inciso II, do art. 2º da Lei nº 9.317/96 (alterado pelo art. 3º da Lei nº 9.732/98), o que, por si só, já ensejaria a exclusão com efeitos a partir de 1998, em face do disposto no inciso II, do art. 15 do referido diploma legal.

A exclusão do BAR OPINIÃO do SIMPLES somente será relevante, para fins de apuração do crédito tributário objeto da presente ação fiscal, no que diz respeito ao ano calendário de 2001.", uma vez que optou pelo regime do lucro presumido nos anos-calendário de 1997 a 2000.

A prática dessas infrações está sendo confirmada nesse voto, quando analiso o IRPJ e demais tributos.

Como já referido, o processo estava a disposição para consulta, como constou na notificação à contribuinte, ou mesmo para cópia, faculdade que a autuada utilizou no processo relativo às exigências tributárias, como se vê na solicitação de cópias de fl. 2072.

Mais ainda, com a anulação das decisões anteriores pelo Carf, novo prazo foi aberto para que a defesa trouxesse razões adicionais de defesa quanto à exclusão do Simples, e a contribuinte utilizou essa faculdade. O voto da relatora do Acórdão no Carf refere as razões de exclusão constante da representação fiscal que a motivou. Assim, não há qualquer plausibilidade no argumento de cerceamento de direito de defesa. Não havia cerceamento quando da segunda manifestação de inconformidade, em 2012.

O argumento de que o *ato administrativo da exclusão deveria ter feito referência ao auto de infração, se é isso o motivo determinante da exclusão* é capcioso. A exclusão do Simples se deu em função da [gritante] prática de infrações à legislação tributária e assim está referido na notificação enviada à empresa. As infrações estão sobejamente descritas no processo. Então, a exclusão não decorre dos autos de infração. A exclusão do Simples e os autos de infração decorrem, como diz o autuante, *dos ardilosos artifícios para suprimir ou reduzir tributos*, da existência de *escrituração contábil fraudenta* e do auferimento de receitas superiores ao limite para enquadramento na sistemática simplificada.

Em resumo, a notificação e o ato declaratório expedidos cumpriram o papel de informar à empresa (1) a existência do procedimento administrativo de exclusão do Simples, (2) a emissão do ato de exclusão; e (3) a possibilidade de defesa e de consulta/cópia dos autos do processo. Com a nulidade das decisões anteriores, novo prazo de defesa foi aberto e utilizado pela contribuinte de forma que foi oportunizada ampla defesa.

A empresa tinha, portanto, perfeitas condições de, querendo, defender-se quanto ao mérito da exclusão.

Diante do exposto, voto por negar provimento aos recursos de ofício e voluntário.

(assinado digitalmente)

Guilherme Pollastri Gomes da Silva Relator

CÓPIA