



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

Processo nº 11080.006702/2007-55
Recurso nº 171401
Resolução nº **1103-00.044 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Data 10 de abril de 2012
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente CLEVESUL COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade, CONVERTER o julgamento em diligência.

(assinado digitalmente)

Aloysio José Percínio da Silva - Presidente

(assinado digitalmente)

Mário Sérgio Fernandes Barroso - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Mário Sérgio Fernandes Barroso, Marcos Shigueo Takata, José Sérgio Gomes, Cristiane Silva Costa, Hugo Correia Sotero e Aloysio José Percínio da Silva.

Relatório

Tratas-se de recurso voluntário a respeito da decisão da 5ª Turma da DRJ em Porto Alegre/RS que indeferiu a impugnação da contribuinte.

Em ação fiscal foram lavrados contra a empresa acima, autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ (fls. 296), Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS (fls.306), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS (fls. 317 e 337) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 326). O total do crédito tributário apurado foi de R\$1.613.387,77, calculado até 28/09/2007.

A contribuinte impugnou tempestivamente as exigências, através do arrazoado de fls. 363 a 385.

Razões de autuação

A ação fiscal é referente aos anos-calendário de 2003 e 2004, períodos em que a empresa era optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples.

O agente do fisco constatou que, apesar de a empresa declarar ter auferido R\$ 43.768,30 e R\$ 34.748,00 de receita bruta, respectivamente nos anos-calendário 2003 e 2004, a movimentação bancária em cada um desses períodos ficou na casa dos 4 milhões de reais. Intimada a empresa não comprovou a origem dos depósitos não escriturados.

A sistemática omissão de receitas e a falta de escrituração da movimentação financeira da empresa foram consideradas como práticas reiteradas de infrações à legislação tributária e levaram à exclusão do Simples, através do Ato Declaratório Executivo DRF/POA nº 152, de 05 de outubro de 2007, com efeitos a contar de 01/01/2003 (fls. 292). A ciência do ato de exclusão ocorreu juntamente com a ciência dos autos de infração ora em julgamento (notificação de fls. 293 e “AR” de fls. 360).

Em virtude dessa exclusão do Simples, bem como das fraudes detectadas na escrituração contábil, os resultados tributáveis da empresa foram arbitrados com base na receita declarada, bem como nos valores apurados relativos à omissão de receita, detectada através de depósitos bancários sem comprovação da origem (fls. 354/355). Na apuração do crédito tributário os valores recolhidos pelo contribuinte com base no Simples, foram compensados de ofício.

Foi aplicada multa agravada de 150% em virtude do evidente intuito de fraude. Explica o autuante que (fls. 356): “Foi aplicada multa qualificada inclusive sobre o crédito tributário constituído com base na receita declarada, tendo em vista que, em virtude da omissão sistemática de receita e de sua magnitude, os tributos apurados e recolhidos pela CLEVESUL sobre as receitas declaradas foram bem inferiores aos que seriam devidos caso não houvesse omissão de receitas, ou seja, caso os recolhimentos fossem feitos pela CLEVESUL com base em todas as receitas efetivamente auferidas pela empresa. No entanto, sobre os valores recolhidos pela CLEVESUL, não foi aplicada multa alguma, haja vista que esses valores foram compensados quando da apuração do presente crédito tributário, conforme detalhado no item 4.2.”.

Razões de defesa

O período de fiscalização, constante no termo de início de fiscalização, não teria sido cumprido, bem como o MPF-Complementar somente teria sido emitido após findo o prazo do anterior e, ainda, a auditoria teria sido continuada pelo mesmo auditor, em contrariedade ao determinado em lei.

Haveria ilegalidade em presumir-se depósito bancário como renda para fins de tributação. Cita a Súmula 182 do extinto TRF e traz jurisprudência. A autuação teria sido efetuada unicamente com base em depósitos bancários, sem qualquer comprovação quanto à exteriorização de riqueza.

O Fisco teria afrontado o princípio constitucional da legalidade, presumindo a existência de fato gerador da renda, sem qualquer outra prova que pudesse corroborar a assertiva. Também teria sido violado o sigilo bancário, sem autorização judicial.

A empresa teria sido excluída do Simples concomitantemente com a autuação, sem que fosse propiciado o direito de defesa. O Fisco além de excluir do SIMPLES, sem propiciar a defesa, e de forma retroativa, o fez após expirado termo final para conclusão dos trabalhos [...] o que implica na nulidade do auto de infração lançado, bem assim na nulidade da exclusão do SIMPLES (fls. 384). O ato declaratório que excluiu a empresa do Simples estaria suspenso em decorrência de processo administrativo e somente poderia voltar a ter vigência após a decisão definitiva, sendo para exercícios posteriores e não de forma retroativa. Menciona que a Lei nº 9.317/1996 preveria que a exclusão do Simples somente teria vigência a partir do ano-calendário seguinte à ciência da exclusão.

O lucro teria sido arbitrado sem que fosse especificado critério idôneo para tanto, valendo-se da totalidade dos valores supostamente omitidos, a título de receita bruta, o que é ilegal, posto que receita bruta é base de cálculo para PIS/COFINS e não lucro arbitrado, como também depósitos bancários não se prestam a demonstrar renda” (fls. 384). “A CSLL há de ser aplicada exclusivamente sobre o lucro líquido, e a fiscalização, em nenhum lugar do auto de infração ou do relatório de atividade fiscal, aduz qual o critério utilizado na fixação do arbitramento do lucro, ou seja, qual ou quais os motivos que determinam a margem de fixação do lucro (fls. 380).

A multa de 150% seria absurda e não poderia ser aplicada, “a um por sobrepujar o valor principal e a dois por não fazer prova cabal o agente autuador da fraude, do intuito” (fls. 377). Diz, também, que é inadmissível a aplicação de multa de 150% sobre receita declarada. Afirma que “é manifestamente contrário à lei, pois se houve receita declarada e impostos foram recolhidos sobre esta receita declarada, não pode haver incidência de multa sobre tal parcela” (fls. 378).

Reclama que não há demonstração se os valores de tributos pagos “tiveram, quando da compensação, a respectiva correção monetária”.

A 5ª Turma da DRJ em Porto Alegre/RS decidiu (ementa):

“NULIDADE. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

O mandado de procedimento fiscal consiste em mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos da fiscalização, não implicando nulidade do lançamento as eventuais falhas na emissão e trâmite desse instrumento.

SIMPLES. EXCLUSÃO. EFEITOS. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatada a prática reiterada de infração à legislação tributária, a exclusão do Simples surtirá efeito a partir do mês de ocorrência da infração.

ARBITRAMENTO DO LUCRO - DESCLASSIFICAÇÃO DA ESCRITURAÇÃO. Impõe-se o arbitramento do lucro quando demonstrada que a escrituração contábil contém vícios, erros ou deficiências que impossibilitem a determinação do lucro real ou presumido, ou revela indícios de fraude.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITAS. Os depósitos em conta-corrente, cuja origem não seja comprovada, presumem-se receitas omitidas.

FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. POSSIBILIDADE Os agentes da administração tributária 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.

CONSTITUCIONALIDADE.

A instância administrativa não detém competência para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CABIMENTO.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, quando demonstrado que o sujeito passivo agiu com evidente intuito de fraude.

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

A contribuinte, ora recorrente, alega:

PRELIMINAR

NULIDADE DO MPF

O entrega da prorrogação do MPF só teria sido efetivada junto com o auto de infração.

MÉRITO

DA MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA

O fundamento principal e único do respectivo auto de infração é:

depósitos bancários de origem não comprovada - omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada verificada através de quebra de sigilo bancário.

ILEGALIDADE DE PRESUMIR-SE DEPÓSITO BANCÁRIO COMO RENDA PARA FINS DE TRIBUTAÇÃO SÚMULA 182 DO TFR - "É ilegítimo o lançamento do Imposto de Renda arbitrado com base apenas em 'extratos ou depósitos bancários"

O Princípio da Legalidade Estrita e o art. 110 do CTN ' Vedação de presunção para fins de Tributação.

A quebra de sigilo bancário, sem a devida autorização judicial é ilegal e fere direito fundamental da proteção de sigilos de dados (art. 5, X e XII, da CF).

DA ABSURDA E DESPROPORCIONAL MULTA DE 150%

DA APLICAÇÃO DA MULTA DE 150% SOBRE A RECEITA DECLARADA

Tal critério, à evidência, é manifestamente contrário à lei, pois se houve receita declarada e impostos foram recolhidos sobre esta receita declarada, não pode haver incidência de multa sobre tal parcela.

DA COMPENSAÇÃO

Há fiscalização não demonstrou se estes valores tiveram, quando da compensação, a respectiva correção monetária.

DO ARBITRAMENTO POR PRESUNÇÃO EM FACE DA AUSÊNCIA DE CRITÉRIO TÉCNICAMENTE ACEITÁVEL, CONFIÁVEL E IDÔNEO.

Em breve análise do auto de infração lavrado verifica-se, desde logo, que o valor arbitrado na autuação, além de desconsiderar a possibilidade de verificação real, adotou o critério da presunção o que é rechaçado expressamente pelo Poder Judiciário quando das reiteradas decisões sobre o tema.

Veja-se, na prática, que a fiscalização afirma que a contabilidade é imprestável para determinação do lucro real, motivo pelo que arbitra sobre relativos períodos.

Pelo contrário aplica em toda a suposta receita encontrada com base na movimentação financeira o fator percentil para a base de cálculo, pressupondo indevidamente que todo o valor depositado : fosse renda, sem considerar qualquer despesa.

DA EXCLUSÃO DO SIMPLES IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA RETROATIVA VALIDADE PARA ATOS POSTERIORES E CONSEQUENTE ILIQUIDEZ DO AUTO DE INFRAÇÃO

A exigibilidade dos tributos nos moldes do regime geral porém somente ocorrerá quando a exclusão for definitiva, e esta somente o será após encerrado o devido processo, observado o contraditório e a ampla defesa.

Voto

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Dele, pois, conheço.

A recorrente articula ofensa a direito fundamental em face ao sigilo bancário, consumada pelas RMF.

O art. 62-A do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 256/09, com a redação da Portaria MF 586/10, dispõe:

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. (Incluído pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010)

§ 1º. Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º. O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.

De seu turno, na dicção do art. 1º, parágrafo único, da Portaria CARF 1/12, o procedimento de sobrestamento “somente será aplicado a casos em que tiver comprovadamente sido determinado pelo Supremo Tribunal Federal – STF o sobrestamento de processos relativos à matéria recorrida, independentemente da existência de repercussão geral reconhecida para o caso”.

A questão deduzida nos autos é objeto do RE nº 601.314-RG/SP com reconhecimento de repercussão geral, nos termos do art. 543-B do CPC.

Na apreciação do Agravo de Instrumento nº 668.843, pelo STF, em 1º/02/10, o Ministro Ricardo Lewandowski determinou a devolução dos autos de tal feito ao tribunal de origem para o sobrestamento do feito, conforme o art. 543-B do CPC, em face do referido RE, sob repercussão geral, em que se discute idêntica questão.

Também, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 765.714/SP, pelo STF, em 19/10/10, em decisão monocrática, o Ministro Ricardo Lewandowski determinou a devolução dos autos de tal feito ao tribunal de origem para sobrestamento, em observância ao art. 543-B do CPC, *ex vi* do RE supramencionado.

Conforme o art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno do STF, quando se verificar a subida ou distribuição de múltiplos recursos fundados em idêntica controvérsia, o Presidente do Tribunal ou o Relator determinará a devolução dos processos aos tribunais de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do CPC.

Outrossim, nos termos do art. 2º, *caput* e § 2º, da Portaria CARF 1/12, identifico a hipótese para sobrestamento do julgamento do presente feito.

Sala das Sessões, em 10 de abril de 2012 10 de abril de 2012

(assinado digitalmente)

Mário Sérgio Fernandes Barroso

Relator