



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

**Processo nº** 11516.001346/2008-05  
**Recurso nº** 885196  
**Resolução nº** **1103-00.045 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**  
**Data** 10 de abril de 2012  
**Assunto** Solicitação de Diligência  
**Recorrente** COLÉGIO BEIRAMAR 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 Shiguelo 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 DRJ que julgou improcedente a impugnação da contribuinte.

Contra a contribuinte foram lavrados autos de infração (Fls.250 a 280), referentes ao **IRPJ**, no valor de R\$ 323.686,92, **PIS** no valor de R\$ 25.166,16, **COFINS** no valor de R\$ 116.152,08 e **CSLL** no valor de R\$ 111.506,07 acrescidos de multa de ofício de 150 % - com base legal no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, além dos juros de mora com base no art 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996, calculados até 29/02/2008. O lançamento se refere ao ano calendário de 2004 e 2005.

O crédito tributário total exigido devido à omissão de receitas é de R\$ 1.681.433,60.

Da Ação Fiscal:

Foi lavrado Termo de Verificação, Constatação e Encerramento de Ação Fiscal, fls.281 a 285.

Segundo o referido Termo de Verificação, a fiscalizada foi excluída do SIMPLES, conforme processo nº 11516.000041/2006-14, tendo sido emitido o competente MPF (fl. 01) com hipótese de arbitramento.

No curso dos trabalhos a fiscalização constatou a existência de omissão de receitas, caracterizada pela existência de depósitos bancário de origem não comprovada nos anos calendário de 2004 e 2005, nos valores constantes do Auto de Infração do IRPJ, às fls. 251 e 252, além da tabela fls. 283. A base legal para a lavratura do referido auto foram os art. 27, Inciso I e 42 da Lei 9.430/96 e art. 532 e 537 do Regulamento do Imposto de Renda, = RIR/99- Decreto nº 3000/99.

Por meio do Termo de Início de Fiscalização, em 28/11/2007, a fiscalizada foi intimada, entre outros, a apresentar os extratos bancários e o relatório em meio magnético, contendo a relação de alunos, por curso e o valor das mensalidades, por mês, nos dois anos alvos da fiscalização (2004 e 2005).

Em 10/12/2007, a fiscalizada informa “que em virtude do tempo percorrido e das alterações de sistema e responsável pela escrita contábil da empresa, os extratos bancários do período solicitado, como também a relação dos alunos por curso e o valor de mensalidades não foram localizados (fl. 42)”.

Em 17/12/2007, foi emitida RMF nº 09.2.01.00-2007-0131-1 (fl. 88), pelo fato de que a fiscalizada além de não possuir os extratos mantinha uma movimentação financeira, segundo a CPMF, muito superior as receitas por ela declaradas.

Em 11/02/2008, por meio do Termo de Intimação nº 002 (fl. 91/184) a fiscalizada foi intimada a comprovar com documentos hábeis e idôneo, coincidentes em datas e valores, a origem dos recebimentos dos valores correspondentes aos créditos e /ou depósitos realizados na sua conta corrente junto ao Banco ABN AMRO REAL S/A, contidos nas relações em anexo.

Em 03/03/2008, após pedido de prorrogação de prazo a fiscalizada apresentou resposta a intimação (fls. 186/188).

A fiscalização considerou que todos os valores constantes do “Quadro 01 do TIF nº 02/2008 – CRÉDITOS A COMPROVAR A ORIGEM- (fls. 93/111) são receitas da fiscalizada, de origem não comprovada, ou não registrada/não oferecida à tributação e que está resumida no quadro às fls 283.

Segundo, ainda, o Termo de Verificação, em relação aos recolhimentos do tributo SIMPLES, a fiscalizada informou que “apesar de não haver recolhimento do tributo correspondente aos anos de 2004 e 2005, os mesmos foram incluídos no programa de parcelamento PAES e posteriormente do PAEX” (fl. 41). No entanto verificando os sistemas

informatizados da SRFB (fls. 190/191), a fiscalização constatou que não existem, débitos declarados no PAES, nem no PAEX com relação ao SIMPLES cujos períodos de apuração (PA), referem-se aos anos calendário de 2004 e 2005.

Segue o Termo de Verificação, registrando que o arbitramento do lucro se fez de acordo com o art. 530, inciso III, do Regulamento do IR – RIR/99 – tendo em vista que a fiscalizada, mesmo intimada a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, deixou de apresentá-los, além disso a contribuinte fora excluída de ofício do SIMPLES.

Com relação a multa qualificada, afirma o Termo de Verificação que: “a contribuinte omitiu receitas como está provado neste termo. Assim, a sua conduta denota o elemento subjetivo da prática dolosa de enganar o fisco, portanto enseja a aplicação da multa qualificada, conforme o art. 44, Inciso II e § 1º da Lei 9.430/96.”

Por fim, a fiscalização formalizou a Representação Fiscal Para Fins Penais, nos termos do processo nº 11516.001733/2008-33, que se encontra apensado a este processo.

#### Da Impugnação:

Inconformada a fiscalizada apresenta a sua impugnação de fls.288 a 355, alegando em síntese que:

#### Preliminar:

*Alega que o procedimento fiscal violou importante garantia jurídica prevista no art. 5º, inciso XI da Constituição Federal de 1988, e que o citado artigo apresenta um rol (cláusula pétrea) de garantias fundamentais do cidadão, os quais não admite modificação ou tergiversação;*

*A CF/88 assegurou o sigilo de dados incluindo neles os dados bancários, nem mesmo Lei infraconstitucional pode violar tal garantia. O auditor violou a garantia fundamental, exposta no inciso XI do art. 5º da Constituição Federal. Por isso requer seja declarado insubsistente o auto de infração.*

#### *Ausência de compensação dos valores recolhidos a título de SIMPLES:*

*Nos anos de 204 e 2005 a empresa adotou como regime tributário o SIMPLES e ao assim proceder calculou seus tributos de forma simplificada e os pagamentos foram realizados (se não de forma integral ao menos parcialmente), não sendo possível desconsiderar aquele efetuados, inclusive, pelo PAES e PAEX;*

*Os pagamentos efetuados , a título de parcelamento, afetaram parte dos débitos do SIMPLES relativos a 2004 e 2005, por isso há a necessidade de se promover o desmembramento destas parcelas do SIMPLES, para proporcionar a compensação ou diminuição, segundo valores da época, com os tributos arbitrados pelo fisco;*

*Assim requer a anulação integral do auto de infração, para que outro seja lavrado com respeito aos pagamentos que foram efetuados a título do SIMPLES e dos parcelamentos que a época incluíram os tributos a este título.*

*Do arbitramento do tributo:*

*O arbitramentos do lucro encontra-se absolutamente dissociada da realidade da empresa, pelo fato de que a base de cálculo utilizada não corresponde a faturamento e muito menos a lucro;*

*Discorda e impugna expressamente a base de cálculo utilizada para o arbitramento, pois a maior parte dos valores se referem à antecipações de faturamento (antecipação de fluxos de caixa) que se realizaram e foram tributadas mais tarde nos períodos seguintes;*

*Por fim, não há nenhum indício que os valores tiveram por origem faturamento ou lucro, não sendo jurídico presumir a ocorrência de fato gerador sem qualquer elemento que aponte neste norte.*

*Arbitramento realizado em competências onde a empresa ainda estava no SIMPLES – Ilegalidade dos efeitos retroativos:*

*Alega que em 2004 e 2005 estava no regime do SIMPLES e que até o momento de sua exclusão os tributos devem ser calculados utilizando-se os critérios e métodos previstos na legislação de regência daquele regime tributário;*

*Entende a recorrente que o arbitramento segundo qualquer critério que não o do SIMPLES acarreta em ofensa ao art. 146 do CTN. Nos termos do citado artigo as modificações, introduzidas nos critérios jurídicos adotados para o exercício do lançamento somente podem ser efetivados, em relação ao mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução;*

*A impugnante vinha recolhendo pelo SIMPLES e esta opção foi aceita pela Receita Federal naqueles anos. Assim, o calculo e arbitramento de tributos a posteriori somente poderia ser realizado de forma legal se observado o método para apuração de tributos pelo SIMPLES;*

*Ao modificar os critérios jurídicos para o lançamento (de SIMPLES, para lucro real ou presumido), o fisco poderia fazê-lo tão somente quanto a fatos geradores futuros, ou seja os posteriores a data da exclusão, observando-se, assim, o CTN;*

*O regime jurídico tributário pretérito encontra-se coberto pela segurança jurídica, constituindo ato jurídico perfeito que não pode ser objeto de revisão e novo arbitramento por regime diferente (cita Hugo de Brito Machado e Leandro Paulsen);*

*Cita, ainda, decisões do TRF da 4ª Região sobre a mudança do critério jurídico (art. 146 do CTN);*

*Requer a aplicação do art. 146 do CTN.*

*Multas:*

*No caso de indeferimento dos pedidos acima, requer a redução da multa. Tal pedido tem por fundamento o fato de que não há nenhum indício de dolo ou vontade da impugnante em sonegar tributos;*

*A aplicação da multa não pode ser presumida, sob pena de responsabilizar a impugnante (culpado até que prove em contrário – inadmissível). Não sequer uma fundamentação razoável para a aplicação da multa agravada;*

*Cita acórdão do Conselho de Contribuintes;*

*A multa levada a efeito é, portanto, desproporcional, ilegal, razão pela qual requer-se a redução.*

A DRJ decidiu:

*“LUCRO ARBITRADO -PESSOA JURÍDICA EXCLUÍDA DO SIMPLES FEDERAL.*

*A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.*

*O imposto devido será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado quando o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, com a inclusão de toda a movimentação financeira.*

*DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGENS. PRESUNÇÃO LEGAL. OMISSÃO DE RECEITA.*

*Caracterizam como omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito junto à 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.*

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL** Ano-calendário: 2004, 2005 LANÇAMENTOS DECORRENTES. PIS, CSLL e COFINS.

*Tratando-se da mesma matéria fática e não havendo questões de direito específicas a serem apreciadas, aplica-se aos lançamentos decorrentes a decisão proferida no lançamento principal (IRPJ).*

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO** Ano-calendário: 2004, 2005 EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. CARACTERIZAÇÃO.

*O reiteramento da conduta ilícita ao longo do tempo e a expressividade dos valores subtraídos à tributação, descaracteriza o caráter fortuito do procedimento, evidenciando o intuito doloso tendente à fraude.*

**MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO POR FRAUDE. APLICABILIDADE.**

*É aplicável a multa de ofício agravada de 150%, naqueles casos em que, no procedimento de ofício, constatado resta que à conduta do contribuinte esteve associado o intuito de fraude.”*

A contribuinte, ora recorrente, alega (resumo):

### PRELIMINARMENTE NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL - VIOLAÇÃO A NORMA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

No procedimento fiscal verifica-se que o senhor auditor violou a garantia fundamental, exposta no inciso XI do art. 5º da Constituição Federal, ao quebrar o sigilo bancário da empresa.

Não obstante a norma constitucional que garanta a inviolabilidade dos dados financeiros e fiscais, o sr. Auditor-Fiscal, calçado na Lei Complementar 105/201, requereu a instituição financeira os extratos de conta do contribuinte.

Ocorre que, mesmo amparado a lei nitidamente inconstitucional, o fisco não observou a íntegra de tal normatização, especialmente o art. 6º, uma vez que só é permitido o exame de documentos referentes a contas de depósito e aplicação financeira quando atendidos dois requisitos concomitantemente, quais sejam, processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam indispensáveis para a autoridade administrativa competente.

Ademais, a base de dados obtida ilicitamente acabou servindo inclusive como base de cálculo para o arbitramento dos tributos, o que também é inconstitucional.

### ARBITRAMENTO DO TRIBUTO

O arbitramento utilizou como base de cálculo valores distintos do faturamento e do lucro da empresa, apoiando-se em movimentação bancária obtida de forma irregular.

Como já exposto em fase de impugnação, a maior parte dos valores que serviram de base de cálculo para o arbitramento se refere à antecipações de faturamentos (antecipação de fluxos de caixa) que se realizaram e foram tributadas mais tarde nos períodos seguintes.

Por fim, não há nenhum indício que os valores utilizados tivera por origem faturamento ou lucro, não sendo jurídico presumir a ocorrência de fato gerador sem qualquer elemento que aponte neste norte.

### ARBITRAMENTO REALIZADO EM COMPETÊNCIAS ONDE A EMPRESA AINDA ESTAVA NO SIMPLES - ILEGALIDADE DOS EFEITOS RETROATIVOS

O auto de infração atacado foi constituído através de fiscalização exercida sobre o período de 2004/2005, quando a empresa estava enquadrada sobre o regime do SIMPLES

Até o momento de sua exclusão do SIMPLES, em 06.03.2006, todos os tributos devem ser calculados exclusivamente adotando os critérios e métodos previstos na legislação de regência daquele regime tributário.

Destarte, como a situação da empresa não mudou desde sua adesão ao regime do SIMPLES, que fora acatada pelo fisco até a publicação do ADE nº 30, o que demonstra o ato jurídico perfeito em relação aos anos posteriores, a exclusão da recorrente não poderá ter efeitos retroativos, modificando os critérios jurídicos adotados pelo Fazenda.

Entende a recorrente que o arbitramento segundo qualquer outro critério que não o do SIMPLES acarreta em ofensa ao art.146 do Código Tributário Nacional.

O regime jurídico tributário pretérito encontra-se coberto pela segurança jurídica, constituindo ato jurídico perfeito que não pode ser objeto de revisão e novo arbitramento por regime diferente.

Anexa jurisprudência.

## MULTAS

Quanto a este tópico, importante a redução do percentual de multa aplicada pela autoridade fiscal.

Tal pedido encontra fundamento na medida em que não há nenhum indício ou prova de dolo ou vontade da empresa em sonegar tributos, o que caracterizaria o tipificado nos art. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64.

Outrossim, a aplicação da multa tem como sustentáculo suposta omissão de receita, verificada por meio da modalidade de arbitramento, através de extratos bancários obtidos em total desrespeito a lei procedimental.

## Voto

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

A recorrente articula ofensa a direito fundamental em face da aplicação do art. 6º da Lei Complementar 105/01. Vale dizer, invoca-se agressão ao direito ao sigilo bancário, consumada pela aplicação do referido preceito legal.

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*

*(assinado digitalmente)*

Mário Sérgio Fernandes Barroso

Relator