



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

Processo nº 11516.001484/2009-67
Recurso nº Voluntário
Resolução nº 1202-000.196 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Data 13 de junho de 2013
Assunto IRPJ
Recorrente BOING ADMINISTRADORA DE BENS LTDA EPP
Recorrida Fazenda Nacional

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em sobrestar o julgamento do Recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Donassolo

Presidente Substituto

(documento assinado digitalmente)

Nereida de Miranda Finamore Horta

Relatora

Participaram do julgamento Carlos Alberto Donassolo, Carlos Mozart Barreto Vianna, Viviane Vidal Wagner, Nereida de Miranda Finamore Horta, Gilberto Baptista e Orlando Jose Gonçalves Bueno.

RELATÓRIO

Boing Esquadrias Ltda. EPP (CNPJ 03.495.101/000179) teve contra si iniciada procedimento fiscal visando apuração de irregularidades. De referido procedimento, iniciou-se representação fiscal para fins de exclusão do Simples (fls. 01, 1v), que culminou na expedição do Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 68, de 15 de julho de 2009, que determinou a exclusão da empresa do SIMPLES, por incorrer em prática reiterada de infração à legislação

tributária (“falta de contabilização de movimentação financeiras bancárias, inclusive falta habitual de contabilização de venda de imóveis”), incidindo em hipótese de exclusão de ofício do SIMPLES, com base no artigo 14, V, da Lei 9317/96.

Ainda em decorrência do procedimento fiscal, foram lavrados os seguintes Autos de Infração:

IRPJ (fls. 159/167) – R\$ 181.975,69

PIS/ PASEP (fls. 167v/172v) R\$ 43.273,33

COFINS (fls. 173/177v) R\$ 199.723,52

CSLL (fls. 178/185) – R\$ 103.278,14

Em relação ao IRPJ, as importâncias foram acrescidas de multa de ofício de 150% ou 75% e juros de mora, devidos desde a época do pagamento, referentes a fatos geradores trimestrais ocorridos nos anos-calendário de 2005 e 2006, com apuração pelo lucro arbitrado. Aos demais tributos, por serem reflexos ao IRPJ, foi dado o mesmo tratamento, no que fosse cabível.

Transcrevo trecho do relatório do acórdão recorrido sobre o enquadramento legal da questão:

“Em consulta à “Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is)”, do lançamento do IRPJ, às folhas 165, tem-se que a autuação decorre de arbitramento de lucro, nos termos do art.530, II do RIR/99, tendo como base de cálculo do lucro arbitrado, a receita bruta conhecida e, dentre estas, foi caracterizada como omissão de receita, os valores dos depósitos bancários de origem não justificada, com base no art.42 da Lei nº 9.430/96 (fl.166).

Consta na Descrição dos Fatos (fl.165), no Auto de Infração:

Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que a escrituração mantida pelo contribuinte é imprestável para determinação do Lucro Real, em virtude dos erros e falhas abaixo enumeradas:

A contribuinte não contabiliza a conta bancos, embora tenha movimentado milhões de reais em contas correntes nos Bancos Real, Bradesco, Mercantil e Sudameris, conforme extratos de movimentação financeira anexados no Anexo I; A contribuinte reiteradamente deixou de registrar sua movimentação financeira, que permaneceu oculta até mesmo de sua conta “caixa”; 3 A contribuinte reiteradamente deixou de contabilizar a venda de apartamentos e/ou imóveis recebidos de seus clientes em permuta por mercadoria/produtos.

Art.530, inciso II, do RIR/99.”

Irresignada, apresentou Defesa Administrativa Conjunta (fls. 190/207), em relação ao Ato Declaratório Executivo e ao Auto de Infração.

Inicialmente, aponta a estranheza de sua exclusão do Sistema SIMPLES ter se baseado em prática reiterada de infração tributária, eis que é a primeira vez que teria sido constatado ato supostamente em desacordo com a legislação.

Aponta que reiterar é renovar, fazer pela segunda vez e como no direito penal, é necessário o trânsito em julgado de uma decisão para se falar em reincidir ou reiterar, devendo ser afastado o argumento do fisco, sendo incoerente sua exclusão com base no inciso V, artigo 14 da Lei nº 9317/96.

Ainda, indica ser necessário que tendo a aludida infração ocorrida em 2005, somente em 2006, após regular processo, é que poderia se dar sua exclusão do Simples, se houvesse ocorrido novo ato que justificasse a exclusão.

Aduz que o auto de infração lavrado, impõe que a contribuinte se defenda de lançamento com discussão administrativa pendente de decisão. Aponta que a Portaria SRF nº 6129/2005 (que legaliza a emissão de ADE em conjunto com Auto de Infração), não possui força de lei, não podendo ditar regras contrárias ao disposto na Lei nº 9317/96, especialmente em seu artigo 15, §3º e artigo 16, pelo que entende que somente após os efeitos da exclusão haveria a imputação da tributação aplicável, indagando, que, na hipótese de apresentar defesa em relação ao ato de exclusão, se os efeitos deste estariam suspensos, como reza o artigo 151, III do CTN.

Quanto aos lançamentos com base em extratos bancários, aponta que a movimentação financeira não pode ser justificativa para a configuração de receita, sendo mero subsídio para tal ato, já que em seu entender, nem todo o valor que entra em conta pode ser considerado como receita do titular desta, citando doutrina de Maria Rita Ferragut.

Assim, entende como ilegítima a utilização da disponibilidade econômica como indicativo de omissão de receitas e de impostos devidos, aduzindo que aqueles são meros indícios de riqueza, sendo necessário prova que relacione os depósitos a elementos concretos, não bastando meras suposições como ocorrera, que tornam nula e ineficaz a cobrança pretendida.

Traz jurisprudência que entende aplicável, indicando que as presunções legais não podem resultar de iniciativa do ente fiscal, entendendo que a edição da Lei nº 9430/96 não afastou tal situação e que entender em sentido contrário seria dar ao fisco poderes ilimitados, imputandose por consequência à contribuinte a prova negativa da situação.

Prossegue, informando que em relação aos depósitos realizados em conta corrente, parte destes eram relativos a adiantamentos realizados decorrentes das especificidades de seu negócio, o que acaba por gerar descompasso, dentro de um mesmo ano entre a emissão de notas fiscais e a movimentação financeira.

Aponta que, em muitos casos, as construtoras que buscam seus serviços destacam um imóvel da própria construção como pagamento das mercadorias. Indica que tais imóveis sequer passam pela contribuinte, que somente busca compradores para eles que são levados a construtora, para que esta realize o negócio, não tomando parte em tal ajuste.

Indica que, em atendimento aos termos de intimação, trouxe livros de saída referente aos anos de 2005 a 2008 e contratos firmados nos anos fiscalizados e que os valores pactuados entre si e as construtoras foram integralmente submetidos à tributação.

Entende que houve alegações infundadas por parte da fiscalização, que mesmo ciente da forma de operar da empresa (por meio de visitas do contador e esclarecimentos pessoais prestados ao fiscal responsável), manteve a autuação. Indica que, em momento algum, afirmou que os depósitos eram efetuados pelas construtoras e que o agente fiscal interpretou erros de escrituração e ausência de lançamentos como omissão de receitas, tributando todos os valores de forma arbitrada.

Alega que a multa imposta, no patamar de 150% é excessiva e que não pode ser utilizada como técnica de arrecadação, como se tributo fosse e que tal agir pode levar a multas confiscatórias, em ofensa ao artigo 150, IV da CF, trazendo doutrina de Paulo César Bária de Castilho e Sacha Calmon Navarro Coelho.

Discute aspectos de legitimidade de multa em patamar tão elevado, eis que a penalidade deve ter paralelismo com a capacidade contributiva, e que, no caso concreto, como não houve omissão de receitas, a multa de 150% para sua imposição necessita do intuito de dolo ou fraude, o que não se presume e não fora comprovado. Cita decisão do Conselho de Contribuintes sobre o tema, pugnando por fim pela redução da multa para 75%.

Ao julgar o feito, a 3ª Turma da DRJ/FNS no Acórdão n. 0728.674 (fls.359/368), houve por bem não aceitar os argumentos trazidos na impugnação, mantendo o crédito tributário.

Analizando como questão preliminar o ato de exclusão do Simples, sob o aspecto formal, informa de início, que a existência de tal ato de exclusão e dos atos de infração lavrados por consequência, é procedimento legal, não trazendo prejuízo à defesa da impugnante.

Ao protestar a contribuinte o julgamento prévio da exclusão do Simples em relação à exigência tributária, informa que embora não haja previsão de atribuir efeitos suspensivos ao ADE que possua manifestação de inconformidade pendente de julgamento, esta seria a lógica, mas que ante o julgamento simultâneo das duas situações, conforme informações da Portaria nº 6.129 de 2 de dezembro de 2006 (revogada pela Portaria nº 666 de 24 de abril de 2008, com manutenção do artigo citado), artigo 1º, não havendo neste ponto infração ao artigo 15 da Lei nº 9317/1996, já que garantido o direito ao contraditório e ampla defesa, consubstanciado também pela apresentação da impugnação e pelo julgamento desta.

Aponta que foram demonstradas as irregularidades tributárias geradoras do lançamento de ofício e da exclusão do Simples, sendo que estas estão minuciosamente descritas no Termo de Verificação Fiscal IRPJ (fls. 142/158), especificadas em item de número 7, denominado “Da exclusão do Simples e do Arbitramento do Lucro”, tendo sido entregue cópia à contribuinte, com sua ciência, conforme fl. 158.

Prossegue, informando que a fiscalização ao entender que as infrações encontradas eram suficientes à exclusão do sistema, apresentou a Representação Fiscal para exclusão do Simples, com o consequente Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 68 de 15.07.2009, fundamentado no artigo 14, V, da Lei nº 9317/96, nitidamente descrito pelo “Termo de Verificação Fiscal” (fls. 142 a 158).

Disto, decorre que, diferentemente do alegado, as causas de exclusão do Simples foram devidamente apontadas e que a expedição do Ato de Exclusão e a Lavratura dos Autos de Infração terem sido experimentados na mesma data ou momento não trouxe qualquer

prejuízo à contribuinte, mormente ao seu direito de defesa, que inclusive exercita por meio da impugnação sob julgamento.

Indica que diferentemente do alegado, que os efeitos do ADE relacionam-se ao inciso V do artigo 196 do RIR/99 e não ao inciso IV (consubstanciado em excesso de receita em relação ao limite para permanência no Simples), motivo pelo qual aludidos efeitos são imediatos, iniciando-se no momento em que teria ocorrido a infração.

Por fim, aponta a inexistência de vícios formais no ato de exclusão ou nos autos de infração, sendo que aquele fora assinado pelo Delegado Adjunto da Receita Federal em Florianópolis, devidamente motivado e com respeito ao contraditório e a ampla defesa, pelo que se rejeita a preliminar alegada.

Analisando o ato de exclusão do Simples, aponta que sua motivação foi a prática reiterada de infração à legislação tributária. Tais práticas consistiam essencialmente em existência de movimentação financeira não contabilizada ou escriturada em Livro Caixa e incompatível com a receita declarada (conforme informações constantes do Termo Fiscal, fl.154, verso). Aponta que a definição de tal ato não possui normatização, ante a diversidade de situações que podem levar à prática de infrações à legislação tributária, entendendo o julgador que não há necessidade de mais de uma autuação referente ao mesmo tipo de infração para que se evidencie a “prática reiterada de infração à legislação tributária”. Indica que “se uma mesma infração é perpetrada no tempo, como no presente caso por 24 (vinte e quatro) meses, fica caracterizada a prática reiterada desta infração e, contrariamente ao alegado, é causa de exclusão do sistema SIMPLES, conforme consta no art. 14 da Lei 9317/96, consolidado no inciso V do art. 195 do RIR/99...”

Ante tais justificativas, decide por indeferir o pleito do contribuinte, ratificando a exclusão do Simples.

Partindo para a análise dos autos de infração, diz que a impugnação da contribuinte busca descaracterizar a tributação com base nos depósitos bancários, trazendo, entre outras alegações, que seria dever do fisco estabelecer o nexo de causa entre os depósitos bancários e o acréscimo de patrimônio, pugnando pela nulidade do feito ante a Súmula nº 182 do antigo Tribunal Federal de Recursos.

Destaca que não possuem amparo as alegações, informando que a Súmula invocada fora cancelada ante a edição das Leis nº 7713/88 e 8021/90, estando definitivamente afastada quando da promulgação da Lei nº 9430/96, não se aplicando aos casos aqui discutidos.

Aponta que “com o advento da Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990, art. 6º, a fiscalização ficou livre para constituir crédito tributário com base nos extratos bancários, pois, em se tratando de lei posterior, o referido dispositivo tem efeitos derogatórios ao Decreto-lei n.º 2.471 de 1988.” Traz julgado do Primeiro Conselho de Contribuintes sobre o tema.

Aponta que a edição da Lei nº 9430/96 traz outra realidade, a ser considerada a partir de 1º.01.1997 (data de entrada em vigor da legislação), quando a existência de depósitos não escriturados ou com origem não comprovado trouxe nova hipótese de presunção de omissão de receitas, reduzindo o ônus probatório imputado ao fisco, que na atualidade depende apenas de demonstração da existência de depósitos bancários não escriturados ou de origem

não comprovada, classificando-se como presunção legal, passível de prova em sentido contrário a ser trazida pela contribuinte.

Tendo em vista tais considerações, informa que a contribuinte não afastou a presunção legal de omissão de receitas, destacando que mesmo às empresas optantes do Simples as presunções (inclusive a de omissão de receitas prevista no artigo 42 da Lei nº 9430/96) aqui discutidas podem ser aplicadas, desde que apuradas com base nos livros e documentos a que estejam obrigadas aquelas pessoas jurídicas (artigo 18 da Lei nº 9317/96).

Acresce ainda que o artigo 42 mencionado não distingue entre depósitos bancários (créditos) contabilizados ou não, vez que se estes estão inseridos na escrita contábil, nada impede a tributação com base no citado dispositivo. Ainda, aponta que o simples fato da existência de tais depósitos dão conta da presunção de omissão de receitas, do que, como o dito, não afastou a contribuinte.

Informa que ao fisco é imputado a prova do fato constitutivo do seu direito, o que ocorreu, conforme Termo de Intimação 01/2008 (fl. 10), que continha o documento “Depósitos Bancários a Comprovar” (fl. 11/32), que intimava o contribuinte a comprovar, por via de documentação hábil e idônea a origem dos recursos creditados em suas contas de depósito ou de investimento mantidas junto às instituições financeiras ali indicadas.

Com a intimação, fora solicitado pela contribuinte prorrogações de prazos, deferidas, sendo apresentados *“alguns contratos e Livro de Saídas, e informado (fl.35) que em seus contratos com as construtoras, estas adiantavam recursos por conta de entrega futura de seus produtos (esquadrias), o que gerava um “[...] descompasso, dentro do mesmo ano, entre a emissão das notas fiscais a movimentação financeira,”*, informando por fim que *“há de se mencionar que em razão da forma de atuação da empresa, torna-se inviável a apresentação da medida requerida”*.

Durante o procedimento fiscal e com base na documentação trazida pela impugnante, o fisco intimou a contribuinte por várias vezes a se manifestar, não trouxe qualquer prova que afastasse a omissão de receitas imputada, comprovando a origem destes.

Indica que, embora isto fosse suficiente para a tributação lastreada no artigo 42, foi buscar maiores indícios, especialmente ao diligenciar junto às construtoras que recebiam a prestação de serviços por parte da contribuinte, especialmente ante o recebimento de imóveis destas como parte de pagamento. Quanto a isso, nada provou a contribuinte, e nem afastou o entendimento do fisco de que referidos imóveis eram revendidos a terceiros, gerando portanto, receita, e não representativos de meros adiantamentos, motivo pelo qual mantém o lançamento impugnado.

Analisando a questão da multa qualificada, informa inicialmente que a contribuinte não tinha os registros competentes para a manutenção no Simples, consignando que os Livros Diário e Razão não continham a escrituração da movimentação financeira.

Aponta que, para os lançamentos de ofício, a regra é aplicação de multa de ofício de 75% e que na hipótese de multa qualificada, é necessário a comprovação das situações previstas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4502/64, quais sejam, sonegação, fraude ou conluio, nos termos do artigo 44 da Lei nº 9430/1996. Salienta que, nas três hipóteses, é necessária a caracterização do dolo, contido no artigo 18, I, do Código Penal.

Assim, *“no caso concreto que aqui se tem, a multa qualificada baseou-se no fato de ter a autoridade lançadora verificado a omissão de receitas provenientes de depósitos bancários sem origem justificada, não registrados e sem qualquer documentação correspondente. Isto, por dois anos consecutivos ou 24 meses, se considerados que os fatos geradores de seu (então) regime de tributação eram mensais, o que fica caracterizada a prática reiterada de infração à legislação tributária.”*

Atenta para o fato de que, em virtude do SIMPLES, bastava que a contribuinte mantivesse a escrituração do Livro Caixa, conforme o artigo 190 do RIR/99, esclarecendo que a multa qualificada no patamar de 150% por mera recusa ou dificuldade em apresentar os esclarecimentos em relação a todos os créditos especificados na intimação, mas sim por não compactuar com a conduta de empresa que não registrava sua movimentação financeira na contabilidade, justificando suas errôneas ações por ser tributada pelo SIMPLES.

Entende que o fato da contribuinte ter deixado de registrar por 24 meses (nos anos de 2005 e 2006) sua movimentação financeira, com a existência de créditos bancários em valores superiores à receita declarada, somados ao fato de que sua manutenção no SIMPLES dependia do montante de seu faturamento, entende caracterizada a conduta dolosa. Ainda, que ante a reiteração da conduta e do grande valor envolvido, conclui que a empresa buscou manter ao largo da tributação o montante real dos ganhos, ali representados por créditos bancários não escriturados e de origem não explicada, o que é suficiente para a aplicação da multa qualificada.

Rebate as alegações de que a multa imposta teria contornos confiscatórios, informando que a Constituição Federal veda a utilização de tributo com efeito de confisco, mas que não há um patamar pré definido que indique se o tributo possui ou não este efeito, e que este princípio, dirige-se ao legislador (ao criar as leis) e em um segundo momento, ao Poder Judiciário, ao exercer o controle destas leis, sendo que não há como imputar à administração tributária esta observância, eis que esta está vinculada ao princípio da legalidade, não podendo efetuar juízo de valor sobre o lançamento, não cabendo a ela a análise sobre a matéria.

Da mesma forma, indica que é privativamente do Poder Judiciário a análise da legalidade ou constitucionalidade de comando legal, afastando a alegação.

Em relação aos lançamentos decorrentes de contribuição ao PIS, COFINS e CSLL, por serem reflexos ao IRPJ, indica que a decisão proferida no auto de infração do IRPJ, faz coisa julgada em relação aos decorrentes, no mesmo grau de jurisdição administrativa.

Decide, por fim, pela legitimidade do ato de exclusão do Simples, decidindo pela improcedência da impugnação, mantendo o crédito tributário.

A contribuinte foi intimada da decisão em 15.05.2012 e apresentou Recurso Voluntário em 5.06.12, cujas razões são indicadas em apertada síntese.

Reitera o trazido em sua impugnação no que tange a sua irrisignação com a exclusão do sistema SIMPLES lastreada por prática reiterada de infração à legislação tributária, eis que é a primeira vez que teria praticado a infração imputada de omissão de receitas. Nisto, aponta que os anos de 2005 e 2006 foram objeto de um único auto de infração, não havendo de se falar em reiteração, que dependeria de *“...um novo auto de infração com base na mesma fundamentação legal do anterior.”*

Do mesmo modo, reitera a alegação de erro na capitulação legal do Ato Declaratório Executivo nº 68, também reiterando que não poderia ser lavrado auto de infração decorrente de lançamento com base em discussão administrativa.

Aponta que a Portaria SRF nº 6129/2005 que possibilita a lavratura de auto de infração concomitante ao ADE, não possui força de lei, não podendo afastar previsão contida nos artigos 15§3º e 16 da Lei nº 9317/96, que determinam o contraditório e a ampla defesa, e que a atuação do fisco, neste ponto, afronta o ordenamento jurídico brasileiro.

Indica que, como reconheceu a decisão recorrida, não há definição ou entendimento do que seria a aludida “prática reiterada de infração à legislação tributária” que não fora objeto de normatização. Entende que a infração só existe quando há sua formalização e apuradas as suas circunstâncias, com a conseqüente lavratura do Auto de Infração.

Aduz que, na hipótese de omissão de receitas, cuidar-se-ia de uma infração continuada, ante a pluralidade de omissões infringindo a mesma legislação tributária, o que, em seu entender, é diferente da prática reiterada de infração à legislação tributária. Neste ponto, repisa que não há infração anterior de “infração à legislação tributária” contra a recorrente, que justifique a imputação de prática reiterada.

Pugna pela revogação tácita do artigo 42 da Lei nº 9430/96, ante antinomia jurídica com o §4º do artigo 5º da Lei Complementar nº 105/2001. Indica que o aludido artigo 5º autoriza a quebra de sigilo bancário do sujeito passivo quando houver “*indícios de omissão de receitas, movimentação financeira expressiva, e não apresentação dos extratos bancários solicitados*”, autorizando ainda o mencionado dispositivo ao fisco requisitar informações e documentos que necessitar junto às instituições financeiras, com o fim de realizar fiscalização ou auditoria.

Esclarece que a novel legislação, em caso de indícios de omissão de renda, está o fisco autorizado a administrativamente afastar o sigilo bancário da contribuinte. Neste passo, explica tal acesso permite a tributação da real e efetiva omissão, afastando a presunção legal prevista no artigo 42 da Lei nº 9430/96.

Ante a clara antinomia entre os dispositivos mencionados, entende que ocorreu a revogação tácita do artigo 42 da Lei nº 9430/96.

Considerada tal premissa de revogação tácita, invoca a ilegalidade e ilegitimidade do auto de infração, por entender que não há mais a presunção legal relativa de omissão de receitas, necessitando de prova da existência de renda ou acréscimo patrimonial incompatível com os rendimentos declarados, ficando a cargo do Fisco a requisição dos documentos necessários para o amparo às suas alegações.

Destaca que, como no caso concreto o auto de infração fora baseado exclusivamente no artigo 42 da Lei nº 9430/96, patente é a ilegalidade do ato fiscal.

Na alegação de ilegitimidade do auto, aduz existir flagrante violação ao princípio da proporcionalidade, relacionando a legitimidade com as escolhas valorativas dos agentes fiscais. Cita voto do Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes, escrito com base em doutrina de Pieroth e Schlink. Disto, entende a contribuinte que “...**não basta o legislador** definir um campo dentro do qual o agente pode exercer sua discricionariedade, mas também é necessário estabelecer critérios para avaliação da própria decisão discricionária. Estes métodos

avaliativos devem então passar pelos critérios dos subprincípios da proporcionalidade. O subprincípio da adequação estabelece a exigência da conformidade ou adequação entre meios e fins, segundo o qual o ato deve ser apropriado para a realização das finalidades a ele subjacentes”.

Destas conclusões, destaca que o fato de o agente fiscal buscar a tributação com base unicamente nos depósitos bancários, por presunção de omissão de renda tributável, não pode levar a existência de fato gerador do imposto de renda, sendo necessária a presença de outros elementos que amparem aludida presunção.

Em atenção ao subprincípio da necessidade, indica que a escolha do meio deve ser feita levando em conta a menor limitação possível dos direitos constitucionais garantidos à recorrente e que, portanto, inclusive ao considerar a vinculação da ação da autoridade administrativa, era de responsabilidade do fisco, por sua conta, a verificação das contas bancárias da recorrente, verificando-se nos autos que não houve o emprego de todos os meios antes do arbitramento do imposto de renda.

Analisando a questão da proporcionalidade, aponta que o ônus da prova fora integralmente da contribuinte, parte mais fraca da relação de tributação. Informa que atuou com evidente boa fé, contribuindo com o procedimento fiscal com tudo que estava ao seu alcance, motivo pelo qual entende também haver ofensa ao princípio da proporcionalidade, da razoabilidade e da segurança jurídica.

Acresce a alegação da presunção de legitimidade não é óbice ao reconhecimento da falta de proporcionalidade, que também vincula a administração, conforme artigo 2º da Lei nº 9784, trazendo doutrina de James Martin sobre o tema.

Entende que, havendo mais de uma maneira de apurar o montante devido, deveria a RFB fazê-lo para apurar a quantia realmente devida, e que, no caso dos depósitos, estes não podem ser considerados renda desacompanhados dos demais elementos configuradores do termo, como por exemplo, os sinais externos de riqueza.

Quanto ao lançamento com base exclusivamente em movimentação financeira, repisa a necessidade de sinais externos de acréscimo patrimonial. Indica que o processo administrativo fiscal é regido com base no Princípio da Verdade Real, que exigiria que, para que se proceda ao lançamento, deve-se experimentar a existência do fato abstratamente previsto na regra matriz de incidência, sob pena de tributação sem amparo legal.

No caso concreto, ante a desconformidade do lançamento com a situação real, é dever da autoridade revisá-lo para sua adequação. Disto, ante a comprovação adequada pela recorrente de suas alegações, é seu direito a aludida revisão do lançamento, excluindo-se do montante os valores já comprovados (pois estes não seriam omissão de receitas).

Demais disso, sem apontar outros indícios de que houve a aludida omissão (como sinais externos de acréscimo patrimonial), corre-se o risco de atingir o que não é renda nem receita, alargando a autorização dada pelo legislador. Cita Alfredo Augusto Becker, trazendo também jurisprudência administrativa e do STF.

Informa que os depósitos representariam apenas “marco inicial de investigação, pois subjacentes a tais valores podem ter origens bem diversas e até mesmo já ter sido tributados”, e assim, “se os depósitos representam o marco inicial da investigação, eles não

podem ser eleitos a fato indiciário na construção da aludida presunção legal, vale dizer, esses depósitos não podem evidenciar uma presunção legal, posto que, além da ausência de correlação natural exigida na instituição deste artifício legal, tal providência implicaria na transferência integral do encargo probatório ao contribuinte”, conforme o indicado pelo Min.Carlos Velloso em aresto transcrito no recurso.

Assim, para a ocorrência da hipótese de incidência, deve haver correlação entre a base de cálculo do tributo e o fato econômico da existência da receita, *“investigar o número e a natureza dos elementos adjetivos que entram na composição da hipótese impositiva procurando as coordenadas de tempo e lugar que a regra jurídica preestabeleceu, condicionando, no tempo e no espaço, o acontecimento daqueles fatos que realizam o núcleo e os elementos adjetivos de hipótese de incidência.”*

Disto, entende que carece de legitimidade o auto lavrado e ante a inexistência do aumento de bens e direitos incompatíveis com os valores contidos em declaração de rendimentos, a exigência do imposto com base em movimentação financeira e em extratos bancários, por mera presunção legal é totalmente incoerente.

Em relação aos depósitos realizados em conta corrente, reitera os termos trazidos em sua impugnação, e que aqui sintetizamos, para tentar explicar a dinâmica das operações da recorrente.

Indica que, por atuar no ramo de esquadrias, presta muitos serviços para construtoras, com as quais firma contratos com entregas de acordo com o estágio da obra, só aí emitindo notas fiscais. Na maioria das vezes, os contratos são assinados e o pagamento ocorre antes da remessa do produto, com um “descompasso” entre o pagamento e a emissão das notas fiscais.

Ainda, aponta que há situações em que construtoras *“acabam dando uma fração ideal de um imóvel da própria construção como forma de pagamento”*. Em virtude destes contratos serem firmados no início das obras, estes imóveis não vão para a posse da recorrente, que somente encontra compradores para tais bens, e os leva diretamente às construtoras, estas sim responsáveis pela venda do imóvel. Destaca que o valor pago pelos adquirentes pelo imóvel é diretamente pago ao contribuinte/recorrente como forma de pagamento pelas mercadorias entregues e empregadas na obra.

Desta feita, os contratos de compra e venda dos imóveis seriam feitos diretamente pela Construtora e os adquirentes, não havendo participação da contribuinte em relação jurídica contratual.

Considerados tais fatos, ante a intimação para comprovação de origem dos depósitos bancários, a recorrente não pode atender integralmente os pedidos do fisco, eis que inviável ante sua forma de atuação, mas que levou a autoridade livros de saída referentes aos anos de 2005 a 2008 e contratos firmados no período. No mais, destaca que os valores referentes ao fornecimento de mercadorias foram integralmente submetidos à tributação, entendendo que os valores recebidos em sua conta corrente dizem respeito a adiantamentos referentes aos contratos já apresentados ao fisco.

Informa que o fisco trouxe alegações infundadas sobre sua atuação, destacando que colaborou de maneira efetiva no turno do procedimento fiscal. Destaca que seu contador compareceu ao órgão público, dando esclarecimentos e buscando informações sobre a melhor

forma de proceder. Nisto, inclusive, indica que por orientação da Receita, passou a utilizar o livro Diário e Razão ao invés de somente o livro Caixa.

Aponta que divergências encontradas no Termo de Verificação Fiscal dizem respeito aos adiantamentos (cuja mecânica já fora explicada) recebidos, de onde vem a movimentação financeira a maior em relação aos valores declarados. Ainda, afasta a alegação de ter emitido apenas R\$ 735.179,83 em 2007, por ter declarado no Livro de Registro de Saída e no PJ Simples, o montante total de R\$ 3.449,06, sendo R\$ 735.179, 83 pelo período de janeiro a junho de 2007 (Simples Federal) e R\$ 2.724.244,23 de julho a dezembro do mesmo ano.

Afirma que os valores decorrentes dos contratos com as construtoras não foram destacados em tais documentos pelo motivo de que os valores eram repassados pelas empresas que compravam o imóvel diretamente com a construtora e que, neste passo, a recorrente apresentou todos os documentos solicitados pelo fisco, especialmente os referidos contratos com as construtoras, sendo solicitadas destas empresas também a apresentação dos seus contratos, não tendo sido verificada divergência entre os contratos, pelo que não há de se falar em omissão de receitas.

Informa que, de fato, para dar “maior respaldo a transação” deveria ter procedido ao lançamento dos aludidos adiantamentos como forma de registrar e escriturar a diferença entre a movimentação bancária e a declarada perante a Receita, mas que não pode o agente fiscal interpretar como erro de escrituração ou ausência de lançamento como omissão de receitas.

Pugna pelo afastamento da multa qualificada, nos exatos termos trazidos em sua impugnação, alegando especialmente que não existe suporte que justifique a aplicação da multa no patamar indicado, devendo esta ser reduzida para 75%, nos termos do artigo 44, I, da Lei nº 9430/96.

É o relatório.

VOTO

Como já relatado, o presente processo trata de lançamento fiscal para exigência dos tributos sujeitos à sistemática do SIMPLES, face a ocorrência da presunção de omissão de receitas (artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996) ao ser constatado, pela fiscalização, a existência de movimentação financeira bancária, em nome da empresa, sem comprovação da origem.

Como consta do Termo de Verificação Fiscal, , nos termos do artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 2001, fls 142 verso:

“Uma vez não tendo sido fornecidos os extratos bancários, solicitou-se ao Delegado da Receita Federal em Florianópolis que expedisse Requisição de Movimentação Financeira às instituições financeiras Banco Real, Bradesco, Banco Mercantil e Banco Sudameris (Anexo I), para que estas fornecessem então os extratos bancários da Pessoa Jurídica contribuinte (fls. 05 a 09).”

A recorrente não se manifestou acerca da matéria relativa à licitude da obtenção dos extratos bancários que serviram de base para a apuração da presunção de omissão de receitas. Todavia, em que pese existir autorização legal para a requisição desses extratos

bancários diretamente às instituições financeiras, discute-se atualmente no Supremo Tribunal Federal-STF a constitucionalidade da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, matéria examinada em sede do Recurso Extraordinário-RE 601314, o qual teve sua “repercussão geral” reconhecida em 23/10/2009. Pela consulta efetuada no sítio do STF na internet, revela que o processo ainda aguarda julgamento do mérito assim registrado:

RE 601314 RG / SP SÃO PAULO REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 22/10/2009 Publicação DJe218 DIVULG 19112009 PUBLIC 20112009 EMENT VOL0238307 PP01422 EMENTA: CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO.FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA DE CONTRIBUINTES, PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, DIRETAMENTE AO FISCO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (LEI COMPLEMENTAR 105/2001).POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI 10.74/2001 PARA APURAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A EXERCÍCIOS ANTERIORES AO DE SUA VIGÊNCIA. RELEVÂNCIA JURÍDICA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Cármen Lúcia e Cezar Peluso. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI Relator (destaquei)

Como se trata de matéria com repercussão geral reconhecida, parece ser razoável, e prudente, aguardar a decisão da E. Suprema Corte acerca da constitucionalidade dos meios de prova obtidos no presente processo (extratos bancários), evitando-se, assim, a anulação do lançamento por vício na obtenção das provas.

O Regimento Interno do STF-RISTF, em seu art. 328, abaixo reproduzido, determina que todos os demais recursos extraordinários, com questão idêntica, sejam sobrestados, até que o Supremo Tribunal Federal decida os que tenham sido selecionados como representativos da causa:

Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em cinco dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.

Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543B do Código de Processo Civil.

*Art. 328A. Nos casos previstos no art. 543B, caput, do Código de Processo Civil, o Tribunal de origem não emitirá juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários **já sobrestados, nem***

sobre os que venham a ser interpostos, até que o Supremo Tribunal Federal decida os que tenham sido selecionados nos termos do § 1º daquele artigo. (destaque meus)

Da leitura acima, percebe-se que a própria Corte Superior determina o sobrestamento dos processos judiciais em trâmite na esfera daquele poder até decisão final, pelo Supremo Tribunal Federal, da matéria com repercussão geral. Isso decorre em razão do atendimento aos princípios da eficiência e da economia processual com o objetivo de melhor atender ao interesse público.

Assim, por uma questão de economia processual, tendo como objetivo afastar possíveis prejuízos para todas as partes, Fazenda, Contribuinte e a movimentação de toda a máquina do próprio Poder Judiciário, caso ocorra a impetração de alguma ação judicial a respeito da exigência aqui discutida, tem-se como mais do que razoável, e prudente, aguardar a decisão do E. Supremo Tribunal Federal acerca da “licitude da obtenção dos extratos bancários”, evitando-se possível anulação do processo por vício na obtenção das provas.

Com efeito, o artigo 62A, §1º do RICARF (Portaria MF nº 256, de 22 de Junho de 2009 e alterações), estabelece o sobrestamento dos julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria:

Art. 62A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C 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.

§ 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. 543B.

Já a Portaria CARF nº 001, de 03 de janeiro de 2012, no seu art.2º, § 2º, inciso I, prevê a hipótese de que o sobrestamento seja apreciado durante a sessão de julgamento:

Art. 2o. Cabe ao Conselheiro Relator do processo identificar, de ofício ou por provocação das partes, o processo cujo recurso subsuma-se, em tese, à hipótese de sobrestamento de que trata o art. 1o.

§ 1o. No caso da identificação se verificar antes da sessão de julgamento do processo:

- I- o conselheiro relator deverá elaborar requerimento fundamentado ao Presidente da respectiva Turma, sugerindo o sobrestamento do julgamento do recurso do processo;*
- II- o Presidente da Turma, com base na competência de que trata o art.17, caput e inciso VII, do Anexo II do RICARF, determinará, por despacho:*

a) o sobrestamento do julgamento do recurso do processo; ou b) o julgamento do recurso na situação em que o processo se encontra.

§ 2o. Sendo suscitada a hipótese de sobrestamento durante a sessão de julgamento do processo, o incidente deverá ser julgado pela Turma, que poderá:

- I- decidir pelo sobrestamento do processo do julgamento do recurso, mediante resolução; ou*
- II- recusar o sobrestamento e realizar o julgamento do recurso.*

§ 3o. Na ocorrência de sobrestamento, nos termos dos §§ 1o e 2o, as respectivas Secretarias de Câmara deverão receber os processos e mantê-los em caixa específica, movimentando-os para a atividade SOBRESTADO.

Por tratar-se de matéria a ser apreciada pelo E. Supremo Tribunal Federal no rito da Repercussão Geral (licitude da obtenção dos extratos bancários), o próprio RICARF recomenda o sobrestamento do processo (art. 62A, § 1º do RICARF), sendo que essa hipótese poderá ser apreciada durante a sessão de julgamento Turma de julgamento, nos termos do art.2º, § 2o, inciso I, da Portaria CARF nº 001, de 2012.

Em vista do exposto, proponho que seja determinado o sobrestamento do julgamento do recurso voluntário, até que seja proferida decisão nos autos do Recurso Extraordinário - RE 601314, em trâmite perante o E. Supremo Tribunal Federal.

(documento assinado digitalmente)

Nereida de Miranda Finamore Horta, relatora