



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

Processo nº 13629.004392/2008-14
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-001.800 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de março de 2015
Matéria Omissão de Receita/Sigilo Bancário - RMF
Recorrente BRASIL DOIS TURISMO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITAS.

A partir da edição da Lei nº 9.430, de 1996, caracterizam-se omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PRÁTICA REITERADA. ARGÜIÇÃO. INSUBSISTÊNCIA.

O conceito de PRÁTICA REITERADA revela certo grau de indeterminação, de modo que descabe falar em invalidade do lançamento na circunstância em que a autoridade fiscal, identificando omissão de receitas em períodos sucessivos, promove a tributação na sistemática diferenciada e mais benéfica para o fiscalizado. O fundamento para a decretação do cancelamento do lançamento mostra-se ainda mais insubsistente quando se constata que a questão sequer foi suscitada em sede defesa, restando evidente que, no caso, não se está diante de matéria de ordem pública.

MULTA QUALIFICADA. PROCEDÊNCIA.

Se os fatos apurados pela Autoridade Fiscal permitem caracterizar o intuito deliberado do contribuinte de subtrair valores à tributação, é cabível a aplicação, sobre os valores apurados a título de omissão de receitas, da multa de ofício qualificada de 150%, prevista no artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares. Pelo voto de qualidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso para manter a

exigência. Vencidos os Conselheiros Carlos Augusto de Andrade Jenier (Relator), Valmir Sandri e Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior. Por maioria de votos, mantida a multa qualificada. Vencido o Conselheiro Carlos Augusto de Andrade Jenier (Relator). Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas em relação à manutenção do lançamento relativo aos depósitos bancários e à multa qualificada.

(Assinado digitalmente)

ADRIANA GOMES RÊGO - Presidente.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator.

(Assinado digitalmente)

PAULO JAKSON DA SILVA LUCAS - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Adriana Gomes Rego (Presidente), Wilson Fernandes Guimarães, Valmir Sandri, Paulo Jakson da Silva Lucas, Edwal Casoni De Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

Adotando o termos do relatório apresentado pela r. decisão de origem, destaco:

Contra a contribuinte acima identificada foram lavrados os autos de infração de fls. 25/126, que lhe exigem um crédito tributário assim discriminado, com juros de mora calculados até 28/11/2008:

Auto de Infração	AC	Valor (R\$)
Multa Regulamentar – Simples	2003	64.899,47
IRPJ -Simples	2003	1.776.789,34
PIS/Pasep - Simples	2003	1.776.789,34
CSLL - Simples	2003	2.736.867,98
Cofins - Simples	2003	5.473.736,12
Contrib. Seg. Social - INSS - Simples	2003	11.760.837,12
IRPJ	2004	11.734.814,09
PIS/Pasep	2004	802.218,14
CSLL	2004	3.538.803,31
Cofins	2004	3.702.546,07
TOTAL		43.368.300,98

Segundo o Relatório Fiscal de fls. 02/22, anexo aos autos de infração, foi apurada omissão de receita nos anos-calendário de 2003 e 2004, com fundamento no art. 4º da Lei n.º 9.430/96, em virtude da existência de depósitos bancários não escriturados, cuja origem dos recursos não foi comprovada. Dessa omissão decorreram os lançamentos com base no Simples, regime de apuração a que a contribuinte estava submetida no ano-calendário de 2003, e com base em arbitramento no ano-calendário de 2004. A exclusão do Simples a partir do ano-calendário de 2004 foi efetuada pelo Ato Declaratório DRF/CFN n.º 13/2008, com fundamento no art. 9º, incisos I e II, da Lei n.º 9.317/96, tendo em vista a apuração de receita bruta acima do limite permitido para o Simples no ano de 2003. Foi ainda lançada a multa regulamentar por descumprimento da obrigação acessória de comunicar à Receita Federal do Brasil - RFB a exclusão do Simples (arts. 13 c/c 21 da Lei n.º 9.317/96).

Sobre o imposto e as contribuições exigidos em face da omissão de receita foi aplicada a multa qualificada no percentual de 150%, com fundamento legal no art. 44, § 1o. da Lei n.º 9.430/96. Já sobre o imposto e as contribuições exigidos pelo Simples decorrentes da insuficiência de recolhimento, ocorrida em virtude da alteração das alíquotas do Simples quando computadas as receitas omitidas, foi aplicada a multa no percentual de 75%. Foi ainda formalizada representação fiscal para fins penais por meio do processo n.º 13629.004393/2008-51.

Por meio de seus procuradores a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade contra o ADE de exclusão do Simples, na qual, de acordo com os argumentos ali aduzidos, ao final pediu (fls. 759/770):

Face ao exposto, requer seja cancelado o Ato Declaratório Executivo n. 13, de 01/12/2008, haja vista que a receita auferida no ano-calendário de 2003, vale mencionar, R\$ 246.448,57 é compatível com a sistemática do Simples.

Caso assim não entenda, requer, ao menos, que sejam suspensos/sobrestadas os efeitos do ADE n. 13, ora guerreado, até a decisão final transitada em julgado do processo administrativo nº 13629.00439212008-14, quando o mesmo deverá ser anulado se comprovado que no ano calendário de 2003 o contribuinte auferiu receita bruta compatível com a sistemática do Simples Federal.

Contra os lançamentos efetuados foram apresentadas as impugnações às fls. 787/1.641 (volumes V a VIII), pelas quais, em resumo, foi pedido o seguinte (vide impugnação constante do volume VIII):

Diante do exposto, resta totalmente impugnado o lançamento fiscal, pelo que se REQUER :

- a) seja cancelado o Auto de Infração por existência de vícios insanáveis, vale dizer, consubstanciado em prova insuficiente e na inconstitucional quebra de sigilo bancário do contribuinte,*
- b) seja cancelado o Auto de Representação para fins Penais já que baseado em Auto de infração nulo;*

Caso assim não se entenda, ESPERA a revisão do lançamento para que:

- c) sejam excluídas as parcelas lançadas mais de uma vez como créditos / omissão de receitas;*
- d) seja suspensa a Representação Fiscal para fins penais até o julgamento definitivo do presente Auto de Infração, já que dele depende e haja vista a latente necessidade de prova pericial definitiva nos autos;*
- e) sejam excluídas os valores relativos a pagamentos a serem repassados a outras instituições (agências de turismo parceiras, hotéis, companhias aéreas, etc), e por conseguinte, apurado eventual saldo de tributo a pagar com base nas receitas efetivamente auferidas, vale mencionar, nas comissões;*
- f) seja aplicada a correta alíquota nos meses pertinentes (máxima de 12,6910 - e não 15,12%;*
- g) seja desqualificada e desagravada a multa aplicada, reduzindo-a para 75% do valor relativo ao tributo;*
- h) seja rechaçada a aplicação da Taxa Selic, aplicando-se os juros legais —1 % ao mês.*

Finalmente, REQUER com base no Decreto 70.235/72, atendidos os requisitos do art. 16, IV e face à imperiosidade da verdade material, a produção de prova pericial e juntada de novos documentos, para que seja comprovada a parte dos valores creditados em contas-correntes do contribuinte que não podem ser caracterizadas como rendimentos (repassa a terceiros e custódia de cheques).

Analizando as razões aduzidas, por outra via, entendeu a douda 1ª Turma da DRJ de Juiz de Fora (MG) pela procedência do lançamento, destacando, nas conclusões do acórdão, os seguintes fundamentos constantes de sua ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004

PROVAS. SIGILO BANCÁRIO.

A utilização de informações de movimentação financeira obtidas regularmente pela autoridade fiscal não caracteriza violação de sigilo bancário.

REQUISIÇÃO E UTILIZAÇÃO DE DADOS BANCÁRIOS.

A requisição às instituições financeiras de dados relativos a terceiros, com fulcro na Lei Complementar n.º 105/2001, constitui simples transferência à RFB e não quebra de sigilo bancário dos contribuintes, não havendo, pois, que se falar na necessidade de autorização judicial para o acesso, pela autoridade fiscal, a tais informações.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Caracterizam-se como omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

MULTA QUALIFICADA. DOLO. ELEMENTO VOLITIVO.

A falta de escrituração de vultosas quantias depositadas em contas bancárias, cujas provas trazidas aos autos demonstram a conexão com atividades ilegais e não incluídas no objeto da sociedade, subsume ao conceito de sonegação contido no art. 71 da Lei n.º 4.502/64 e justifica a aplicação da multa qualificada de que trata o art. 44, § 1º da Lei n.º 9.430/96.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003, 2004

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

Dever ser indeferido o pedido de diligência quando esse procedimento mostrar-se prescindível para a solução da lide.

CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA.

Falece competência à autoridade julgadora de instância administrativa para a apreciação de aspectos relacionados com a constitucionalidade ou legalidade das normas tributárias, tarefa privativa do Poder Judiciário.

DECORRÊNCIA. LANÇAMENTOS REFLEXOS.

Na falta de novos fatos ou argumentos que possam alterar os lançamentos reflexos do IRPJ, em face de possuírem o mesmo suporte fático, aplica-se a esses o já decidido em relação ao lançamento matriz.

Lançamento Procedente

Intimada a contribuinte do inteiro teor da decisão proferida em 06/05/2009, foi por ela então interposto o seu competente Recurso Voluntário, protocolado no dia 25/05/2009, redarguindo os temas abordados em sua impugnação e, ao final, pretendendo a

reforma da r. decisão de primeira instância e, por consequência, a desconstituição integral do lançamento efetivado, donde se destacam, então, os seguintes e específicos apontamentos:

Da preliminar de Decadência

- Apesar de não tratada na impugnação antes oferecida, a recorrente afirma que, por se tratar de matéria inequivocamente de ordem pública, argui agora, em sede de seu Recurso Voluntário, a ocorrência de decadência do direito de lançar o crédito tributário aqui exigido.
- Segundo aponta, os fatos geradores dos tributos lançados em dezembro de 2008 datam do período de 02/2003 à 01/2005, sendo certo que, em relação a todos os fatos ocorridos em 2003, não se haveria falar em qualquer exigência, eis que fulminados pela decadência pela aplicação das disposições do Art. 150, par. 4º do CTN.
- A recorrente indica que, à época devida, apresentou sua específica e própria declaração aos agentes da fiscalização, indicando pagamento dos tributos exigidos naquele período, restando assim afastada qualquer possibilidade de aplicação das disposições do Art. 173, inciso I do CTN na presente vertente, nos termos do entendimento hoje pacificado pela jurisprudência nacional.
- Na mesma linha, sustenta que o prazo decenal - especificamente em relação às Contribuições Sociais -, previsto nas disposições do Art. 45 da Lei 8.212/91 é inconstitucional, conforme, inclusive, dicção específica e própria da Súmula Vinculante n. 08 do Colendo STF.
- Diante disso, considerando que o lançamento foi efetivado no dia 12/12/2008, requer seja reconhecida a Decadência em relação a todos os tributos exigidos em relação ao período anterior a 12/12/2003, eis que fulminado pela decadência.

Da preliminar de nulidade da decisão de primeira instância: falta de prova pericial

- Sustenta que, contrariamente ao que afirmado pela r. decisão de primeira instância, havia sim, nos presentes autos, a necessidade de realização de prova pericial para a verificação dos fatos alegados.
- A recorrente sustenta que existem nos autos provas suficientes de que grande parte dos montantes movimentados representariam, por si só, "**transações entre empresas do mesmo dono**" (Sr. Genuíno), que, por sua vez, utilizava-as de forma independente, sem se atentar para os eventuais efeitos daí decorrentes, o que, entretanto, não representariam efetiva materialidade de receitas omitidas.
- Nada obstante, sustenta ainda que, no seu entendimento, todo arbitramento é unilateral e, apesar da redundância, arbitrário, não podendo de forma alguma prosperar, no caso, a aplicação da presunção, sem qualquer contra-prova.
- Argui ofensa aos princípios do contraditório, ampla defesa, razoabilidade e capacidade contributiva, tudo contra a aplicação da presunção da forma como considerada.
- Em face dessas razões, a recorrente insiste na necessidade de realização da perícia contábil, apresentando, inclusive, o seu específico rol de quesitos, e, inclusive, com a indicação do perito desejado.

Da preliminar de nulidade do auto de infração: impossibilidade de autuação sem prova concreta definitiva

- Sustenta, em suas razões, a impossibilidade de imputação tributária sem a necessária prova da ocorrência dos respectivos fatos geradores.
- Que o Sr. Agente fiscal utilizou-se de uma ficção, pois não há nos Autos nenhuma prova cabal que consubstancie os lançamentos efetuados.
- Que a ampla instrução probatória no processo administrativo, aliada ao princípio da verdade real, não permite que Autuações sejam levadas a cabo, sem que haja prova definitiva do fato a que atribuem ilicitude.

Da preliminar de violação ao sigilo bancário e ao princípio da não produção de provas contra si mesmo. Procedimentos inconstitucionais. Vícios insanáveis. Cancelamento da autuação fiscal.

- Que a quebra do sigilo bancário da contribuinte não pode ser admitido, sem que, para tanto, haja específica e própria manifestação jurisdicional.
- Que os agentes da fiscalização teriam se aproveitado da falta de instrução do dono da empresa, e, a partir daí, teriam obtido as informações que pretendiam.
- Invoca as disposições do Art. 5º, inciso X da CF/88, sustentando a invalidade da quebra promovida.
- Sustenta a invalidade das disposições da LC 105, e, exatamente por isso, indevida a aplicação da presunção do Art. 42 da Lei 9.430/96, requerendo, assim, a integral desconstituição do lançamento efetivado.

Da preliminar de nulidade decorrente da limitação dos poderes conferidos pelo MPF

- Que o MPF que teria autorizado a fiscalização apenas falava do IRPJ, não fazendo qualquer menção aos demais tributos (CSLL, CSLL-Simples, COFINS, COFINS-Simples, PIS, PIS -Simples E INSS -Simples).
- Que a autuação efetivada sem específica ordem é ilegal e arbitrária, não podendo aqui ser admitida.

Do Mérito

Da inabilidade empresarial: ausência de dolo

- Que o Sr. Genuíno da Rocha Neto, que figura como sócio administrador da empresa, por desorganização, falta de conhecimento técnico, e inabilidade empresarial realizava os negócios jurídicos de suas empresas em nome de empresa diversa daquela que deveria ser a real participante do negócio, por ter naquele tipo de negócio seu objeto social.
- Que o senhor Genuíno confundira até mesmo a fiscalização, pois ao tratar como único todos os seus negócios e empresas, realizou entre suas empresas, transferências bancárias, depósitos de valores de propriedade diversa da empresa favorecida, além de

comprar produtos, vendê-los, prestar serviços, mediar negócios em nome de uma de suas empresas, mesmo com a proibição, pois pensava poder fazê-lo, por ser dono de todas elas.

- Que nunca houve dolo em qualquer dos procedimentos aplicados.

Da alíquota do Simples aplicada em relação à faixa de Receita Bruta

- Que o agente da fiscalização, em diversos meses, teria adotado como alíquota do Simples o percentual de 15,12%, quando o correto, na verdade, seria 12,6%.

Da inexistência de rendimentos. Receitas Transitórias. Agência de viagens. Intermediação. Custódia de cheques

- Que muitos dos valores apontados não representam "receitas", mas apenas meras transações, decorrentes do exercício de sua atividade social.

- Que, por atuar como "agência de viagens", é próprio de suas atividades a intermediação de negócios com seus clientes e terceiros, não podendo ser considerado todo o montante como de receita propriamente sua.

- Que, por exemplo, os valores destinados a compras de pacotes turísticos, reservas de hotel e transporte são, em sua grande maioria, depositados diretamente na conta da agência de viagem, a qual, posteriormente, repassa-os para quem de fato, oferece o produto vendido.

- Nessa linha, apenas um percentual desses valores pertencem ao contribuinte; trata-se das comissões referentes à prestação de serviços (agência) - estas sim, configuram-se como rendimentos.

Da impossibilidade de aplicação da multa qualificada. Inexistência de dolo. Impossibilidade de presunção / comprovação do fato. Ônus Fiscal

- Que na remota hipótese de ser mantido o lançamento, não se pode permitir a manutenção da qualificação da multa de ofício aplicada.

- Isso porque, tratando-se de aplicação de mera presunção da apontada omissão de receita, não se verifica nos autos qualquer conduta que, legitimamente, possa-se imputar aos agentes da contribuinte como correspondentes às hipóteses sancionadoras dos artigos 71, 72 e/ou 73 da Lei 4.502/64.

- Que não há, nos autos, qualquer apontamento específico a respeito da existência de "dolo" dos responsáveis, sendo, pois, completamente descabida a qualificação apontada.

- Que a aplicação da presunção de omissão de receita, por si só, não pode acarretar a qualificação da multa de ofício.

Da invalidade da aplicação da taxa SELIC como critério para a quantificação dos juros de mora

- Que é inválida a exigência dos juros de mora com base na aplicação da taxa SELIC.

Sendo o feito antes distribuído a este relator, foram trazidos os autos a julgamento desta douta Turma Julgadora no dia 06 de Agosto de 2013, que, naquela oportunidade, resolveu pela *conversão do julgamento em diligência*, determinando o SOBRESTAMENTO do feito, tendo em vista a aplicação das disposições dos então vigentes parágrafos 1º e 2º do art. 62-A, e, no caso, a pendência de julgamento, pelo Colendo STF, do RE 601314 (Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI), tratando do tema central aqui debatido.

Entretanto, em face da revogação daquelas disposições regulamentares, reanalisando os autos, proferi o Despacho de fls. 2020/2021, entendendo pela possibilidade de devolução dos autos a julgamento, o que, recebendo a concordância do ilustre Sr. Presidente desta Turma Ordinária, foram então restituídos, agora para relatório e voto.

Esse é o relatório. Passo ao meu voto.

Voto Vencido

Conselheiro CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER – Relator.

Sendo tempestivo o recurso interposto, dele conheço.

A questão tratada nos autos, conforme aqui então devidamente apontado, refere-se à efetivação de lançamentos fiscais contra a contribuinte, em decorrência da suposta omissão de receita verificada a partir da constatação da inexistência de inclusão em sua contabilidade de diversos créditos recebidos em suas contas bancárias, conforme informações obtidas a partir da emissão de **RMF's – Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira**, expedidos contra diversos bancos, nos termos determinados pelas disposições do Art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001.

Vejamos então.

Da análise da Decadência apontada

A primeira questão que aqui se deve analisar, é, de fato, a discussão a respeito da ocorrência (ou não) de decadência em relação aos montantes lançados. E, para isso, deve-se ter em mente, desde já, que, no presente caso, trata-se de lançamento materializado no dia 12/12/2008, abrangendo, inclusive, fatos praticados no período de 2003 e 2004.

A matéria, é bem verdade, por muito tempo foi debatida pela doutrina e pela jurisprudência, havendo, recentemente, o estabelecimento de entendimento específico pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, que, nos termos do Art. 543-C (Recursos Repetitivos), assim definiu a querela:

RECURSO ESPECIAL Nº 973.733 - SC (2007/0176994-0)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX

RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

REPR. POR : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

PROCURADOR : MARINA CÂMARA ALBUQUERQUE E OUTRO(S)

RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA

PROCURADOR : CARLOS ALBERTO PRESTES E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: Resp

766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; **AgRg nos EREsp 216.758/SP**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e **EREsp 276.142/SP**, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. *In casu*, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação *ex lege* de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de agosto de 2009(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX
Relator

Pelo que aqui assentado, a aplicação ou não das disposições do Art. 150, § 4º do CTN, passam, agora, a depender da verificação da existência de "pagamento" pelo contribuinte no período respectivo, não importando ser ele suficiente ou não para o

adimplemento do crédito tributário no exercício, sendo certo que, inexistente qualquer pagamento, aplicam-se, então, as disposições do mencionado Art. 173, I do CTN.

Nessas circunstâncias, essencial, aqui, é a verificação de qual regra decadencial deve ser aplicada, o que, a partir dos mandamentos contidos na decisão proferida pelo Colendo STJ, e aqui antes referenciada, necessária se faz a verificação, ou não, de pagamento de tributo no exercício respectivo, sendo destacável que, havendo pagamento no exercício, aplicam-se as disposições do Art. 150, § 4º do CTN, ao passo que, sendo este inexistente, aplicam-se, então, as disposições do Art. 173, I.

A observância desse entendimento, é importante ainda ressaltar, decorrem da específica e expressa disposição contida no art. 62-A do RICARF, que, inclusive, a esse respeito assim determina:

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.

Apenas para fins de registros necessários, em torno da discussão a respeito da aplicação desse entendimento daquela Colenda Corte, inúmeros foram já os debates empreendidos neste Conselho, sendo relevante destacar as recentes Súmulas Administrativas construídas a seu respeito que assim, inclusive, especificamente apontam:

Súmula CARF nº 72: Caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN.

Súmula CARF nº 99: Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração.

Pois bem. Conforme se verifica das razões sustentadas pela recorrente, encontra-se nas Declarações por ela apresentadas a específica indicação de "pagamento" dos tributos lançados nos exercícios apurados, o que, no seu entendimento, mostra-se suficiente para o afastamento das disposições do Art. 173, inciso I do CTN.

Entretanto, além do pagamento, como se verifica, subsiste ainda a verificação a respeito da existência, ou não, das hipóteses de "dolo", "fraude" e/ou "simulação", o que, acaso existentes, impedem também a aplicação das disposições dos comandos do mencionado art. 150, par. 4o do CTN.

Essa questão, é bem verdade, tangencia o próprio mérito da manutenção (ou não) do lançamento, o que, no meu entender, não se verifica devidamente configurado nos autos.

De fato, conforme amplamente aqui apontado, o lançamento efetivado decorrerá de simples e exclusiva aplicação de presunção de omissão de receita, decorrente da

análise da divergência entre os extratos bancários e os montantes registrados na contabilidade, não tendo a contribuinte, no tempo e modo devido, efetivamente desconstituído a presunção.

Com essa realidade, penso, desde já, que aqui não se trata de nenhuma atuação "dolosa" no sentido de impedir e/ou mascarar a ocorrência dos fatos geradores, o que, por essa razão, para mim faz-se já suficiente para afastar a aplicação das disposições do Art. 173, inciso I, e, com espeque nas disposições do Art. 150, par. 4º do CTN, reconhecer a decadência parcial do lançamento, em relação aos fatos identificados anteriormente ao dia 12/12/2003.

Da nulidade pela falta de prova pericial

Seguindo em suas razões, sustenta a recorrente a invalidade da decisão de primeira instância, tendo em vista a negativa de realização da perícia contábil por ela especificamente requerida em sua impugnação e agora, inclusive, expressamente reiterada.

A respeito desse apontamento, entretanto, entendo que não assiste razão alguma à recorrente, sobretudo porque, tratando-se, nos autos (conforme adiante será devidamente explorado), de aplicação de presunção legal de omissão de receita, o que se verifica no permissivo legal (Art. 42 da Lei 9.430/96) é a efetiva possibilidade de inversão do ônus da prova, no sentido de que, estando presentes os fatos indiciários indicativos da existência da omissão de rendimentos, cabe à contribuinte, exclusivamente, a sua desconstituição a partir da apresentação, ao tempo e modo devidos, das informações, escriturações e documentos necessários para a sua desconstituição.

Nessa linha, completamente descabida a imposição da realização de prova pericial, ou mesmo de que aos agentes da fiscalização seria exigível qualquer aprofundamento de exames, pois à contribuinte, exclusivamente, competiria ter trazido aos autos e especificamente demonstrado aos agentes fiscais a natureza diversa dos créditos, o que, entretanto, mesmo que apenx em seus exemplos, efetivamente aqui não se verificam.

Ademais, a respeito da realização da prova pericial, relevante aqui o destaque às disposições do Decreto 70.235/72, que, a seu respeito, inclusive, expressamente destaca:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 1º Deferido o pedido de perícia, ou determinada de ofício, sua realização, a autoridade designará servidor para, como perito da União, a ela proceder e intimará o perito do sujeito passivo a realizar o exame requerido, cabendo a ambos apresentar os respectivos laudos em prazo que será fixado segundo o grau de complexidade dos trabalhos a serem executados. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 2º Os prazos para realização de diligência ou perícia poderão ser prorrogados, a juízo da autoridade. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 3º Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizados no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem

agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Ora, pelo que se verifica, a análise da necessidade e pertinência da realização da eventual prova pericial requerida pela impugnante é de competência própria da autoridade julgadora, sendo-lhe perfeitamente lícito o indeferimento do pedido quando entendê-las prescindíveis ou impraticáveis.

Nos presentes autos, a douta Turma Julgadora de primeira instância expressamente analisou o pedido de diligência (Perícia) formulado pela impugnante, entendendo-a desnecessária, ante a análise dos elementos ali então destacados.

Em face dessas considerações, em que pese todo o inconformismo da recorrente, o indeferimento da prova pericial pretendida não acarreta, absolutamente, qualquer vício de nulidade à decisão proferida, estando, aliás, em perfeita consonância, nesse ponto, ao que especificamente determinado pelas normas de regência.

Sobre a inconstitucionalidade da obtenção de informações bancárias sem a prévia quebra do sigilo bancário por determinação judicial – inconstitucionalidade da LC 105/2001

A par das considerações apresentadas, o ponto central a ser discutido nos presentes autos refere-se à discussão pretendida pela contribuinte a respeito da inconstitucionalidade das disposições da Lei Complementar nº 105/2001, e, no caso, a obtenção, pelos agentes da fiscalização fazendária, de informações a respeito da movimentação bancária dos contribuintes sem a prévia determinação de quebra de sigilo bancário pelas respectivas autoridades judiciárias.

Antes, entretanto, de qualquer consideração a respeito da matéria, cumpre aqui destacar então o que expressamente previsto na norma em referência, ressaltando, especificamente, a autorização legal de obtenção das referidas informações. Vejamos:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III – o fornecimento das informações de que trata o §2º do art. 11 da Lei no 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9 desta Lei Complementar.

(..)

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. (Regulamento)

§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;

II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques;

III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;

IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança;

V – contratos de mútuo;

VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito;

VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável;

VIII – aplicações em fundos de investimentos;

IX – aquisições de moeda estrangeira;

X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;

XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior;

XII – operações com ouro, ativo financeiro;

XIII – operações com cartão de crédito;

XIV – operações de arrendamento mercantil; e

XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

§ 2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

§ 3º Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

A partir da análise dessas disposições, verifica-se que, sob o ponto de vista estritamente legal, não se configura a “quebra do sigilo bancário” a prestação de informações

pelas instituições financeiras e bancárias aos agentes da Fiscalização Fazendária quando por eles requerido.

A (in)constitucionalidade dessas disposições, é bem verdade, ainda hoje é tema debatido na doutrina e jurisprudência pátria, estando pendente ainda a apreciação da questão pelo Supremo Tribunal Federal, que, a respeito do assunto, já expressamente reconheceu a repercussão geral da matéria quando do destaque das disposições do RE 601314 (Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI).

Nada obstante, considerando que a avaliação a respeito da constitucionalidade das normas é competência própria da atuação do Poder Judiciário, aplicando-se, na atuação administrativa, a necessária presunção de validade dos comandos legais, destaca-se, a esse respeito, os dizeres específicos da Súmula CARF nº 2 que assim, inclusive, especificamente já se pronuncia:

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Diante dessas razões, afasto a análise a respeito da (in)constitucionalidade das disposições da LC nº 105/2001 pretendida pelo recorrente e, com isso, presumindo válidas as informações contidas nos autos a partir da expedição das competentes *Requisições de Movimentação Financeiras – RMF's* aqui então especificamente retratadas.

Da aplicação da presunção de omissão de receitas

Continuando suas razões, a contribuinte sustenta também a invalidade da aplicação de presunção de receitas na espécie, destacando, novamente, ofensa a princípios constitucionais como proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, etc.

A aplicação, no caso, da presunção de omissão de receitas, vale destacar, decorrem, especificamente, da aplicação das disposições do Art. 42 da Lei 9.430/96, que, sobre a matéria, assim então especificamente destaca:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais). (Vide Lei nº 9.481, de 1997)

§ 4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

(destaques nossos)

Por essas disposições, verifica-se que, obtendo os agentes da fiscalização as informações a respeito das movimentações financeiras realizadas nas contas-correntes da fiscalizada e não tendo ela apresentado, ao tempo e modo devido, os específicos e devidos registros dos respectivos montantes em sua contabilidade com a comprovação de sua origem e natureza, perfeitamente válida, mais uma vez, se mostra a aplicação da presunção de omissão de receitas, da forma como efetivada, não se podendo aqui, portanto, deixar-se de observar a específica determinação legal aqui apontada.

À fiscalizada, insista-se, assistiria o direito de efetivamente desconstituir as presunções aplicadas, apresentando, quando devidamente intimada para tanto, as respectivas comprovações a respeito da origem e natureza dos apontados recursos, o que, mais uma vez, não se verifica no presente caso.

Diante disso, perfeitamente válida e regular, no caso, se verifica a aplicação da presunção de omissão de receitas promovida na atuação realizada, não se havendo falar aqui, absolutamente, em qualquer invalidade das disposições do Art. 42 da Lei 9.430/96 (*Súmula CARF nº 2*) e, ainda, em qualquer ofensa a princípios da razoabilidade, proporcionalidade, contraditório, ampla defesa ou qualquer outra disposição constitucional apontada.

Da exclusão do Simples Federal - Configuração de 'Prática Reiterada'

A par de todas as considerações aqui antes apresentadas, em que pese concluirmos, até agora, pela inadmissibilidade das razões sustentadas no Recurso Voluntário interposto, um ponto ainda aqui merece destaque: a identificação própria dos efeitos da exclusão da sistemática do Simples verificada.

Em relação a este ponto, relevante observar que, partindo da análise de extrapolação, pela contribuinte, dos limites anuais de receita determinados pela legislação de regência, os agentes da fiscalização promoveram então a exclusão da contribuinte da sistemática própria do Simples, por meio de ADE que aponta a prática de efeitos a partir do ano seguinte ao da referida extrapolação.

Com essa conclusão, inclusive, os montantes apontados como devidos pela contribuinte foram apurados a partir da aplicação das alíquotas próprias do SIMPLES, da forma como aqui, então, especificamente apontado.

Entretanto, importante ressaltar que, nos presentes autos, trata-se de lançamento decorrente de verificação da efetiva e própria hipótese de "omissão de receitas", identificada **desde o primeiro mês do ano-calendário de 2006**, o que, por força das disposições contidas na própria Lei 9.317/96, imporiam o reconhecimento da chamada **prática reiterada de conduta vedada**, importando, assim, a exclusão de ofício daquela sistemática, nos termos do art. 14 e seguintes. Vejamos:

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

II - embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiver obrigada, bem assim pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Sistema Tributário Nacional);

III - resistência à fiscalização, caracterizada pela negativa de acesso ao estabelecimento, ao domicílio fiscal ou a qualquer outro local onde se desenvolvam as atividades da pessoa jurídica ou se encontrem bens de sua posse ou propriedade;

IV - constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual;

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;

VI - comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

VII - incidência em crimes contra a ordem tributária, com decisão definitiva.

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

I - a partir do ano-calendário subsequente, na hipótese de que trata o inciso I do art. 13;

II - a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - a partir do início de atividade da pessoa jurídica, sujeitando-a ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos impostos e contribuições, devidos de conformidade com as normas gerais de incidência, acrescidos, apenas, de juros de mora quando efetuado antes do início de procedimento de ofício, na hipótese do inciso II, "b", do art. 13;

IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;

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

VI - a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência do ato declaratório de exclusão, nos casos dos incisos XV e XVI do caput do art. 9º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

(...)

Art. 16. 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.

(Grifos e destaques nossos)

A partir dessas considerações, o que se verifica nos autos é que os agentes da fiscalização, identificando a extrapolação da receita bruta auferida pela contribuinte no ano-calendário de 2006, determinaram a exclusão de ofício, a partir daí, simplesmente ignorando todas as demais considerações contidas nos autos, o que, entretanto, não se mostra suficiente para a apuração, da forma como efetivada.

A questão da configuração da “**prática reiterada**” quando da identificação da efetiva operacionalização de “**omissão de receitas**” pela contribuinte é tema hoje pacífico na jurisprudência desse Conselho, verificando-se, a esse respeito, inclusive, diversos precedentes que assim o tem considerado. Vejamos:

Número do Processo 16832.000007/2010-59

Contribuinte IRMAOS AZEVEDO COSTA - OFICINA MULTIMARCAS LTDA.

Tipo do Recurso RECURSO DE OFÍCIO

Data da Sessão 25/09/2014

Relator(a) JOAO OTAVIO OPPERMANN THOME

Nº Acórdão 1102-001.213

Tributo / Matéria

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Documento assinado digitalmente. João Otávio Oppermann Thomé – Presidente e Relator. Participaram do julgamento os Conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, José Evande Carvalho Araujo, Francisco Alexandre dos Santos Linhares, Ricardo Marozzi Gregório, João Carlos de Figueiredo Neto, e Antonio Carlos Guidoni Filho.

Ementa

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples Ano-calendário: 2006 **PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXCLUSÃO DO SIMPLES. A falta de apresentação dos extratos bancários e de todos os demais documentos da escrituração, do Livro de Registro de Inventário, e a falta de declaração e recolhimento dos tributos, constatadas ao longo de todos os meses do ano calendário, caracterizam a prática reiterada de infração à legislação tributária, bastante para a exclusão, do Simples, da pessoa jurídica optante deste regime. EXCLUSÃO DO SIMPLES. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. EFEITOS. DECISÃO DEFINITIVA. A exclusão do Simples, no caso de prática reiterada de infração à legislação tributária, surte efeitos a partir do primeiro mês em que constatada a situação excludente, não havendo exigência de prévia decisão condenatória definitiva**

relativa ao mesmo tipo de infrações, ou relativa a lançamento tributário decorrente dessas mesmas infrações.

(Grifos e destaques nossos)

Nessa linha temos já, em diversas outras oportunidades, manifestado o nosso entendimento em julgados nesta própria Turma de Julgamento, existindo, inclusive, em nosso acervo próprio, precedentes em que tal entendimento restara pois devidamente assentado, conforme, inclusive, o aresto abaixo, aqui trazido apenas a título de exemplificação:

Número do Processo 10410.006626/2009-06
Contribuinte LEITE & FEITOSA LTDA - ME
Tipo do Recurso RECURSO VOLUNTARIO
Data da Sessão 12/04/2012
Relator(a) PAULO JAKSON DA SILVA LUCAS
Nº Acórdão 1301-000.890
Tributo / Matéria

Decisão

Os membros da turma acordam, por maioria, **dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Redator designado.** Vencidos o Conselheiro Relator, Paulo Jakson e o Conselheiro Wilson Guimarães. Designado redator o Conselheiro Valmir Sandri.

Ementa:

SIMPLES — EXCLUSÃO - PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA - A omissão de receita comprovada por pessoa jurídica optante pelo SIMPLES, praticada em meses sucessivos, caracteriza a prática reiterada de infração à legislação tributária, bastante para a exclusão da optante do SIMPLES, devendo a tributação se sujeitar às normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas, a partir do próprio ano-calendário da reiterada infração. TRIBUTAÇÃO REFLEXA - SIMPLES - PIS/COFINS/CSLL/INSS. Estende-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que s vincula.

(destaques nossos)

A existência, nos autos, de elementos suficientes para a identificação incontestada da prática reiterada de infrações, pela contribuinte, à específica legislação tributária de regência, impunha a obrigatoriedade de verificação de sua configuração pelos agentes da fiscalização, e, nessas circunstâncias, em estrita observância do comando normativo respectivo, a imputação da imediata exclusão da contribuinte na sistemática própria do Simples, e, nos termos do Art. 16 da lei 9.317/96, **a apuração dos montantes devidos de acordo com as normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, a partir, inclusive, do mês de ocorrência do fato infracional apontado**, o que, entretanto, conforme se verifica, aqui não foi efetivamente observado.

A opção promovida pelos agentes da fiscalização, ao que tudo indica, representa, na verdade, a opção de impor à contribuinte a alternativa mais onerosa, que seria, no caso, a aplicação das disposições da Legislação do Simples Federal (Lei 9.317/96), em circunstâncias em que elas próprias impõem/determinam a tributação pelas regras aplicáveis às demais pessoas jurídicas (não optantes pelo Simples), o que, ao nosso sentir, representaria, no

caso, a pretensão de utilização do tributo como “sanção por ato ilícito”, em expressa afronta às disposições do próprio Art. 3º do Código Tributário Nacional.

A atividade de julgamento no Processo Administrativo de Recursos Fiscais, aqui já temos sustentado, é sustentáculo do controle de validade do lançamento fiscal, sendo esse, circunstancialmente, o mote de nossas atuações.

Em face dessas considerações, tendo em vista a inobservância, pelos agentes da fiscalização, das específicas normas de regência (no caso, as disposições da Lei 9.317/96) quando da apuração dos montantes devidos pela contribuinte, e, no caso, a efetiva e válida identificação de materialização da hipótese de “**Prática Reiterada de Infração à Legislação Tributária**”, que, por sua vez, por força das disposições expressas do Art. 16 daquele diploma impunha a apuração dos montantes devidos a partir da aplicação das normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas (não-optantes pelo Simples), entendo como impossível a manutenção do lançamento da forma como efetivado.

Com base nesses fundamentos, na linha da jurisprudência deste CARF, encaminho o meu voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, reconhecendo, no caso, a invalidade do lançamento da forma como efetivado, tendo em vista que, configurada a prática reiterada de infração à legislação tributária, deveria ser então a contribuinte excluída daquela sistemática desde a data da identificação da primeira ocorrência, apurando-se os montantes devidos a partir das normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas, o que, não tendo sido observado pelos agentes da fiscalização, impõe, na presente vertente, a obrigatoriedade de desconstituição do lançamento, nos termos e fundamentos aqui então devidamente apontados.

Da (des)qualificação da multa de ofício aplicada

A par das considerações aqui antes apresentadas, relevante observar que, restando vencido o entendimento sustentado por este relator em relação à completa desconstituição do lançamento, importante ainda observar que, mesmo que mantida a cobrança dos tributos, da forma como efetivada, a imputação de qualificação da penalidade, da forma como apresentada, não se coaduna com a atual e melhor interpretação das disposições de regência.

Isso porque, conforme se verifica, tratando-se, nos presentes autos, de lançamento exclusivamente decorrente de identificação de extrapolação dos limites operacionais do Simples por específica omissão de receitas da contribuinte identificada a partir de sua própria movimentação bancária, descabe, completamente, a majoração da penalidade aplicada, sendo, portanto, nos termos do Voto Vencido da decisão de primeira instância, completamente indevida a exigência de multa no percentual de 150% (Cento e Cinquenta por cento).

Em que pese a histórica discussão a respeito dessa matéria, relevante destacar que hoje, neste Conselho, esse assunto encontra-se já perfeitamente pacificado, constando, inclusive, das expressas disposições das Súmulas CARF n. 14 e 25, que, assim, inclusive, há tempos pronunciam:

Súmula CARF nº 14:

A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Súmula CARF nº 25:

A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Em face dessas considerações, não existindo nos autos outras informações que sustentem a qualificação da penalidade aplicada, entendo que, sendo mantido o lançamento, deve então ser afastada a qualificação da multa de ofício, nos termos e fundamentos aqui, então, especificamente apontados.

Da aplicação da Taxa SELIC no cálculo dos juros moratórios

Ainda em suas razões, sustenta a recorrente a inadmissibilidade da aplicação da taxa SELIC como critério de apuração do montante de juros de mora aplicáveis.

Em que pese toda a discussão história a respeito desse tema, relevante observar que, hoje, o assunto já se encontra devidamente pacificado na jurisprudência deste Conselho, constando, inclusive, nas expressas disposições da Súmula CARF n. 14, que destaca:

Súmula CARF nº 4:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Diante dessas razões, rejeito a insurgência da recorrente em relação à utilização da Taxa SELIC como critério para a quantificação dos juros moratórios.

Conclusão

Diante dessas razões, tendo sido vencido em relação à desconstituição integral do lançamento da forma como apresentado, encaminho o meu voto no sentido DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, no caso, reconhecendo a invalidade da qualificação da multa de ofício aplicada, com base na inteligência das Súmulas CARF n. 14 e 25, aqui devidamente invocada, devendo ela, assim, ser reduzida ao patamar de 75% (setenta e cinco por cento), nos termos e fundamentos aqui então especificamente apresentados.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator

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

Autenticado digitalmente em 14/04/2015 por CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER, Assinado digitalmente em 14/04/2015 por CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER, Assinado digitalmente em 20/04/2015 por PAULO JAKSON DA SILVA LUCAS, Assinado digitalmente em 29/04/2015 por ADRIANA GOMES REGO
Impresso em 29/07/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto Vencedor

Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas - Redator Designado.

Inobstantes as valiosas considerações do Ilustre Conselheiro Relator, o Colegiado, pelo voto de qualidade, divergiu do entendimento com relação ao que ele denominou "**Da exclusão do Simples Federal - Configuração de 'Prática Reiterada - "invalidade do lançamento"**" e, por maioria de votos, manter a multa qualificada no percentual de 150%.

O Ilustre Conselheiro Relator declina o seguinte entendimento, *in verbis*:

A par de todas as considerações aqui antes apresentadas, em que pese concluirmos, até agora, pela inadmissibilidade das razões sustentadas no Recurso Voluntário interposto, um ponto ainda aqui merece destaque: a identificação própria dos efeitos da exclusão da sistemática do Simples verificada.

Em relação a este ponto, relevante observar que, partindo da análise de extrapolação, pela contribuinte, dos limites anuais de receita determinados pela legislação de regência, os agentes da fiscalização promoveram então a exclusão da contribuinte da sistemática própria do Simples, por meio de ADE que aponta a prática de efeitos a partir do ano seguinte ao da referida extrapolação.

Com essa conclusão, inclusive, os montantes apontados como devidos pela contribuinte foram apurados a partir da aplicação das alíquotas próprias do SIMPLES, da forma como aqui, então, especificamente apontado.

Entretanto, importante ressaltar que, nos presentes autos, trata-se de lançamento decorrente de verificação da efetiva e própria hipótese de "omissão de receitas", identificada **desde o primeiro mês do ano-calendário de 2006**, o que, por força das disposições contidas na própria Lei 9.317/96, imporiam o reconhecimento da chamada **prática reiterada de conduta vedada**, importando, assim, a exclusão de ofício daquela sistemática, nos termos do art. 14 e seguintes. (...)

Em face dessas considerações, tendo em vista a inobservância, pelos agentes da fiscalização, das específicas normas de regência (no caso, as disposições da Lei 9.317/96) quando da apuração dos montantes devidos pela contribuinte, e, no caso, a efetiva e válida identificação de materialização da hipótese de "**Prática Reiterada de Infração à Legislação Tributária**", que, por sua vez, por força das disposições expressas do Art. 16 daquele diploma impunha a apuração dos montantes devidos a partir da aplicação das normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas (não-optantes pelo Simples), entendo como impossível a manutenção do lançamento da forma como efetivado.

Nota-se, pois, que, para o Relator, estaria configurada no presente caso a prática reiterada a que alude o inciso V do art. 14 da Lei nº 9.317, de 1996, de modo que caberia à autoridade fiscal promover, de ofício, a exclusão da contribuinte da sistemática do SIMPLES e, a partir daí, submetê-la à tributação segundo as regras previstas para as pessoas jurídicas em geral.

A tese acolhida pelo Ilustre Relator diz respeito ao fato de que, considerados os elementos reunidos ao processo, estaria caracterizada a PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÕES, o que implicaria em tributação nos moldes aplicados às demais pessoas jurídicas, e não na sistemática do SIMPLES.

A argumentação foi rejeitada, primeiramente porque a questão sequer foi suscitada em sede de recurso, não cabendo, no caso, a arguição de que tal matéria seria de ordem pública, obrigando, assim, o Colegiado a conhecê-la de ofício. Com efeito, o conceito de prática reiterada é contaminado de indeterminação, não sendo pacífico o entendimento de que ela resta caracterizada na circunstância versada nos autos.

No mais, restou consignado que o agente fiscal não detém competência para, a partir da caracterização de uma suposta prática reiterada de infrações, decretar a exclusão do contribuinte da sistemática do SIMPLES.

Nos termos do parágrafo 3º do art. 15 da Lei nº 9.317/96, a exclusão de ofício, para que possa surtir os efeitos jurídicos que lhe são próprios, deve ser promovida por meio da expedição de ato declaratório da autoridade fiscal da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurando-lhe o exercício do contraditório e da ampla defesa, nos termos das normas processuais em vigor.

Com relação a qualificação da multa de ofício importa reproduzir os seguintes trechos extraídos do auto de infração.

Com base nas informações bancárias reunidas, conforme descrito alhures, constatamos que transitaram pelas contas-correntes da empresa nos anos de 2003 e 2004 mais de R\$ 100.000.000,00 (mais de cem milhões de reais !. Documento 08), enquanto foram declarados em DIPJ rendimentos de apenas R\$ 246.448,57 (duzentos e quarenta e seis mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e cinquenta e sete centavos) no ano-calendário de 2003 e R\$ 253.955,61 (duzentos e cinquenta e três mil, novecentos e cinquenta e cinco reais e sessenta e um centavos) para o ano-calendário de 2004 (Documento 12). Também o livro caixa da empresa (Documento 13) não apresenta tal movimentação milionária, da mesma forma que o Livro de Prestação de Serviços (Documento 14), que também se mostra com essa enorme lacuna. Em virtude desta constatação, foram feitas planilhas com os valores creditados/depositados nas contas-correntes da empresa nesses anos de 2003 e 2004, já excluídos os créditos que, pelas suas características, não pudessem configurar um rendimento, como transferências entre agências, empréstimos bancários, depósitos de cheques devolvidos, etc (Documento 08). Em 13/10/2008 o Sr. Genuíno da Rocha Netto foi pessoalmente intimado a justificar, documentadamente, a origem dos depósitos (Documento 08). Conforme relatado no item "Cronologia", houve prorrogações para o atendimento até o dia 27/11/2008. No entanto, o contribuinte preferiu omitir-se a responder. Até a presente data, nenhuma planilha, documento ou elemento qualquer foi-nos oferecido pelo contribuinte para esclarecer a origem dos depósitos.

6 — QUALIFICAÇÃO DA MULTA E REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS

O elemento caracterizador da qualificação da multa é o dolo, com a consequência de redução ou supressão de tributo. Entendemos que no presente caso o comportamento do contribuinte revela o elemento subjetivo do dolo, uma vez que a movimentação financeira apresenta um volume muito alto, enquanto sua escrituração não reflete a mínima parte dela. Ora, deixar de escriturar movimentações tão relevantes, durante todo o período, não pode ser atribuído a

equivoco ou esquecimento, mas mostra, segundo nossa convicção, a vontade clara de omitir informações aos destinatários da escrituração.

Como visto a referida qualificação foi promovida, essencialmente, em razão de a contribuinte manter, à margem da escrituração, expressiva movimentação financeira.

É certo que a receita tida como omitida que foi tributada de ofício foi assim considerada em razão de presunção legal. Decorre daí que, como regra, não se pode admitir que a presunção que autoriza considerar como receita omitida depósitos de origem não comprovada, possa, também, permitir a qualificação da penalidade, eis que, nesse caso, parte-se de uma presunção para, também por presunção, concluir pela ocorrência de outro fato.

Não obstante, penso que a apreciação acerca da qualificação da penalidade deve ser feita a partir do confronto entre os fatos descritos na peça de autuação, a norma autorizadora da adoção da medida e as razões trazidas pela defesa interposta pelo fiscalizado.

Na circunstância em que o fato retratado nos autos efetivamente não se amolda ao tipo descrito na norma sancionadora, descabe a exasperação da penalidade. Se, embora haja adequação entre o fato e a norma autorizadora da qualificação, mas os argumentos trazidos em sede de defesa contaminam de incerteza a natureza dos recursos movimentados à margem da escrituração, penso que, também, não cabe qualificar a multa de ofício.

No caso vertente, constato que o fato apontado na peça acusatória amolda-se por completo ao tipo descrito no art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, que traz norma autorizadora da exasperação da penalidade, vez que aquele que mantém à margem da escrituração recursos financeiros que representam a quase totalidade das transações bancárias, age de forma a impedir, ou ao menos a retardar, o conhecimento por parte da autoridade fazendária das suas condições pessoais, afetando, assim, a obrigação tributária principal e, por decorrência, o crédito tributário correspondente.

No que tange à defesa apresentada pela fiscalizada, não identifico uma única alegação ou comprovação capaz de colocar em dúvida a natureza dos recursos movimentados à margem da escrituração.

Não se trata aqui, portanto, de uma “simples” apuração de omissão de receita capaz de atrair a aplicação da Súmula CARF nº 14, e, a meu sentir, resta comprovada a adequação do fato descrito na peça de autuação à norma estampada no inciso II do art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, de modo que não se pode falar em aplicação da súmula CARF nº 25.

Tenho, pois, por procedente a qualificação da multa de ofício aplicada.

Pelas razões expostas, decidiu o Colegiado, pelo voto de qualidade, afastar a invalidade do lançamento suscitada de ofício pelo Ilustre Conselheiro Relator e, por maioria de votos manter a multa qualificada no percentual de 150%, em consequência mantém-se o lançamento conforme realizado.

“documento assinado digitalmente”

Paulo Jakson da Silva Lucas - Redator

CÓPIA