



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

Processo nº 13855.003939/2010-05
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1401-001.379 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de fevereiro de 2015
Matéria embargos
Embargante MOZAIR FERREIRA MOLINA EIRELI - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

A irrisignação contra o julgado não justifica a oposição de embargos declaratórios.

A rediscussão da matéria de mérito deve ser manejada pelo recurso adequado.

Inexistência de omissão/contradição/obscuridade que justifique o acolhimento dos embargos de declaração.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Por unanimidade de votos, CONHECER e NEGAR dos embargos declaratórios, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Assinado digitalmente

Antônio Bezerra Neto - Presidente.

Assinado digitalmente

Maurício Pereira Faro - Relator.

Participaram do julgamento os conselheiros Antônio Bezerra Neto (Presidente), Sergio Luiz Bezerra Presta, Carlos Mozart Barreto Vianna, Mauricio Pereira Faro e Fernando Luiz Gomes de Mattos.

Relatório

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão que negou provimento ao recurso voluntário do contribuinte. Por bem resumir a questão ora examinada, adoto e transcrevo o relatório anteriormente elaborado pelo órgão julgador *a quo*:

Preliminarmente, registre-se que as referências feitas neste relatório e no voto que integram este acórdão aos números de folhas dizem respeito ao processo após a sua digitalização.

A pessoa jurídica MOZAIR FERREIRA MOLINA FRANCA ME, doravante identificada apenas por MOZAIR ME, foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES e do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, por meio do Ato Declaratório Executivo N° 54, de 23/11/2010 (fls. 2.767), do Delegado da Receita Federal do Brasil em Franca (SP).

Em razão desse ato, contra a contribuinte MOZAIR ME, também foram lavrados autos de infração no valor total de R\$ 3.655.793,78, para exigência de IRPJ, CSLL, Cofins e Contribuição para o PIS, relativos ao anos calendário de 2006, 2007 e 2008.

I. DA REPRESENTAÇÃO FISCAL. PROPOSTA DE EXCLUSÃO DO SIMPLES E DO SIMPLES NACIONAL

De acordo com a representação fiscal de fls. 01/03, lavrada em 23/11/2010, o agente fiscal, nos trabalhos de fiscalização da empresa MOZAIR ME, se deparou com fatos que configuram impedimento na opção pelo regime tributário do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte SIMPLES, no período de 01 de janeiro de 2006 a 30 de junho de 2007, e do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte SIMPLES NACIONAL, no período de 01 de julho de 2007 a 31 de dezembro de 2008.

Informa a autoridade fiscal que, no curso dos procedimentos fiscais instaurados em face dos contribuintes Mozair Ferreira Molina, CPF nº 082.494.59806, empresário, doravante identificado apenas por MOZAIR, titular individual da empresa representada, e na MOZAIR ME, constatou que esta empresa sonegou receitas auferidas por três anos consecutivos, cometendo reiterada infração à legislação tributária, conforme descrito no Relatório de Exclusão do Simples.

A prática reiterada de infração à legislação tributária sujeita o contribuinte à exclusão do Simples e do Simples Nacional, conforme dispõe o art. 14, inciso V da Lei nº 9.317, de 1996 e o art. 29, inciso V da Lei Complementar nº 123, de 2006.

De acordo com o agente fiscal, (1) o contribuinte omitiu receitas, o que implicou na falta de recolhimentos de tributos na sistemática do SIMPLES e

SIMPLES NACIONAL; (2) a exclusão nas condições de que tratam o art. 14 da Lei 9.317, de 1996 e o art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006 surtirá efeito a partir, inclusive, do mês de ocorrência que no presente caso é o mês de início da fiscalização, janeiro de 2006; e (3) as documentações apreendidas pela Polícia Federal permitiram identificar que o contribuinte praticava atos de comércio ilícito de pedras preciosas pelo menos desde 2005, conforme relato do Relatório de Exclusão do Simples.

II. DO RELATÓRIO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES E DO SIMPLES NACIONAL

No Relatório a que faz referência a Representação Fiscal supra, anexado às fls. 04/53, a autoridade fiscal discorre sobre (1) o objeto da auditoria, (2) os trabalhos de fiscalização, detalhando todos os termos de intimação e de diligência, as respostas e declarações colhidas, bem como os documentos juntados, (3) a ação judicial em face do contribuinte MOZAIR, detalhando as escutas telefônicas, as apreensões efetuadas pela Polícia Federal, o organograma da organização criminosa, a denúncia do Ministério Público e (4) os terceiros relacionados.

Ao final, apresenta as conclusões dos trabalhos no sentido de que MOZAIR ME cometeu reiteradas infrações à legislação tributária, nos anos calendário de 2006, 2007 e 2008, motivo pelo qual justifica se a sua exclusão do Simples e do Simples Nacional.

III. DO ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES E DO SIMPLES NACIONAL

O Ato Declaratório Executivo Nº 54, de 23 de novembro de 2010, fl. 54, excluiu a pessoa jurídica MOZAIR ME do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte SIMPLES e do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte SIMPLES NACIONAL.

IV. DO TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL

O Termo de Verificação Fiscal de fls. 3.011/3.070, lavrado em 07/02/2011, apresenta os fatos como narrados no referido Relatório de Exclusão do Simples, acrescentando também informações sobre os autos de infração lavrados, suas bases de cálculo, a multa de ofício imposta, entre outras.

Por essa razão, por se tratar de peça que resume os trabalhos da fiscalização, reportome ao Termo de Verificação Fiscal para apresentar uma síntese dos seus pontos mais relevantes.

Segundo o referido Termo, o trabalho decorreu de MPF, em nome de MOZAIR, titular individual da empresa acima identificada, a partir de demanda fundamentada pelo Ministério Público Federal. A demanda tem origem na denominada "Operação Quilates", de flagrada em 12/08/2009 concomitantemente em várias cidades, a qual resultou na apreensão de vários bens (joias, pedras preciosas, automóveis, dinheiro real e dólar e

cheques), bem como a prisão de diversas pessoas suspeitas da prática do comércio ilegal de pedras preciosas.

A Polícia Federal constatou a existência de associação estável e permanente de uma quadrilha (artigo 288 do Código Penal), com características de organização criminosa, composta por mais de 30 (trinta) pessoas, com a finalidade da prática contumaz do comércio ilícito de diamantes e pedras preciosas no mercado interno e internacional, o que, em tese, configura os crimes previstos no artigo 2º da Lei nº 8.176/91 (usurpação de bens minerais pertencentes à União); artigo 180, parágrafo 1º, do Código Penal (receptação qualificada de bens do patrimônio da União); artigo 334 do Código Penal (contrabando ou descaminho).

A Polícia Federal apontou, ainda, a realização de operações de câmbio não autorizadas (dólar cabo e manual) e possível manutenção de depósitos não declarados que configuram, em tese, crime contra o Sistema Financeiro Nacional previsto no art. 22, caput e parágrafo único da Lei nº 7.492/86 e ainda a movimentação de altos montantes de dinheiro em contas de titularidade de terceiras pessoas, apontando, pois, indícios de crime de sonegação fiscal previsto no artigo 1º da Lei nº 8.137/90.

No decorrer da auditoria da movimentação financeira do referido contribuinte, a autoridade fiscal concluiu que os créditos em suas contas correntes não comprovados com documentação hábil e idônea eram decorrentes da atividade de comercialização de pedras preciosas e mantidas à margem da contabilidade da pessoa jurídica.

Na auditoria de MOZAIR, o agente fiscal verificou que o contribuinte utilizou a sua conta corrente mantida no Banco Bradesco e a sua conta corrente mantida na Caixa Econômica Federal para movimentar valores da sua pessoa física e da jurídica.

Intimado a justificar os depósitos/créditos na referida conta, o contribuinte informou que os depósitos referentes a operações da empresa, venda de imóveis, corretagens, empréstimos e venda de veículos.

A fiscalização considerou como comprovados os recebimentos de pessoas físicas declarados nas Declarações de Imposto de Renda e os valores das vendas de veículos e de imóveis.

Quanto aos empréstimos informados por MOZAIR, o mesmo não apresentou prova documental de tais empréstimos.

empréstimos junto ao referido contribuinte, mas não houve a comprovação inequívoca que tal operação tenha realmente ocorrido, ou seja, não há prova do retomo do dinheiro emprestado a MOZAIR e nem que tenha sido creditado nas contas correntes de MOZAIR, mas somente, a saída de recursos via transferência bancária ou emissão de cheque da conta de MOZAIR.

Também não há informações de tais empréstimos, nem nas Declarações de Imposto de Renda de MOZAIR e nem nas dos demais contribuintes. Além do mais, conforme consta do inquérito policial, integrantes da quadrilha já tinham combinado a simulação de empréstimos para justificar depósitos em conta corrente referentes à comercialização de pedras preciosas.

Somente os créditos referentes às operações de recebimentos de pessoas físicas, vendas de veículos e imóveis, bem como às vendas contabilizadas do fiscalizado foram considerados justificados.

Os demais créditos nas contas correntes de MOZAIR, nos anos calendário de 2006, 2007 e 2008, não foram comprovados com documentação hábil e idônea, ou seja, não foram apresentados comprovantes dos depósitos, contratos, notas fiscais, ou outros documentos que justifiquem a totalidade dos créditos em suas contas.

A documentação apresentada pelo contribuinte, Declarações de Imposto de Renda, Relatório de Evolução Patrimonial, Livros Contábeis/Fiscais, cópias de escrituras, comprovam apenas parte dos créditos nas contas.

Os Livros Caixa da pessoa física apresentados carecem de documentação comprobatória.

Na contabilidade de 2008, o contribuinte lançou vendas totais no valor de R\$ 441.004,00, mas por outro lado os créditos nas suas contas correntes totalizam R\$ 4.264.972,16.

Considerando os demais créditos justificados (vendas de imóveis e veículos), ainda, há uma diferença não comprovada de R\$ 2.357.628,16, que presume se ser a venda de pedras preciosas não contabilizadas. Nos lançamentos contábeis, as pedras são compradas por R\$ 30,00 e R\$ 37,00 o quilate e vendidas, após lapidação, ao preço de R\$ 210,00 a 250,00 o quilate. Estas pedras contabilizadas são de menores valores e não condizem com os valores das pedras negociadas nas escutas telefônicas da Polícia Federal ou anotações apreendidas na empresa.

Da documentação obtida na Justiça Federal verificase que, em cumprimento a Mandado de Busca e Apreensão, foram apreendidos, na residência de MOZAIR e no endereço de sua empresa, pedras preciosas e diversos documentos que comprovam que MOZAIR era um dos grandes receptadores e distribuidores de diamantes da cidade de Franca.

Ainda consta no processo, gravações de conversas telefônicas entre o MOZAIR, compradores e integrantes da quadrilha, demonstrando o envolvimento do contribuinte com o comércio ilícito de pedras preciosas, mantidas à margem da contabilidade.

Apesar de as escutas telefônicas que permitiram a identificação da quadrilha terem sido realizadas no ano de 2009, foram apreendidos documentos que

permitiram identificar que o grupo realizava este tipo de operação, pelo menos, desde 2005, tais como: (1) caderno de capa preta referente à contabilidade e controle das negociações de pedra do Sr. Isalto Donizete Pereira que revelam a sua ligação com outros envolvidos, como o Jorge Khabbaz, Mozair Ferreira Molina, Gadi Hoffman, Alcione Máximo Queiroz, Helio Salvo Borém e André Luis Cintra Alves; (2) depósitos de 2007, em nome da esposa do MOZAIR, para o Sr. André Luis Cintra Alves; (3) comprovante de depósito do Banco Bradesco datado de 24/09/2008, no valor de R\$ 16.000,00 tendo como favorecido MOZAIR apreendido em poder de Jorge Kabbhaz; (4) fatura no valor de R\$ 4.533,28 em nome de Gadi Hoffman relativa ao pagamento de passagens aéreas de ida e volta de Israel para o Brasil em março de 2007 apreendida no escritório de MOZAIR; (5) cheque emitido por Adnan Khalil Jebailey em 26 de junho de 2005 no valor de quatorze mil dólares, do Bank of America da Flórida e apreendido em poder de MOZAIR; (6) manuscrito de lançamentos de transferências de André para Mozair e sua esposa Denise no valor total de R\$ 150.002,72 datado de abril de 2007 e apreendido em poder de André Luis Cintra Alves.

Na auditoria das contas correntes de MOZAIR, dos anos de 2006, 2007 e 2008, o agente fiscal verificou transações financeiras que vão ao encontro dos fatos apurados pela Polícia Federal durante a "Operação Quilate" em 2009, tais como: (1) pagamentos para garimpeiros como João de Deus Braga e Alcione Máximo Queiroz; (2) depósitos e recebimentos de Jorge Khabbaz e sua empresa Umas, Isalto Donizete Pereira, Nabil Elias Gebarah e André Luis Cintra; (3) créditos bancários referentes a operações com moedas estrangeiras, entre outros.

O conjunto de elementos apurados pela Polícia Federal na "Operação Quilates" e aqueles identificados na movimentação financeira de MOZAIR, dos anos de 2006, 2007 e 2008, levaram a autoridade fiscal a concluir que estas contas, também, eram utilizadas para o movimento do comércio de pedras preciosas no mesmo esquema apresentado pela Polícia Federal no ano de 2009.

Após a exclusão de todos os créditos referentes a vendas contabilizadas e atividades da pessoa física (vendas de imóveis, veículos, recebimentos de pessoas físicas), ainda assim, restaram créditos nas contas correntes não comprovados com documentação hábil e idônea nos valores de R\$ 966.421,46, R\$ 524.957,44 e R\$ 2.357.628,16, nos anos de 2006, 2007 e 2008 respectivamente, configurando assim o ilícito tributário.

Em face desse contexto, concluiu o agente fiscal que todos os créditos financeiros não comprovados presentes nas contas em nome de MOZAIR são resultantes das operações de comércio de pedras preciosas praticadas de forma reiterada e habitual nos três anos fiscalizados.

Por outro lado, assevera a autoridade fiscal que, em face da existência de sociedade jurídica em nome do MOZAIR, constituída exatamente para tais fins, é possível afirmar-se que toda essa movimentação deve ser imputada à empresa MOZAIR ME, que não tinha conta corrente bancária constituída em seu nome, e sobre ela recair todo o ônus tributário pela sua omissão.

A movimentação de valores na conta corrente da pessoa física, mantida à margem da escrituração da pessoa jurídica, com a finalidade de ocultar as operações da empresa, caracteriza "caixa dois". O fiscalizado, pessoa jurídica, utilizava as contas correntes de MOZAIR, pessoa física, mas não fez as devidas escriturações da movimentação financeira bancária nos Livros Caixa que estava obrigado de acordo com o art. 7º, § 1º, alínea "a" da Lei 9.713, de 1996 e art. 26, § 2º da Lei Complementar nº 123, de 2006.

A pessoa física serviu de interposta pessoa da pessoa jurídica.

A reiterada irregularidade tributária praticada pela empresa fiscalizada, tendo, por 3 (três) anos seguidos, declarado informações falsas ao Fisco, demonstra a intenção dolosa do sócio administrador, pois os atos da empresa são sempre praticados através da vontade de seus dirigentes, preocupado o tempo todo em ocultar a realidade dos fatos com o intuito único de eximir-se de pagamento de tributo.

Não fosse a ação da fiscalização, prevaleceriam as informações incorretas prestadas pelo contribuinte. O responsável não contabilizou todas as operações de vendas e utilizou-se da sua conta corrente como "caixa dois" da empresa.

O agente fiscal promoveu a responsabilização pessoal do sócio administrador MOZAIR, nos termos do Art. 135, III, do CTN, conforme Termo de Responsabilidade Tributária de fls. 2905 à 2906.

O fisco promoveu o lançamento do IRPJ, com fundamento no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996; art. 4º da Lei nº 9.481, de 1997; art. 1º da Lei nº 9.887, de 1999; art. 1º da MP nº 22, de 2002 convertida na Lei nº 10.451, de 2002 e art. 849 do RIR/1999, que estabelecem que os depósitos bancários cujo titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprovar a origem, mediante documentação hábil e idônea, sujeitam-se à tributação, por presunção legal de omissão de receitas.

As bases de cálculos dos depósitos bancários não contabilizados são os depósitos em conta corrente não comprovados com documentação hábil e idônea e demonstradas nas planilhas "Depósitos/Créditos em Conta Corrente Não Comprovados".

Nesse item, a autoridade fiscal autuante aplicou a multa de 150% (cento e Cinquenta por cento), com fulcro no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96.

Segundo o agente fiscal, MOZAIR ME omitiu receitas tributáveis relativas ao comércio de pedras preciosas por três anos consecutivos, com o propósito exclusivo de usufruir vantagem traduzida pela dedução do montante do imposto devido, caracterizando evidente intuito de fraude e justificando a aplicação da multa qualificada.

Ademais, MOZAIR ME não contabilizou movimentação financeira bancária nos Livros Caixa, utilizou-se de interposta pessoa, a pessoa física de MOZAIR para ocultar movimentação financeira da pessoa jurídica, caracterizando assim o "caixa dois" da empresa

Por outro lado, devido à exclusão do contribuinte do Simples e Simples Nacional, e a sua opção pelo regime tributário do Lucro Real, a forma de apuração dos tributos ficou incorreta. Assim, a autoridade fiscal também procedeu o devido lançamento do IRPJ apurado pelo regime tributário do Lucro Real.

As bases de cálculos das receitas operacionais após a exclusão do Simples, são os valores constantes dos Livros Caixa do contribuinte (receitas, despesas e custos) apurados no regime tributário do Lucro Real, conforme apuração do contribuinte nos Livros Diários e Livro de Apuração do Lucro Real, totalizando R\$ 63.665,02, R\$ 48.244,82 e 258.524,37, nos anos calendário de 2006, 2007 e 2008.

Os tributos pagos no Simples e Simples Nacional, à título de

IRPJ e CSLL, foram compensados.

Tendo em vista as infrações à legislação tributária, com o consequente lançamento do IRPJ, o agente fiscal também promoveu os lançamentos dos tributos reflexos: CSLL, PIS e Cofins.

As bases de cálculos da contribuição para o PIS e da Cofins não cumulativas são os faturamentos, assim entendido o total das receitas auferidas deduzido dos créditos constituído pelos custos e despesas previstas no art. 3º da Lei 10.637, de 2002 e art. 3º da Lei nº 10.833, de 2003.

No presente caso, as bases de cálculo são as vendas deduzidas das compras, compensados os tributos pagos no Simples e Simples Nacional, à título de PIS e Cofins.

Tendo em vista que os fatos relatados, em tese, configuram crimes contra a ordem tributária, definidos pelos art. 1º, inciso I e art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, foi lavrada Representação Fiscal para Fins Penais, conforme determina a Portaria SRF nº 2.439, de 2010.

V. DA IMPUGNAÇÃO AO ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES E DO SIMPLES NACIONAL

O contribuinte deu entrada em 27/12/2010 com a sua peça de contestação à exclusão do Simples e Simples Nacional, fls. 3.262/ 3.295.

Do seu extenso arrazoadado, no qual o contribuinte repete em diversas passagens as mesmas alegações, extraem se, em síntese, as seguintes razões de impugnação:

- 1) Não houve a abertura do processo de exclusão do simples, conforme determina as resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional, em especial a Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, sem que a empresa pudesse exercer o seu direito constitucional do contraditório e da ampla defesa.*
- 2) A empresa foi penalizada com a exclusão do regime de tributação, sem o processo de exclusão específico, para somente depois ser oportunizado à mesma, o direito de oferecer impugnação administrativa.*
- 3) A ausência do contraditório e da ampla defesa combinado com a insegurança jurídica traduz a nulidade do processo ou atos subsequentes.*
- 4) Para o exercício de defesa fazes necessária a ciência dos atos, ou seja, da acusação que lhe é imputada ou formulada, bem como dos seus fundamentos, além, é claro, do conhecimento das provas juntadas ao processo.*
- 5) A fiscalização se reportava ao MPF da pessoa física, e em momento nenhum informou da existência de processo de exclusão do simples.*
- 6) A autoridade administrativa, ao decidir através do ato declaratório executivo, apenas enumerou os artigos, sem no entanto citar quais foram os descumprimentos da Lei Complementar 123, de 2006, para dar embasamento ao seu ato.*
- 7) O auditor fiscal utilizou prova emprestada de processo penal em andamento, ou seja, ainda não transitado em julgado (onde prevalece o princípio da inocência presumida), na tentativa de efetuar a exclusão do simples e posteriormente autuar a empresa.*
- 8) Ninguém pode ser privado de alguns desses direitos só pelo fato de ser indiciado ou de estar sendo processado, sem que a sentença proferida nesse processo tenha transitado em julgado.*
- 9) O auditor utilizou se de escutas telefônicas ocorridas no ano de 2009 para tentar justificar imposição de pena administrativa nos anos de 2006, 2007 e 2008.*
- 10) Na introdução do relatório de exclusão do Simples, o auditor diz que houve sonegação de receitas auferidas, o que não é a expressão da verdade, pois toda a movimentação encontra se nos extratos bancários, que foram entregues voluntariamente e autorizados sua abertura, o que comprova a boa fé do fiscalizado*

11) A utilização das palavras "possível" e "em tese", por si só demonstram que a fiscalização não tem certeza de nada, tampouco apresenta a documentação que comprovaria suas conclusões.

12) O suscitado crime de sonegação de cobertura cambial só se configuraria para valores superiores ao estipulado pelo próprio Banco Central.

13) O processo penal ainda não transitou em julgado, assim a alegação de que houve crime de sonegação fiscal é um abuso de poder da autoridade administrativa federal.

14) O auditor colocou em dúvida as informações de valores emprestados e a necessidade de empréstimos, sem considerar que transações que envolvem quantias razoáveis envolvem atrasos de pagamento, e que, nas aquisições, os valores de transmissão por vezes são os considerados pelo valor venal declarado pela prefeitura municipal no momento da transação.

15) Com relação ao Princípio da Entidade, citado pelo auditor, é importante ressaltar que não existe nenhuma lei que proíba o uso de uma mesma conta bancária pelo sócio e empresa.

16) O único erro de fato cometido pela empresa foi que em algumas transações imobiliárias a prazo o lançamento e o recolhimento do imposto se deu somente ao final dos pagamentos, e com a escritura definitiva de compra e venda, porém já devidamente autuado e corrigido.

17) O auditor desconsiderou as respostas às suas intimações que traficaram tratar se de empréstimos pessoais, sob o argumento de que o contribuinte pode estar simulando. "Ora fica muito fácil se aproveitar somente das respostas que lhe interessa, descartando as demais sem nenhuma comprovação, pois o ônus da prova para desconsiderar é do fiscal!"

18) Quanto à alegação fiscal de existência de "caixa dois", é um absurdo, pois se a empresa utilizava a mesma conta, como é que a finalidade poderia ser a de ocultar?

Requer, ao final, a imediata suspensão dos efeitos do ato declaratório.

VI. DA IMPUGNAÇÃO AO AUTO DE INFRAÇÃO

O contribuinte deu entrada em 11/03/2011 com a sua extensa peça de impugnação (107 laudas), fls. 3.080/ 3.186.

Em boa parte do seu longo arrazoado, o contribuinte reitera as mesmas alegações deduzidas na peça de impugnação ao mencionado ato declaratório de exclusão do Simples. Para evitar repetições desnecessárias, deixo de apresentá-la nesse tópico.

No que tange às demais razões de impugnação, em que o contribuinte se reporta ora à jurisprudência administrativa, ora à judicial, bem como a citações doutrinárias,

apresento a seguinte síntese:

1) Em 15/10/2009, MOZAIR, mesmo encontrando se preso e psicologicamente abatido e sem condições de efetuar esclarecimentos, pois não se encontrava em poder dos mesmos em sua cela, recebeu termo de intimação fiscal.

2) Em 14/12/2009, o auditor apresentou novo termo de intimação fiscal, intimando MOZAIR a, entre outras, justificar a origem dos recursos depositados ou creditados em suas contas bancárias, e cópias de todos os cheques emitidos maiores ou iguais a R\$ 2.000,00.

3) Tais valores contrariam o enunciado da Súmula nº 61, publicada pela Portaria CARF nº 49, de 1º de dezembro de 2010.

4) A partir de então surgiram controvérsias, pois o fiscalizado (pessoa física) passou a sofrer fiscalização na pessoa jurídica, o que trouxe várias dúvidas em relação a o que estava sendo questionado, ou seja, fiscalizado, induzindo o contribuinte a erro, dando ensejo a nulidade do processo.

5) em 28/12/2010, o fiscalizado foi informado do termo de intimação nº 03 (da pessoa jurídica), cujo MPF ficou paralisado por mais de trezentos dias, desrespeitando toda a legislação pertinente, surgindo de repente uma substituição do MPF, somente com o intuito de penalizar.

6) O fiscalizado foi orientado verbalmente, erroneamente, a apresentar livros, inclusive de apuração de lucro real, mas não efetuou nenhuma opção, conforme diz o fiscal, pois se tivesse optado não teria apresentado impugnação à exclusão do Simples.

7) Ademais, não há que se falar em opção do fiscalizado se o mesmo efetuou a resposta um dia antes de saber do que realmente se tratava.

8) Por outro lado, em consulta ao sistema correspondente, observa-se que a empresa ainda continua optante pelo Simples.

9) Em 09/02/2011, recebeu, via correios, autos de infração em duas vias; uma em sua residência como MOZAIR, pessoa física, e outra como MOZAIR ME, em endereço comercial, ambos com o mesmo teor.

10) O auditor se utilizou do instituto da responsabilidade por substituição tributária previsto no art. 135 do CTN de forma ilegal. Ademais, a correspondência foi deixada na portaria do prédio (com o porteiro) no dia

09/02/2011 e, como MOZAIR estava em viagem, somente lhe foi entregue pelo porteiro no dia 13/02/2011.

11) A descrição dos fatos nos autos de infração é genérica, não discrimina as infrações.

12) O auditor não abateu os valores já pagos e principalmente aqueles já aceitos e lançados no procedimento contra a pessoa física MOZAIR.

13) A recorrente questiona algumas afirmações da autoridade fiscal constantes do mencionado Termo de Verificação Fiscal, referentes às respostas da autuada e de terceiros às intimações para a comprovação dos depósitos bancários.

14) A recorrente apresenta esclarecimentos e justificativas para certos depósitos bancários não acolhidos pela fiscalização sob o argumento de que se referem a transações com imóveis.

15) Em certa passagem a recorrente assevera:

Notas se que os valores de depósito em conta corrente até 20.03.2008 é igual ao valor que a empresa ARCFRAN estava devendo, exceto por R\$ 10,00 que foi informado a maior conforme ganhos de capital declarado em imposto de renda 2009/2008; quanto aos TEDs recebidos em 18.03.2008 no valor de R\$ 14.000,00 e R\$ 15.982,80, respectivamente, foram referentes à venda de imóvel para a ARCFRAN, conforme planilha acima, e de maneira alguma me preocupei em saber a origem dos valores, uma vez que minha conta corrente estava aberta e apta a receber quaisquer espécie de créditos.(negritei)

16) A única irregularidade identificada pela autoridade fazendária resume se no fato de que MOZAIR efetuou depósitos de sua atividade de maior rentabilidade correção (sic) de imóveis, na mesma conta da sua empresa, cuja conduta acabou gerando dúvidas ao auditor.

17) Não houve omissão de receitas, mas mera irregularidade de ordem formal, e não material como quis demonstrar a autoridade fiscal.

18) “Esta checagem poderia ter sido realizada pelo agente fiscalizador, apenas levaria um tempo significativo e foi por isso que preferiu o arbitramento”.

19) Os questionados depósitos bancários não podem ser considerados receitas omitidas, pois os mesmos são lastreados em inúmeras operações de compra e venda de imóveis, devidamente comprovadas.

20) Os valores de tais depósitos são as próprias receitas declaradas e já devidamente tributadas, inclusive com recolhimentos de ganhos na alienação de imóveis, não constituindo receita nova.

21) *Essas vendas eram realizadas através de acordos com os demais corretores que participaram da venda de suas propriedades e de terceiros, conforme relatório apresentado no caderno Evolução Patrimonial e outros documentos apresentados ao agente fiscal.*

22) *Em outra passagem, afirma a recorrente:*

Seria possível elaborar mensalmente o relatório acima se tivesse todos os microfilmes de cheques, que infelizmente dado ao tempo, não foi possível, muito embora foi (sic) relacionado alguns no processo e outros dos quais prova a entrada de dinheiro no caixa, justificando os depósitos efetuados não estão anexos, a recorrente está providenciando junto ao Banco Bradesco os mesmos, motivo pelo qual solicita se pela juntada posterior de tais documentos ao relatório.(negritei).

23) *A auditoria fiscal resolveu desconsiderar toda a contabilidade tornando a imprestável, bem como adicionou os depósitos bancários como não contabilizados, considerando estes como omissão de receita.*

24) *Solicita, então, o cancelamento integral de todos os autos de infração lavrados.*

25) *É entendimento doutrinário que esta inversão da prova ofende o art. 142 do CTN e o art. 146. III. "b" da Constituição Federal. Da interpretação do art. 142 do CTN é possível concluir com segurança que o ônus da prova da ocorrência do fato gerador, e conseqüentemente do nascimento da obrigação tributária, é sempre do fisco, não sendo válida a sua transferência para o contribuinte, ainda que após a intimação para prestar esclarecimentos.*

26) *O art. 42 da Lei 9.430/96 autoriza a presunção de que ocorreu o fato gerador do imposto de renda apenas porque o contribuinte não conseguiu comprovar que os recursos depositados em sua conta são de terceiros. No caso das pessoas físicas, por não serem obrigadas a uma escrituração contábil completa, normalmente há uma enorme dificuldade em demonstrar com precisão a origem dos créditos bancários, especialmente porque a fiscalização faz tal exigência em relação aos últimos cinco anos.*

27) *Não houve tempo suficiente para a recorrente fazer prova pericial e promover a juntada de novos documentos, pois o prazo de impugnação coincidiu com o período do carnaval.*

28) *Requer o julgamento conjunto das duas peças de impugnação. Por força da Portaria Sutri nº 3.066, de 1º/07/2011 (despacho de fl. 3.331), foi feita a transferência para o julgamento deste processo da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em Ribeirão Preto (SP), para a DRJ em Brasília (DF).*

É o relatório.

Acordam os membros da 2ª Turma de Julgamento da DRJ/DF-Brasília, por unanimidade de votos, (1) julgar improcedente a impugnação ao ato declaratório de exclusão do SIMPLES e do SIMPLES NACIONAL; e (2) julgar improcedente a impugnação aos autos de infração, mantendo o crédito tributário exigido.”

Diante dos argumentos expostos, o órgão julgador *a quo* entendeu por julgar procedente o auto de infração, nos seguintes termos:

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano calendário: 2006, 2007, 2008

EXCLUSÃO DO SIMPLES E SIMPLES NACIONAL.

De acordo com o art. 4º da Resolução CGSN nº 15, de 2007, o termo de exclusão do Simples Nacional inicia o processo de exclusão de ofício (§ 1º) e se torna efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte (§ 3º), sem prejuízo do lançamento dos tributos e contribuições (§ 3º do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006). ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano calendário: 2006, 2007, 2008

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. COMPROVAÇÃO.

É regular o procedimento de fiscalização instaurado para verificar a compatibilidade entre a movimentação financeira e os valores escriturados e declarados ao fisco. Em constatando relevante disparidade e não justificando, o contribuinte, a origem dos créditos bancários, é lícito e um dever proceder ao lançamento por presunção de receita omitida, com fulcro no artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano calendário: 2006, 2007, 2008

LANÇAMENTO DECORRENTE.

Por se tratar de exigência reflexa realizada com base nos mesmos fatos, a decisão de mérito prolatada quanto ao lançamento de imposto de renda pessoa jurídica constitui prejulgado na decisão do lançamento decorrente relativo à CSLL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS E COFINS

Ano calendário: 2006, 2007, 2008

LANÇAMENTO DECORRENTE.

A decisão de mérito prolatada quanto ao lançamento de imposto de renda pessoa jurídica aplica se, no que couber, na decisão do lançamento decorrente relativo ao Pis e Cofins.

Crédito Tributário Mantido”

Outrossim, o Contribuinte interpôs Recurso Voluntário, alegando em síntese que o acórdão a quo teria se omitido de analisar argumentos relativos á opção judicial pela discussão judicial e não teria analisado outros argumentos expostos pela Recorrente.

Em face destes argumentos, a 4ª Câmara/ 1ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, proferiu acórdão, assim emendado:

“ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL –

CSLL Ano calendário: 2006, 2007, 2008

De acordo com o art. 4º da Resolução CGSN nº 15, de 2007, o termo de exclusão do Simples Nacional inicia o processo de exclusão de ofício (§ 1º) e se torna efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte (§ 3º), sem prejuízo do lançamento dos tributos e contribuições (§ 3º do art.

29 da Lei Complementar nº 123, de 2006).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano calendário: 2006, 2007, 2008

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. COMPROVAÇÃO.

É regular o procedimento de fiscalização instaurado para verificar a compatibilidade entre a movimentação financeira e os valores escriturados e declarados ao fisco. Em constatando relevante disparidade e não justificando, o contribuinte, a origem dos créditos bancários, é lícito e um dever proceder ao lançamento por presunção de receita omitida, com fulcro no artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano calendário: 2006, 2007, 2008

LANÇAMENTO DECORRENTE.

Por se tratar de exigência reflexa realizada com base nos mesmos fatos, a decisão de mérito prolatada quanto ao lançamento de imposto de renda pessoa jurídica constitui prejulgado na decisão do lançamento decorrente relativo à CSLL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS E COFINS

Inconformado o contribuinte opôs Embargos de Declaração, colacionando os autos nova documentação, a fim de comprovar a origem do crédito.

Ano calendário: 2006, 2007, 2008

LANÇAMENTO DECORRENTE.

A decisão de mérito prolatada quanto ao lançamento de imposto de renda pessoa jurídica aplica se, no que couber, na decisão do lançamento decorrente relativo ao Pis e Cofins.

Crédito Tributário Mantido.”

Inconformado, o contribuinte opôs Embargos de Declaração, requerendo há análise de sua preliminar que evidencia a opção do Estado pela via judicial, abrindo mão da esfera administrativa, asseverando, ao final, que o vício apontado poderia ser regularmente sanado, motivo pelo qual, requereu a procedência dos Embargos de Declaração e, conseqüentemente, a anulação da decisão. É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator Maurício Pereira Faro

Primeiramente, os embargos são tempestivos e recebidos nos termos da lei.

O Embargante sustenta haver omissão no acórdão embargado, argumentando que pelo fato das preliminares não terem sido apreciadas, razão pela qual, o r. acórdão seria nulo: *“Ratificamos que as alegações como PRELIMINARES encontram-se muito bem distinguidas das de mérito. Assim deveria apreciar as preliminares e arguição de omissão da Primeira Instancia, para somente após adentrar ao mérito (...) Por fim, importa ter em conta que vícios como a falta de apreciação de argumentos por parte da autoridade julgadora pode ser regularmente saneado, pela anulação da decisão e prolação de uma nova.”*

No mais, a Embargante já parte do pressuposto que o posicionamento desta turma deveria ser diferente.

Todavia, não merece amparo o pleito da ora Embargante. Da análise dos declaratórios, percebe-se que a ora Embargante vislumbra a rediscussão da matéria deduzida nestes autos.

No entanto, como se sabe, esta não é a via eleita. Nesse sentido, este i. Conselho já se manifestou sobre a matéria:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2006

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE NÃO VERIFICADOS. LANÇAMENTO FISCAL. CONSTITUIÇÃO. FATOS EXISTENTES À ÉPOCA.

Não se conhece dos embargos de declaração opostos quando não constatados omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado e se verifica que o lançamento fiscal foi efetuado com base nos fatos existentes à época da sua constituição, sendo que fatos posteriores não podem interferir em lançamentos corretamente formalizados. (Acórdão nº 1202-001.170-2ª Câmara-2ª Turma ordinária- Rel. Carlos Alberto Donassolo- Sessão de 19.07.2014).

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

Ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Incabível embargos de declaração quando inexistente omissão, obscuridade ou contradição no acórdão embargado. (Acórdão nº 1802-002.067 -2ª Turma Especial- Rel. Ester Marques Lins de Sousa- Sessão de 08.04.2014).

No mais, pela leitura do voto condutor, percebe-se que a ora Embargante, encontra-se equivocada na medida em que as preliminares levantadas foram devidamente analisadas, como se observa:

“Sustenta o Recorrente que o acórdão a quo teria se omitido de analisar argumentos relativos à opção judicial pela discussão judicial e não teria analisado outros argumentos expostos pela Recorrente.

Com relação a suposta opção pela via judicial, entendo que não merece prosperar a alegação da Recorrente se refere a uma ação penal incondicionada ajuizada pelo Ministério Público Federal para apurar crime de sonegação fiscal.

Com relação à falta de análise de argumentos expostos pela Recorrente, considero que também não merecer reparo nesse aspecto, na medida em que o acórdão a quo analisou a contento a questão posta, sendo pacífico na jurisprudência que o julgador não é obrigado a analisar todas as questões postas pelas partes.

Ante o exposto, afasto as preliminares.”

Deste modo, verifica-se que inexistente omissão/contradição/obscuridade no voto condutor do acórdão embargado, uma vez que o voto contém clara e completa fundamentação que levou à solução do litígio, de modo que descabe reapreciar novamente a matéria, como pretende o embargante, não sendo o caso de se proceder a revisão da decisão.

Por não haver omissão, voto por conhecer dos embargos, mas no mérito, negar-lhe provimento.

É como voto.

Maurício Pereira Faro - Relator