



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13888.723550/2011-75
Recurso Voluntário
Resolução nº **1301-001.184 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 20 de fevereiro de 2024
Assunto CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA
Recorrente SOPHUS INFORMACOES CADASTRAIS LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Iágaro Jung Martins - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Iágaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Marcelo Jose Luz de Macedo, Eduardo Monteiro Cardoso, Rafael Taranto Malheiros (Presidente).

Relatório

1. Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da DRJ/Ribeirão Preto, que julgou parcialmente procedente a impugnação contra lançamento de ofício do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), relativo aos anos-calendário 2007 e 2008, valor original de R\$ 4.394.304,67, com imputação de multa qualificada nesse valor, em decorrência da exclusão do Simples Federal e Nacional.

Fl. 2 da Resolução n.º 1301-001.184 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13888.723550/2011-75

2. A fundamentação para o exigência tributária se deu em razão da emissão de notas fiscais em valores inferiores aos valores efetivos das operações e em omissões apuradas em depósitos bancários de origem não comprovada. A apuração do resultado se deu com base no Lucro Arbitrado, art. 530, II, do Decreto nº 3.000, de 1999, em razão da não escrituração da movimentação financeira, conforme Termo de Constatação Fiscal (fls. 1.391/1.410).

2.1. Além da Representação Fiscal para Fins Penais, foi formalizado Termo de Sujeição Passiva Solidária em nome dos sócios Francisco Carlos Ometto e Miguel Rull Arnal, com fundamento no art. 135, III, do Código Tributário Nacional (CTN).

2.2. A exclusão do Simples Federal e Nacional se deu pela prática reiterada de infrações e, uma vez intimada, não apresentou as informações acerca da sua movimentação financeira e bancária.

3. Foram apresentadas manifestação de inconformidade contra o ato de exclusão e impugnação contra o lançamento pelo sujeito passivo e responsáveis solidários.

3.1 O sujeito passivo apresentou manifestação de inconformidade (fls. 1.418/1.484) contra os Atos Declaratórios DRF/PCA nº 67 e 68 de Exclusão do Simples Federal e Nacional, onde, resumidamente, alegou inexistência de prática reiterada de infrações, ausência de discriminação individualizada de condutas de omissão, violação ao princípio da legalidade e motivação deficiente.

3.2. Em impugnação (fls. 1.786/2.033), o sujeito passivo alegou em preliminar pela não juntada aos autos dos supostos extratos bancários, fato que cercearia seu direito de defesa; pela impossibilidade de quebra de sigilo bancário sem autorização judicial; que não foi efetuada a individualização dos supostos depósitos bancários, em ofensa ao direito à ampla defesa; que os valores oferecidos à tributação no regime do Simples foram somados aos depósitos bancários, ensejando dupla apuração, que resultaria em vício insanável; que os valores apurados até julho de 2007 estariam decaídos; que a presunção do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser utilizada de forma absoluta, mas solidificada em circunstâncias fáticas e que a movimentação financeira não revela acréscimo patrimonial, nos termos do art. 43 do CTN; que não há procedimento ou comprovação que justifique a imputação de multa qualificada, no percentual de 150%; que deve ser efetuada a dedução dos valores pagos a título do Simples.

Fl. 3 da Resolução n.º 1301-001.184 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13888.723550/2011-75

3.3. Por sua vez, os responsáveis solidários, Francisco Carlos Ometto e Miguel Rull Arnal, alegaram em sua peça impugnatória única (fls. 1.509/1.783) que não existe elemento fático ou jurídico que justifique a aplicação do art. 135, III, do CTN; que não houve identificação dos mesmos nos autos de infração, em descumprimento aos art. 9º e 10 do Decreto nº 70.235, de 1972; que a sujeição passiva com base no art. 135, III, do CTN, depende de conduta dolosa ativa por parte dos diretores ou gerentes.

4. A DRJ determinou que o processo fosse encaminhado para diligência para que o autuante anexasse cópia dos extratos bancários e se manifestasse sobre a alegação de cerceamento de defesa (fls. 2.042/2.043).

4.1. A autuada apresentou contestação (fls. 2.348/2.394) onde alegou que houve extrapolção das funções de julgamento em razão da determinação da juntada posterior de provas e que o lançamento é nulo em razão da inexistência de intimação para o contribuinte comprovar os depósitos bancários.

5. A DRJ julgou parcialmente procedente a impugnação (fls. 2.433/2.460) por entender comprovada a prática reiterada de infração, nos termos da Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, V e VIII; quanto à exigência tributária, por manter o lançamento por depósitos bancários não justificados, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, e em razão da utilização de notas fiscais em valores inferiores aos efetivamente auferidos, o que caracteriza fraude. Entendeu, ainda a autoridade julgadora de primeira instância, por afastar a alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em especial pela providência saneadora, determinada pela diligência, para anexação de cópia dos extratos bancários, e a nulidade por quebra do sigilo bancário; afastou, ainda, a alegação de decadência por restar caracterizado nos autos a ocorrência de fraude; e determinou a dedução dos valores pagos enquanto optante do Simples, nos termos da Solução de Consulta Interna Cosit nº 23, de 2006. Sobre a multa qualificada, restou caracterizado que o contribuinte reiteradamente, em todos os meses de 2007 e 2008 omitiu receitas, fato que afastaria a alegação de mero erro. Sobre a responsabilização solidária, consta nos autos que as pessoas físicas adotaram condutas planejadas com o claro intuito de reduzir a tributação de forma ilícita. A decisão foi materializada com a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

Fl. 4 da Resolução n.º 1301-001.184 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13888.723550/2011-75

EXCLUSÃO DO SIMPLES. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. OMISSÃO DE RECEITAS. EFEITOS.

Correto o ato de exclusão do Simples com base em prática reiterada de infração à legislação tributária, caracterizada pela ausência de escrituração de movimentação financeira em livro caixa ou na contabilidade, bem assim pela omissão de receitas, sendo os efeitos fixados na legislação específica.

DEPÓSITO BANCÁRIO. OMISSÃO DE RECEITA.

Evidencia omissão de receita a existência de valores creditados em conta de depósito mantida em instituição financeira, em relação aos quais a contribuinte, regularmente intimada, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

A presunção legal tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para a contribuinte, que pode refutá-la mediante oferta de provas hábeis e idôneas.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. EMPRESA EXCLUÍDA DO SIMPLES.

É legítimo o arbitramento do lucro quando apurado que a escrituração apresentada não contempla a movimentação financeira e bancária.

COMPENSAÇÃO. RECOLHIMENTOS DO SIMPLES NACIONAL.

Os pagamentos efetuados a título de Simples Nacional poderão ser utilizados para extinguir débitos relativos a lançamentos efetuados após a exclusão da empresa daquele regime especial de tributação.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007, 2008

DECADÊNCIA. DOLO COMPROVADO. COFINS. IRRF.

O direito de a Fazenda Pública rever lançamento por homologação em que o sujeito passivo tenha se utilizado de dolo, fraude ou simulação, extingue-se no prazo de 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

PROVA. EXTRATOS BANCÁRIOS. OBTENÇÃO.

Válida é a prova consistente em informações bancárias requisitadas em absoluta observância das normas de regência e ao amparo da lei, sendo desnecessária prévia autorização judicial.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGUIÇÃO.

Às instâncias administrativas não compete apreciar vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Caracterizado o intuito de fraudar o Fisco, correta a aplicação da multa no percentual de 150%.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Fl. 5 da Resolução n.º 1301-001.184 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13888.723550/2011-75

Ano-calendário: 2007, 2008

NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade do lançamento quando observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não se configura cerceamento do direito de defesa se o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação se encontraram plenamente assegurados.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal em face da estreita relação de causa e efeito.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SÓCIO-GERENTE.

É solidária a responsabilidade do sócio-gerente pelos créditos decorrentes de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração à lei.

6. O sujeito passivo e os responsáveis solidários apresentaram Recurso Voluntário.

6.1. Em Recurso Voluntário (fls. 2.672/2.776), a Recorrente repisa as razões aduzidas na impugnação, em especial de que não houve prática reiterada de infração, pois os atos de exclusão ocorreram antes da autuação e tipificação da conduta, violando o princípio da legalidade; que os atos de exclusão são desproporcionais, desarrazoados e não cumprem sua finalidade, violando o art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999; que o art. 38, II, prevê sanção expressa para eventuais omissões, que se sobrepõe a exclusão genérica do regime simplificado; quanto ao mérito da autuação fiscal, defende a nulidade do lançamento, e da decisão de primeira instância, que foi aperfeiçoado com a produção de provas determinada pela DRJ, em ofensa ao art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972, que Regula o Processo Administrativo Fiscal (PAF); que o lançamento é nulo pois não houve intimação da recorrente para comprovação dos depósitos bancários nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996; alegou que o lançamento é nulo pois violou garantias à liberdade, à intimidade e à privacidade, previstas no art. 5º, X, da Constituição Federal, em razão da quebra do sigilo bancário; que há nulidade no lançamento por cerceamento de defesa em razão da não individualização das supostas omissões e pela inclusão indevida das receitas declaradas, como se omitidas fossem; quando ao mérito, alega que estariam decaídos os créditos tributários relativos aos fatos geradores de janeiro a julho de 2007; que não é possível o lançamento efetuado apenas com base em depósitos bancários; que houve cômputo em duplicidade dos valores previamente declarados pela Recorrente com os valores exigidos no presente lançamento; que descabe a

Fl. 6 da Resolução n.º 1301-001.184 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13888.723550/2011-75

qualificação da multa por ausência de conduta dolosa. Ao final, requer o cancelamento dos Atos Declaratórios de Exclusão do Simples Federal e Nacional; a anulação do r. Acórdão e o cancelamento das autuações em razão de nulidade; seja reconhecida a decadência dos fatos geradores ocorridos entre janeiro e julho de 2007, por forçado art. 150, § 4º, do CTN; seja reconhecido o equívoco praticado no lançamento pela indevida utilização em duplicidade das receitas declaradas pela recorrente, que seja desqualificada a multa e reduzida do percentual de 150% para 75%.

6.2. Os responsáveis solidários, Francisco Carlos Ometto e Miguel Rull Arnal, apresentaram Recurso Voluntário em conjunto (fls. 2.491/2.598), alegaram em preliminar a nulidade do lançamento, e da decisão de primeira instância, que foi aperfeiçoado com a produção de provas determinada pela DRJ, em ofensa ao contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LV); que há vício formal e inexistência de crédito constituído contra eles, pois não foram cientificados para prestar quaisquer esclarecimentos sobre a forma de administração da empresa e nos autos de infração figura apenas a pessoa jurídica, em ofensa ao art. 10 do PAF e que não cabe o chamamento ao processo via Termo de Sujeição Passiva Solidária para casos em que o art. 135, III, do CTN, a define como responsabilidade pessoal; que inexistem elementos probatórios que lastreiem a responsabilidade solidária com base no art. 135, III, do CTN; que devem ser afastadas da responsabilidade os valores que foram objeto de declaração no regime do Simples; defendem a nulidade do lançamento e de que não é possível o aperfeiçoamento documental das autuações determinado pela DRJ, em ofensa ao art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972 (PAF); que o lançamento é nulo pois não houve intimação da recorrente para comprovação dos depósitos bancários nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996; alegou que o lançamento é nulo pois violou garantias à liberdade, à intimidade e à privacidade, previstas no art. 5º, X, da Constituição Federal, em razão da quebra do sigilo bancário; que há nulidade no lançamento por cerceamento de defesa em razão da não individualização das supostas omissões e pela inclusão indevida das receitas declaradas, como se omitidas fossem; quando ao mérito; alega que estariam decaídos os créditos tributários relativos aos fatos geradores de janeiro a julho de 2007; que não é possível o lançamento efetuado apenas com base em depósitos bancários; que houve cômputo em duplicidade dos valores previamente declarados pela Recorrente com os valores exigidos no presente lançamento; que descabe a qualificação da multa por ausência de conduta dolosa. Ao final, requerem a anulação do r. Acórdão e reconhecidos os vícios insanáveis existentes com afastamento da responsabilidade dos ora Recorrentes; seja reconhecida a imprestabilidade do

Fl. 7 da Resolução n.º 1301-001.184 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13888.723550/2011-75

Termo de Sujeição Passiva Solidária para os casos do art. 135, III, do CTN, nulidade do lançamento por não inclusão nos autos de infração da identificação dos Recorrentes; sejam afastadas quaisquer responsabilidades dos Recorrentes; seja afastada a responsabilidade em relação aos valores previamente declarados; que seja declarada a nulidade da r. Decisão por ter aperfeiçoado o lançamento e a nulidade do lançamento pela ausência de juntada dos extratos bancários que respaldaram a exigência, em afronta ao art. 9º e 59, II, do PAF; seja decretada a nulidade do lançamento em razão de vício insanável em virtude da não intimação do sujeito passivo para comprovação da origem dos depósitos bancários, que foram anexados após a impugnação, e da não individualização dos valores omitidos, em afronta ao art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996; no mérito, o reconhecimento da decadência dos fatos geradores ocorridos entre janeiro e julho de 2007, por forçado art. 150, § 4º, do CTN; seja reconhecido o equívoco praticado no lançamento pela indevida utilização em duplicidade das receitas declaradas pela recorrente, que seja desqualificada a multa e reduzida do percentual de 150% para 75%.

7. A Recorrente comparece ao processo em 06.10.2023 e 04.12.2023 onde repisa as razões de recurso e sobre as novas disposições sobre multa qualificada, trazida pela Lei nº 14.689, de 2023 (fls. 2.904/2.916). Em específico, aduz haver equívocos na apuração do quantum devido e apurado pela Fiscalização, em especial relativo a não dedução da base de cálculo dos valores sobre o a qual incidiu a exigência dos tributos e multa de ofício. Além disso, informa que valores relativos a (i) mútuos, (ii) transações de mesma titularidade, (iii) desconto de duplicatas e (iv) reembolso de despesas não foram excluídos. (fls. 2.886/2.881; 2.904/2.916)

8. É o relatório.

Voto

Conselheiro Iágaro Jung Martins, Relator.

I – Conhecimento

9. O sujeito passivo foi cientificada da decisão de primeira instância em 03.09.2013, conforme Termo de Ciência por Decurso de Prazo Termo (fls. 2.488) e os responsáveis solidários, Francisco Carlos Ometto e Miguel Rull Arnal, foram cientificados em 19.09.2013, conforme Edital (fls. 2.489 e 2.670). Assim, o Recurso Voluntário do sujeito passivo, juntado aos autos em 18.09.2013, e dos responsáveis solidários, juntado em 19.09.2013, conforme

Fl. 8 da Resolução n.º 1301-001.184 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13888.723550/2011-75

carimbo protocolo na primeira página das peças recursais (fls. 2.672 e fls. 2.491), são tempestivos e, por preencherem os demais pressupostos processuais, devem ser conhecidos.

II – Recurso Voluntário Sujeito Passivo

a) Atos Declaratórios de Exclusão do Simples Federal e do Simples Nacional

10. A Recorrente alega que não houve prática reiterada de infração, pois os atos de exclusão ocorreram antes da autuação e tipificação da conduta, violando o princípio da legalidade.

11. Refere ainda que os atos de exclusão são desproporcionais, desarrazoados e não cumprem sua finalidade, violando o art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999 e que o art. 38, II, prevê sanção expressa para eventuais omissões, que se sobrepõe a exclusão genérica do regime de tributação simplificado.

12. A r. decisão considerou legítima a exclusão pois decorre de previsão expressa na legislação tributária, art. 23, II e V, da Instrução Normativa SRF nº 608, de 2006, e na LC nº 123, de 2006, art. 29, V e VIII. Ao contrário do pugnado pela então impugnante, entendeu a autoridade julgadora de primeira instância, não se aplicar o art. 38, II, da LC 123, de 2006, e do art. 17, II, da Resolução CGSN nº 30, de 2008, que tratam de multa pela falta de entrega da Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica ou pela sua apresentação com incorreções ou omissões.

13. Não procede a alegação da Recorrente, o sujeito passivo, optante do Simples Nacional, foi devidamente intimado para apresentar o Livro Caixa e os extratos bancários (fls. 224).

14. Conforme Termo de Constatação Fiscal (fls. 1.391/1.410), apesar de intimada o sujeito passivo não apresentou os documentos relacionados a sua movimentação financeira. Além disso, o Livro Caixa não continha a movimentação financeira, em descumprimento ao art. 14, I, II e V, da Lei nº 9.317, de 1996.

15. Não restam dúvidas que o contribuinte, reiteradamente durante os anos-calendário 2007 e 2008, omitiu a escrituração bancária nos termos exigidos pela legislação, art. 29, § 9º, II, da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Fl. 9 da Resolução n.º 1301-001.184 - 1ª Seção/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13888.723550/2011-75

16. Como corretamente abordado pela r. Decisão, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, a existência de depósitos bancários não escriturados ou com origem não comprovada é, por si só, hipótese presuntiva de omissão de receitas, cabendo ao sujeito passivo a prova em contrário.

17. O sujeito passivo não demonstrou, seja durante o procedimento de fiscalização, na impugnação ou neste momento processual, por ocasião do Recurso Voluntário, que os depósitos bancários, não registrados no Livro Caixa, foram tributados na modalidade de tributação simplificada, ou seja, caracteriza-se a ocorrência de prática reiterada de infração, com a consequência jurídica para o caso, qual seja, a exclusão do Simples Federal, em relação aos períodos de janeiro a junho de 2007 e do Simples Nacional a partir de julho de 2007.

18. Por fim, invoca a Recorrente que, em substituição ao desenquadramento, deveria ser aplicada a multa prevista no art. 38, II, da Lei Complementar nº 123, de 2006:

Art. 38. O sujeito passivo que deixar de apresentar a Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica a que se refere o art. 25 desta Lei Complementar, no prazo fixado, ou que a apresentar com incorreções ou omissões, será intimado a apresentar declaração original, no caso de não-apresentação, ou a prestar esclarecimentos, nos demais casos, no prazo estipulado pela autoridade fiscal, na forma definida pelo Comitê Gestor, e sujeitar-se-á às seguintes multas:

[...]

II - de R\$ 100,00 (cem reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas.

[...]

19. O referido dispositivo se refere a faltas instrumentais praticadas pelo optante do Simples Nacional, denominadas no CTN como obrigações acessórias, isto é, em nada se confundem com a prática de idênticas infrações, levadas a efeito mediante a utilização de meio ardil ou fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo, prevista de forma específica no art. 29, V, § 9º, II, da referida LC nº 123, de 2006.

b) Preliminar de nulidade do lançamento e da decisão de primeira instância

20. A Recorrente alega nulidade do lançamento, e da decisão de primeira instância, que buscou aperfeiçoar o lançamento com a determinação de produção de provas, em ofensa ao art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972, que Regula o Processo Administrativo Fiscal (PAF).

Fl. 10 da Resolução n.º 1301-001.184 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13888.723550/2011-75

21. O fato que ensejou essa arguição diz respeito à determinação da autoridade julgadora de primeira instância, após aventado pela então impugnante, que não constavam no processo as cópias dos extratos bancários.

22. Em procedimento de diligência determinado pela DRJ, a autoridade lançadora fez juntada das cópias dos extratos (fls. 2.045/2.328) e das conciliações bancárias, onde demonstra a exclusão de valores relativos a estornos, devoluções de cheques, operações de mútuo e transferências de valores do mesmo titular (fls. 2.337/2.345).

23. De pronto, afasta-se a alegação de nulidade, que nos termos no art. 59 do PAF, deve ser decretada quando se verifica ato ou decisão praticado por autoridade incompetente ou decisão com preterição do direito de defesa.

24. No caso, não havia surpresa alguma em relação aos depósitos que ensejaram o lançamento por presunção fiscal, que foram objeto de intimação durante o procedimento de fiscalização, conforme se verifica no Termo de Intimação Fiscal de 27.06.2011 (fls. 285/338) e no Termo de Reintimação Fiscal de 19.09.2011 (fls. 340/347), mas que, sobre os quais, o sujeito passivo não se manifestou.

25. Ou seja, desde antes do ato formal de lançamento, o sujeito passivo tinha plena e total conhecimento dos depósitos bancários não registrados em sua escrituração contábil, portanto, não há qualquer espaço para caracterização de cerceamento do direito de defesa.

26. A diligência determinada pela DRJ, com base no art. 18 do PAF, não teve o condão de agravar, inovar ou alterar a fundamentação legal da exigência, não obstante, o sujeito passivo foi intimado para se manifestar em 04.04.2013.

27. O sujeito passivo, diante da juntada dos extratos bancários, não teceu comentário algum sobre os mesmos que serviram de base para o lançamento, se restringindo a alegações genéricas, de cunho processual ou sobre regra matriz de incidência, conforme se verifica na peça protocolizada em 03.05.2013 (fls. 2.355/2.430).

c) Preliminar de nulidade do lançamento pela ausência de intimação dos depósitos bancários

28. A Recorrente defende ainda que o lançamento é nulo pois não houve intimação da recorrente para comprovação dos depósitos bancários, conforme preconizado no art. 42 da Lei nº

Fl. 11 da Resolução n.º 1301-001.184 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13888.723550/2011-75

9.430, de 1996.

29. Como referido, o sujeito passivo foi intimado e reintimado pessoalmente, na pessoa do seu procurador, Fábio Guardia Mendes, OAB/SP 152.328, sócio e integrante do escritório signatário das peças de impugnação e de recurso voluntário.

30. Dessa forma, se há algum prejuízo à Recorrente pelo não comparecimento ao processo para afastar eventual depósito bancário que serviu de base para o lançamento, esse fato deve ser tratado em outra esfera, entre a Recorrente e seus representantes, pois no presente processo administrativo de exigência não há qualquer justificativa sobre os créditos identificados pela Fiscalização.

31. Dessa forma, por ser falsa a afirmação de não intimação dos depósitos bancários, deve ser afastada a arguição de nulidade do lançamento.

d) Preliminar de nulidade do lançamento por quebra do sigilo bancário

32. A Recorrente defende que o lançamento é nulo pois violou garantias à liberdade, à intimidade e à privacidade, previstas no art. 5º, X, da Constituição Federal, em razão da quebra do sigilo bancário, cita o RE 389.808/PR.

33. O acesso do Fisco aos dados bancários, independente de prévia autorização judicial, foi dirimido pelo Supremo Tribunal Federal com o julgamento definitivo do RE nº 601.314 pelo STF, em 24.02.2016, com repercussão geral reconhecida, foi fixado o entendimento acerca da constitucionalidade da LC nº 105, de 2001:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01.

O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo.

Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer

Fl. 12 da Resolução n.º 1301-001.184 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13888.723550/2011-75

que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.

Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação o princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional.

Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o translado do dever de sigilosa esfera bancária para a fiscal”.

Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”.

Recurso extraordinário a que se nega provimento.

34. Dessa forma, não procede a alegação de sigilo bancário oponível ao Fisco, visto que não se está a falar de quebra de sigilo, isto é, tornar público algo que antes estava sob sigilo, mas transferência de sigilo, isto é, informações que antes estavam protegidas pelo sigilo bancário, ao serem transferidas ao Fisco, passa a ser protegidas pelo sigilo fiscal (art. 198 do CTN).

e) Preliminar de nulidade do lançamento em razão da não individualização das omissões e inclusão indevida das receitas declaradas

35. A Recorrente pugna, ainda, pela nulidade do lançamento, por cerceamento de defesa, em razão da não individualização das supostas omissões e pela inclusão indevida das receitas declaradas, como se omitidas fossem.

36. Como já abordado anteriormente, o sujeito passivo foi intimado e reintimado para justificar os depósitos bancários não contabilizados.

Fl. 13 da Resolução n.º 1301-001.184 - 1ª Seju/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13888.723550/2011-75

37. Além disso, o Termo de Constatação Fiscal (fls. 1.391/1.410) é didático ao discriminar todos os procedimentos executados para identificar as infrações:

37.1. A infração relativa a emissão de notas fiscais com valores diferentes entre as vias destinadas ao cliente e aquelas que serviram de base para escrituração, comumente denominada de nota fiscal calçada, no valor de R\$ 461.617,10, é a prática mais exemplificativa e grotesca de uma fraude tributária, cuja identificação pelo Fisco, dado o aperfeiçoamento das ferramentas de monitoramento e capacidades desenvolvidas, é extremamente fácil.

37.2. A segunda infração, presunção legal de omissão de receitas com base em depósitos bancários não justificados (art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996), no montante de R\$ 6.082.229,55, foi objeto de individualização durante o procedimento de fiscalização para que o contribuinte se manifestasse e constam consolidadas no referido Termo de Constatação Fiscal.

38. Quanto ao fato de inclusão indevida das receitas declaradas, como se omitidas fossem, ressalte-se que falta à Recorrente interesse recursal, pois a r. decisão determinou a dedução dos valores pagos a título do Simples Federal e Simples Nacional, conforme se verifica no seguinte excerto da decisão da DRJ:

Quanto à tributação dos valores já declarados pela autuada, tem-se que, sendo excluída do Simples Federal e Nacional, a contribuinte foi intimada a se manifestar se havia interesse na apuração dos tributos na forma do lucro real (para o período em que foi optante pelo Simples Federal) e do lucro real ou presumido (no período em que optou pelo Simples Nacional). Em resposta, afirmou que não iria se manifestar, uma vez que discordava das exclusões supracitadas, do Simples Federal e do Simples Nacional.

Diante desse fato e tendo em vista que a escrituração apresentada pela contribuinte não possuía informações acerca da sua movimentação financeira e bancária foi arbitrado o lucro, nos termos do art. 530, II, do RIR, de 1999.

Dispõe o art 532 daquele regulamento, que o lucro arbitrado das pessoas jurídicas, quando conhecida a receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 e seus parágrafos, acrescidos de 20%.

De acordo com esse dispositivo legal sempre que seja “conhecida a receita bruta” será esta utilizada na apuração do lucro arbitrado. Assim, o arbitramento deve ter por base a receita bruta declarada pela própria empresa mais a receita omitida apurada em procedimento de ofício.

Quanto aos recolhimentos efetuados pelo Simples Nacional, verifica-se que se referem a parcelas dos próprios tributos lançados e aos mesmos períodos de apuração autuados.

Fl. 14 da Resolução n.º 1301-001.184 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13888.723550/2011-75

É entendimento administrativo, externado na Solução de Consulta Interna nº 23, de 2006, que a autoridade fiscal deve considerar os valores de IRPJ e CSLL referentes ao período de apuração fiscalizado, apurados pelo sujeito passivo, mediante adoção de forma de tributação diversa daquela aplicada pela autoridade fiscal no curso da fiscalização, lançando apenas a diferença de imposto ou contribuição apurado. A referida SCI trata estes valores como dedução, e não como compensação, logo a regra é aplicável também ao SIMPLES Nacional.

Portanto, impõe-se a exclusão das parcelas de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins que integram os Darf recolhidos pelo Simples-Nacional, identificadas nos sistemas informatizados (Sief) para os períodos autuados.

39. Por essas razões, afasta-se também a preliminar de nulidade do lançamento em razão da não individualização das omissões e inclusão indevida das receitas declaradas.

f) Preliminar de mérito – decadência

40. Alega a Recorrente que estariam decaídos os créditos tributários relativos aos fatos geradores de janeiro a julho de 2007, por forçado art. 150, § 4º, do CTN, em razão de que a ciência do lançamento se deu em 28.08.2012.

41. A contagem do prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador se dá quando inexistente a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

42. No caso presente, está-se diante da mais clássicas das fraudes, a utilização de 16 notas calçadas no conjunto de clientes selecionados pela Fiscalização, conforme quadro abaixo extraído do Termo de Constatação Fiscal (TCF, fls. 1.391/1.410):

Fl. 15 da Resolução n.º 1301-001.184 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13888.723550/2011-75

NF	DATA/EMISSION	VALOR/EMISSION (R\$)	DATA	VALOR (R\$)	DIFERENÇA (R\$)
3422	26/11/06	31.801,40	03/01/07	31.801,40	0,00
3537		3.188,64	22/02/07	31.886,41	28.697,77
3592	01/03/07	3.184,88	22/03/07	31.848,85	28.663,97
3702	02/04/07	3.192,87	23/04/07	31.928,79	28.735,92
3759	02/05/07	3.183,84	22/05/07	31.838,40	28.654,56
3769	22/06/07	26.718,46	22/06/07	26.718,46	0,00
3823	22/07/07	31.908,28	22/07/07	31.908,28	0,00
3925	01/08/07	26.994,07	27/08/07	26.994,07	0,00
3985	28/08/07	3.198,83	24/09/07	31.938,32	28.739,49
4042	21/01/07	3.180,41	22/10/07	31.804,16	28.623,75
	22/11/07	32.090,09	22/11/07	32.090,09	0,00
TOTAL 2007				340.757,23	172.115,46
4219	28/12/07	3.194,99	22/01/08	31.949,99	28.755,00
4237	04/01/08	3.274,77	22/02/08	32.747,73	29.472,96
4292	04/02/08	3.192,65	29/02/08	31.926,56	28.733,91
4398	01/04/08	2.712,54	01/04/08	27.125,44	24.412,90
4411	07/04/08	2.721,52	02/05/08	27.721,52	25.000,00
4464	05/06/08	2.737,53	02/06/08	27.375,31	24.637,78
4527	02/07/08	2.717,81	22/07/08	27.178,11	24.460,30
4589	07/07/08	2.709,33	22/08/08	27.093,36	24.384,03
4654	06/08/08	2.709,34	22/09/08	27.093,48	24.384,14
4725	22/10/08	3.070,26	22/10/08	30.702,68	27.632,42
4869	10/11/08	3.069,80	22/12/08	30.698,00	27.628,20
TOTAL 2008				321.612,18	289.501,64
TOTAL PERÍODO				662.369,41	461.617,10

43. Além disso, a conduta de não escrituração e oferecimento à tributação era procedimento contumaz por parte da Recorrente, conforme se observa os dados relativos a não escrituração da movimentação bancária em todos os meses de 2007 e 2008, conforme TCF (fls. 1.391/1.410):

Fl. 16 da Resolução n.º 1301-001.184 - 1ª Seju/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13888.723550/2011-75

	TOTAL DEP. BANCÁRIOS	VALORES COMPROVADOS	VALORES NÃO IDENT.
JAN/2007	R\$ 440.923,73	R\$ 38.438,32	R\$ 402.485,41
FEV/2007	R\$ 494.505,84	R\$ 74.596,40	R\$ 419.909,44
MAR/2007	R\$ 546.670,88	R\$ 70.085,27	R\$ 476.585,61
ABR/2007	R\$ 393.986,39	R\$ 66.141,53	R\$ 327.844,86
MAI/2007	R\$ 486.196,60	R\$ 59.615,77	R\$ 426.580,83
JUN/2007	R\$ 559.555,34	R\$ 107.916,96	R\$ 451.638,38
JUL/2007	R\$ 642.809,69	R\$ 96.473,62	R\$ 546.336,07
AGO/2007	R\$ 616.539,97	R\$ 80.447,02	R\$ 536.092,95
SET/2007	R\$ 689.459,52	R\$ 111.371,89	R\$ 578.087,63
OUT/2007	R\$ 713.066,61	R\$ 82.828,28	R\$ 630.238,33
NOV/2007	R\$ 556.096,47	R\$ 51.861,57	R\$ 504.234,90
DEZ/2007	R\$ 483.188,09	R\$ 81.855,07	R\$ 401.333,02
JAN/2008	R\$ 1.001.334,93	R\$ 90.627,21	R\$ 910.707,72
FEV/2008	R\$ 433.265,55	R\$ 119.137,87	R\$ 314.127,68
MAR/2008	R\$ 467.889,30	R\$ 45.293,14	R\$ 422.596,16
ABR/2008	R\$ 438.809,91	R\$ 44.939,08	R\$ 393.870,83
MAI/2008	R\$ 494.951,74	R\$ 108.615,34	R\$ 386.336,40
JUN/2008	R\$ 450.112,55	R\$ 76.368,10	R\$ 373.744,45
JUL/2008	R\$ 456.306,13	R\$ 68.433,01	R\$ 387.873,12
AGO/2008	R\$ 437.126,53	R\$ 127.900,11	R\$ 309.226,42
SET/2008	R\$ 408.841,14	R\$ 79.178,82	R\$ 329.662,32
OUT/2008	R\$ 481.716,32	R\$ 124.318,98	R\$ 357.397,34
NOV/2008	R\$ 458.785,31	R\$ 19.268,45	R\$ 439.516,86
DEZ/2008	R\$ 553.090,14	R\$ 90.922,18	R\$ 462.167,96

44. Diante da existência de fraude e de dolo para obter a supressão de tributo, aplica-se a regra decadencial do art. 173, I, do CTN, ou seja, cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

45. Esse entendimento resta pacificado no âmbito do contencioso administrativo, com a edição da 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. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

g) Novos elementos de prova

46. Como relatado, a Recorrente compareceu ao processo (fls. 2.866/2.881), onde apresenta Laudo Pericial Contábil (fls. 2.882/2.901), que teve como escopo a reanálise da movimentação financeira nos anos-calendário 2007 e 2008.

47. O quadro a seguir, exemplifica as diferenças encontradas pela Fiscalização e pelo *expert* que elaborou o referido Laudo.

Fl. 17 da Resolução n.º 1301-001.184 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13888.723550/2011-75

Período	Receitas Auto Infração	Receitas SOPHUS	Variação
jan/07	R\$ 440.923,73	R\$ 480.107,33	R\$ 39.183,60
fev/07	R\$ 494.505,84	R\$ 394.956,84	-R\$ 99.549,00
mar/07	R\$ 546.670,88	R\$ 428.036,32	-R\$ 118.634,56
abr/07	R\$ 393.986,39	R\$ 397.621,45	R\$ 3.635,06
mai/07	R\$ 486.196,60	R\$ 445.027,91	-R\$ 41.168,69
jun/07	R\$ 559.555,34	R\$ 403.838,61	-R\$ 155.716,73
jul/07	R\$ 642.809,69	R\$ 411.150,85	-R\$ 231.658,84
ago/07	R\$ 616.539,97	R\$ 409.360,78	-R\$ 207.179,19
set/07	R\$ 689.459,52	R\$ 408.728,83	-R\$ 280.730,69
out/07	R\$ 713.066,61	R\$ 434.598,76	-R\$ 278.467,85
nov/07	R\$ 556.096,47	R\$ 352.431,30	-R\$ 203.665,17
dez/07	R\$ 483.188,09	R\$ 392.625,58	-R\$ 90.562,51
Total Ano 2007	R\$ 6.622.999,13	R\$ 4.958.484,56	-R\$ 1.664.514,57
jan/08	R\$ 1.001.334,93	R\$ 405.843,34	-R\$ 595.491,59
fev/08	R\$ 433.265,55	R\$ 398.100,93	-R\$ 35.164,62
mar/08	R\$ 467.889,30	R\$ 396.204,19	-R\$ 71.685,11
abr/08	R\$ 438.809,91	R\$ 396.498,62	-R\$ 42.311,29
mai/08	R\$ 494.951,74	R\$ 370.143,70	-R\$ 124.808,04
jun/08	R\$ 450.112,55	R\$ 407.777,48	-R\$ 42.335,07
jul/08	R\$ 456.306,13	R\$ 399.325,03	-R\$ 56.981,10
ago/08	R\$ 437.126,53	R\$ 403.167,31	-R\$ 33.959,22
set/08	R\$ 408.841,14	R\$ 391.179,29	-R\$ 17.661,85
out/08	R\$ 481.716,32	R\$ 406.467,61	-R\$ 75.248,71
nov/08	R\$ 458.785,31	R\$ 438.352,30	-R\$ 20.433,01
dez/08	R\$ 553.090,14	R\$ 419.929,49	-R\$ 133.160,65
Total Ano 2008	R\$ 6.082.229,55	R\$ 4.832.989,29	-R\$ 1.249.240,26
Total Período	R\$ 12.705.228,68	R\$ 9.791.473,85	-R\$ 2.913.754,83

48. Assim, em homenagem ao princípio da verdade material e da celeridade processual, aqui considerando a existência provável de processo de embargos à execução no âmbito judicial, proponho seja o presente julgamento convertido em diligência para que a unidade de jurisdição se manifeste sobre o Laudo Pericial acostado (fls. 2.882/2.901) para verificar, em última análise:

- a) A existência de parcelas que, por sua natureza, não deveriam constar como base de presunção de omissão de receitas, como exemplo: ingressos em razão de transferências de mesma titularidade, de empréstimos ou mútuos ou de reembolsos.
- b) Ratificar os procedimentos de exclusão dos valores declarados a título do Simples Nacional por ocasião do lançamento de ofício e da decisão de primeira instância, consignando de forma expressa qualquer divergência.

Fl. 18 da Resolução n.º 1301-001.184 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13888.723550/2011-75

- c) Elaborar Relatório Fiscal conclusivo.
- d) Após, dar ciência à Recorrente para que, em querendo, se manifeste no prazo de trinta dias (art. 35 do Decreto nº 7.574, de 2011).
- e) Após, com ou sem manifestação da Recorrente, retornem-se os autos ao CARF para prosseguimento do julgamento.

(documento assinado digitalmente)

Iágaro Jung Martins