



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

Processo n° 16045.000342/2010-23
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-002.486 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de setembro de 2018
Matéria SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES
Recorrente PATRÍCIA DENI FRANCO - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2007

NULIDADE. SIGILO BANCÁRIO.

A utilização de informações de movimentação financeira, obtidas regularmente pela autoridade fiscal, não caracteriza violação de sigilo bancário. Não procedem as arguições de nulidade, quando não se vislumbram nos autos quaisquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. MATÉRIAS NÃO IMPUGNADAS.

Uma vez não impugnadas, consolida-se, administrativamente, a exclusão do SIMPLES e as sujeições passivas solidárias.

PEDIDO DE PARCELAMENTO. LEI Nº 11.941/2009. CANCELAMENTO.

O pedido é ineficaz e cancelado, quando o sujeito passivo realiza sua adesão ao parcelamento, estabelecido na Lei nº 11.941/2009, mas não apresenta as informações necessárias à sua consolidação.

DECADÊNCIA. INÍCIO DO PRAZO.

O prazo decadencial das contribuições sociais (PIS, COFINS e contribuição previdenciária - INSS), quando não houver pagamento prévio, iniciará no mês subsequente ao fato gerador, conforme o art. 173, I, do CTN.

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. LUCRO ARBITRADO.

A Lei n.º 9.430, de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de receita com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o contribuinte titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. A ausência ou imprestabilidade da escrituração contábil e fiscal, conforme expressa previsão normativa, possibilita a constituição do crédito tributário mediante arbitramento do lucro.

AGRAVAMENTO DA MULTA DE OFÍCIO. REDUÇÃO.

Este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, mediante sua Súmula nº 96, uniformizou a jurisprudência no sentido de que "A falta de apresentação de livros e documentos da escrituração não justifica, por si só, o agravamento da multa de ofício, quando essa omissão motivou o arbitramento dos lucros." O atendimento dos termos de intimação fiscais, embora de modo insuficiente, exonera a imposição da multa agravada (112,50%).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

ESTER MARQUES LINS DE SOUSA - Presidente.

(assinado digitalmente)

RAFAEL GASPARELLO LIMA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa (presidente), Eva Maria Los, Luis Fabiano Alves Penteado, José Carlos de Assis Guimarães, Luis Henrique Marotti Toselli, Rafael Gasparello Lima, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar e Gisele Barra Bossa.

Relatório

O acórdão nº 10-54.559, proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre, julgou improcedente a impugnação administrativa, conforme se extrai da sua ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2007

EXCLUSÃO DO SIMPLES. SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. MATÉRIAS NÃO IMPUGNADAS.

Uma vez não impugnadas as matérias, consolida-se, administrativamente, a exclusão do SIMPLES e as sujeições passivas solidárias.

PEDIDO DE PARCELAMENTO LEI Nº 11.941/2009. CANCELAMENTO.

O sujeito passivo que aderiu ao parcelamento previsto na Lei nº 11.941/2009 e não apresentou as informações necessárias à sua consolidação teve o seu pedido de parcelamento cancelado.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2005 a 28/02/2006

INÍCIO DO PRAZO DECADENCIAL.

Para fins de cômputo do prazo de decadência, não tendo havido qualquer pagamento, aplica-se a regra do art. 173, I e parágrafo único do CTN.

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

AUTO DE INFRAÇÃO. OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA.

A não comprovação da origem dos valores depositados em conta bancária de titularidade do sujeito passivo, após regular intimação, autoriza a presunção de omissão de receita. A verificação de omissão de receitas constitui infração que autoriza a lavratura do competente auto de infração, para a constituição do crédito tributário. Dada a íntima relação de causa e efeito, aplicam-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2007

AUTO DE INFRAÇÃO. OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA. LUCRO ARBITRADO. LANÇAMENTOS DECORRENTES.

A não comprovação da origem dos valores depositados em conta bancária de titularidade do sujeito passivo, após regular intimação, autoriza a presunção de omissão de receita. A verificação de omissão de receitas constitui infração que autoriza a lavratura do competente auto de infração, para a constituição do crédito tributário. A falta de apresentação dos livros e documentos fiscais enseja o arbitramento do lucro. Dada a íntima relação de causa e efeito, aplicam-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Resumidamente, o acórdão recorrido narrou os fatos que proporcionaram a imposição fiscal:

O presente processo foi distribuído, em caráter eventual, para julgamento pela Sexta Turma desta DRJ, de acordo com a Portaria DRJ/POA nº 17, de 16 de março de 2015.

Dos Lançamentos Fiscais

A matéria sob litígio tem origem na fiscalização inaugurada em 01/04/2009 com a emissão do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF nº 0810800-2009- 00019-4, que culminou com a formalização de lançamento de ofício pertinente a fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2005 a 31/12/2005 na modalidade do Simples, de 01/01/2006 a 31/12/2007 na modalidade do lucro presumido e na exclusão da empresa do Simples, com efeitos a partir de 01/01/2006.

A origem da ação fiscal foi a comparação entre as informações obtidas das DCPMFs apresentadas pelas instituições financeiras e a receita bruta constante das Declarações Simplificadas da Pessoa Jurídica (anos-calendário de 2005 e 2006), na Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – Lucro Presumido (ano-calendário de 2007) e como Inativa no ano-calendário de 2008, todas no valor de R\$ 0,00. Também não recolheu IRPJ, CSLL, PIS e Cofins para os referidos anos-calendário. Já a movimentação bancária no ano-calendário de 2005 foi no valor de R\$ 7.815.023,74, revelando fortes indícios de omissão de receitas.

A fiscalização teve início em 01/04/2009 quando o sujeito passivo foi intimado a apresentar livros contábeis/fiscais, extratos de suas contas-correntes, de cadernetas de poupança, de investimentos e de outras movimentações financeiras relativas aos anos-calendário de 2005 a 2007. Intimado e reintimado, não se manifestou.

Após cinco meses da ciência do Termo de Início de Fiscalização e a não apresentação dos documentos solicitados, foi necessária e imprescindível a solicitação via RMF – Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira, de tais informações junto as instituições financeiras.

Intimado a comprovar, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, a origem e o oferecimento à tributação dos créditos em suas contas-correntes, o Fiscalizado entregou somente cópia de uma solicitação encaminhada ao Banco ABN Real sobre o significado do termo “liberação garantida” e “Lib Desc chq 434532582”.

Em data posterior à ciência do Termo de Início de Fiscalização (12/06/2009) é solicitada a baixa do CNPJ, o que importou na responsabilidade solidária da titular da empresa, Sra. Patrícia Deni Franco, CPF 103.461.078-30.

Em face dos indícios levantados foi feita uma análise específica dos créditos constantes dos extratos bancários relativos às contas-correntes de titularidade do Fiscalizado. Nessa análise foram eliminados os valores relativos a transferências entre suas contas-correntes, resgates de aplicações e poupanças, cheques devolvidos cujo depósito pode ser identificado, estorno de débitos e todos os outros créditos cuja origem também pode ser

identificada sem a apresentação de novos documentos por parte do Fiscalizado, resultando no valor de R\$ 5.524.965,84 como omissão de receita no ano-calendário de 2005.

Pela não apresentação de esclarecimentos e documentos solicitados nos Termos de Início de Fiscalização e de Reintimação, ou qualquer justificativa para não entrega, assim como sobre os créditos em suas contas-correntes, o que é considerado embaraço à fiscalização, as multas correspondentes às infrações foram agravadas de 75% para 112,50%, de acordo com o art. 44, I, parágrafo 2º da Lei nº 9.430/1996.

O lançamento de ofício relativo ao ano-calendário de 2005 está consubstanciado nos autos de infração – Simples: Imposto de Renda Pessoa Jurídica, no valor

de R\$ 112.714,03; Contribuição para o PIS/Pasep, no valor de R\$ 112.714,03; Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, no valor de R\$ 176.767,73; Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, no valor de R\$ 353.535,76; e Contribuição para Seguridade Social – INSS, no valor de R\$ 752.370,06, apurando o crédito tributário total no valor de R\$ 1.508.101,61 (um milhão, quinhentos e oito mil, cento e um reais e sessenta e um centavos), aí incluído o principal, multa de 112,50% e juros de mora calculados até 31/08/2010.

Em 21/09/2010 a Sra Patrícia Deni Franco é cientificada, via postal, do Termo de Sujeição Passiva Solidária (fls. 607). O sujeito passivo foi cientificado do Auto de Infração em 13/10/2010, conforme fls. 611.

Como a receita bruta total auferida pela pessoa jurídica em 2005 foi de R\$ 5.524.965,84, ultrapassando o limite de receita para permanência no Simples naquele ano, que era de R\$ 1.200.000,00, de acordo com o art. 9º, II da lei nº 9.317/1996, foi editado o Ato Declaratório Executivo Nº 52, de 29/10/2010 de exclusão da empresa do Simples, com efeitos a partir de 01/01/2006 (fls. 621). O ADE de exclusão foi publicado no DOU – Seção 1 em 01/11/2010 (fls. 624).

Em 29/11/2010 foi lavrado o Termo de Constatação Fiscal (fls. 640/641), com ciência ao sujeito passivo em 02/12/2010 (fls. 663) onde consta que a empresa, excluída do Simples a partir de 01/01/2006, não entregou as DCTFs para os anos-calendário de 2006 e 2007. Intimada e reintimada durante a fiscalização, também não apresentou qualquer documento ou livro contábil/fiscal, não podendo ser apurado o lucro real para estes anos-calendário, sendo necessário o arbitramento do lucro. Neste mesmo Termo o contribuinte é intimado a apresentar os livros fiscais solicitados no início da ação fiscal, e a comprovar a origem dos valores creditados/depositados nas contas-correntes do sócio responsável e de seus dependentes, conforme relação em anexo e, para os valores cuja origem seja apresentada comprovação, o sujeito passivo deveria demonstrar que haviam sido regularmente tributados e/ou que não estavam sujeitos a tributação.

Em 15/01/2011 a empresa é cientificada novamente do Termo de Constatação Fiscal e reintimada a apresentar os livros fiscais, mas não manifestou-se.

Tendo em vista ter ficado caracterizada omissão de rendimentos em virtude dos depósitos bancários, foram lavrados os seguintes autos de infração na modalidade do lucro arbitrado, relativos aos anos-calendário de 2006 e 2007: Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), no valor de R\$ 90.498,29; Contribuição para o PIS/Pasep, no valor de R\$ 41.028,49; Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) no valor de R\$ 189.364,28 e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), no valor de R\$ 67.873,67, apurando o crédito tributário total no valor de R\$ 388.764,73 (trezentos e oitenta e oito mil, setecentos e sessenta e quatro reais e setenta e três centavos), aí incluído o principal, multa proporcional e juros de mora calculados até 31/01/2011. O sujeito passivo teve ciência pessoal destes autos de infração em 28/02/2011 (fls. 772).

A Fiscalização constatou que no endereço da pessoa jurídica se encontrava em pleno funcionamento o supermercado “Mercadinho Borba da Mata – ME”, CNPJ 00.258.948/0001-41, explorando a mesma atividade comercial da “Patrícia Deni Franco ME”, que se encontra na situação cadastral “baixada” desde 12/06/2009. Já o “Mercadinho Borba da Mata – ME” se encontra no endereço da fiscalizada desde 14/08/2002 e constou em seu quadro societário Patrícia Deni Franco, no período de 11/04/2006 a 10/01/2008, com 99,95% de participação. Desta forma, consta do Relatório Fiscal que ficou caracterizada a sujeição passiva solidária do “Mercadinho Borba da Mata – ME”, nos termos do art. 133 da Lei nº 5.172/1996, com relação ao Auto de Infração do Lucro Arbitrado. Em 11/03/2011 o “Mercadinho Borda da Mata Ltda – ME” tem ciência do Termo de Sujeição Passiva Solidária.

Das impugnações

Somente a empresa “Patrícia Deni Franco – ME” apresenta suas impugnações. Em 12/11/2010 ela apresenta sua impugnação (fls. 627/637) em relação aos Autos de Infração do ano-calendário de 2005, alegando em síntese:

1- em 30/11/2009, anteriormente à autuação, fez o pedido de inclusão da totalidade de seus débitos no parcelamento da Lei nº 11.941/2009. Tal parcelamento foi deferido em 14/06/2010 e então deu-se a inclusão da totalidade de seus débitos inscritos e não inscritos;

2- relativamente ao ano-calendário de 2005 deveriam ser excluídos do cálculo apresentado no Auto de Infração, todos os débitos inclusos no parcelamento, considerando que o Agente Fiscal partiu do valor “zero” informado, e posteriormente retificado pelo Impugnante;

3- de acordo com o que diz o artigo 1º, parágrafo 1º da Lei nº 11.941/2009, incluiu no parcelamento os créditos ainda não constituídos, ora cobrados no Auto de Infração;

4- com relação aos valores de depósitos em conta corrente, alega que foram consideradas diversas operações que não podem ser consideradas como receita tributável, tais como crédito por devolução de mercadoria adquirida, vendas do ativo imobilizado e transferências entre contas bancárias; e

5- discorre sobre o lançamento por homologação e que o prazo para o fisco homologar o pagamento efetuado é o previsto no parágrafo 4º do art. 150 do CTN.

Conclui que é nulo o crédito tributário constituído quanto aos fatos geradores do PIS, da Cofins e do ISS ocorridos há mais de cinco anos antes de sua constituição, ou seja, os períodos de 01/2005 a 08/2005 estão alcançados pela decadência.

Ao final requer seja acatado todo o alegado, declarando-se a nulidade do MPF, e no mérito, julgado totalmente procedente a impugnação com o conseqüente arquivamento dos Autos de Infração e Lançamento de ofício.

Com relação aos Autos de Infração relativos aos anos-calendário de 2006/2007, apresenta impugnação em 30/03/2011 (fls. 797/806), sustentando que:

1- o total dos depósitos dos anos-calendário de 2005 a 2007, de acordo com o declarado no item 2.1 dos AIIM's é de R\$ 5.524.965,84. O auto de infração anteriormente lavrado teve como base este valor;

2- mesmo assim, anteriormente à autuação, em 30/11/2009 fez o pedido de inclusão da totalidade de seus débitos no parcelamento da Lei nº 11.941/2009;

3- discorre sobre o parcelamento da Lei nº 11.941/2009. Alega que o valor autuado encontra-se completamente equivocado, pois não foi considerado e, conseqüentemente não foram descontados os valores inclusos no referido parcelamento;

4- cita operações em conta-corrente cuja origem não é receita tributável: crédito por devolução de mercadoria adquirida, vendas de ativo imobilizado, transferências entre contas bancárias e créditos comerciais concedidos por fornecedores;

5- discorre novamente sobre o lançamento por homologação;

6- no momento da autuação não havia qualquer fato que certificasse como exato os valores autuados, uma vez que foram pressupostos, de forma equivocada, os fatos geradores dos impostos; e

7- trata da decadência, refere-se ao parágrafo 4º do art. 150 do CTN, concluindo que o prazo, após o qual se considera realizado tacitamente o lançamento por homologação, tem natureza decadencial, pois ele implica a perda do direito de a autoridade administrativa efetuar o lançamento de ofício. Desta forma, é nulo o crédito tributário constituído quanto aos fatos geradores do IRPJ, PIS, COFINS e CSLL ocorridos há mais de cinco anos

antes de sua constituição, ou seja, dos períodos autuados de 01/2006 e 02/2006, pois alcançados pela decadência.

Ao final requer seja acatado todo o alegado, declarando-se a nulidade do MPF, e no mérito, julgado totalmente procedente a impugnação com o conseqüente arquivamento dos Autos de Infração e Lançamento de ofício.

A contribuinte interpôs seu Recurso voluntário, reiterando os mesmos argumentos da impugnação administrativa, sem qualquer nova prova que infirmasse o crédito tributário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Gasparello Lima, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo, havendo os demais pressupostos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

I. NULIDADE DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO

O acórdão recorrido confirmou a exigência tributária, explicitando a inexistência de qualquer nulidade do lançamento de ofício.

Igualmente, não vislumbro quaisquer das hipóteses dos artigos 59 e 60 do Decreto nº 70.235/1972¹, ratificando a ausência de nulidade e prevalecendo a validade da constituição do crédito tributário, tal como formalizado.

Por sua vez, não é nula a exigência consubstanciada em informações financeiras do contribuinte, obtidas pela Receita Federal do Brasil sem prévia autorização judicial.

Atualmente, a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, uniformizada pelo acórdão prolatado no Recurso Extraordinário (RE) nº 601.314/SP, com efeito da repercussão geral estabelecida no artigo 543-B do Código de Processo Civil vigente à época, possibilitou o acesso da movimentação financeira do sujeito passivo durante o procedimento fiscal:

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL.
DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO.*

¹ “Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio”

DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO 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.

1. 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.

2. 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 que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.

3. 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.

4. 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 traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do 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.

6. 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 traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”.

7. 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”.

8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

O artigo 145, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, consagra o princípio da capacidade contributiva, orientando que *"sempre que possível os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte."*

A autoridade administrativa é competente para exigir informações financeiras do contribuinte, mediante intimação escrita, consoante o artigo 197 do Código Tributário Nacional:

"Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

(...)

II – os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;"

A Lei Complementar nº 105/2001 autorizou a requisição de informações pela autoridade fiscal diretamente nas instituições financeiras, ressaltando que não configuraria violação ao dever de sigilo:

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

(...)

§3º Não constitui violação do dever de sigilo:

(...)

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

(...)

§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.

(...)

§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.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Este instrumento eficaz de fiscalização foi regulamentado pela Lei nº 10.174/2001 e pelo Decreto nº 3.724/2001, com validade constitucional reconhecida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), mediante sua **Súmula nº 2**, delimita que "*não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*".

II. DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA LITIGIOSA

O acórdão recorrido delimitou a controvérsia do presente litígio, explicitando que não foi impugnada a exclusão do regime simplificado, nem a imposição da responsabilidade solidária:

1- Limites do litígio

Inicialmente, é necessário estabelecer os limites do litígio instaurado, que devem conduzir o presente julgamento.

Neste sentido, há que se esclarecer que, a teor do disposto no art. 17 do Decreto nº 70.235/1972 (PAF), o julgamento do mérito da lide deve recair apenas sobre a matéria expressamente impugnada:

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pelo art. 67 da Lei n.º 9.532/1997).

Ainda, de acordo com os artigos 15 e 16 do mesmo diploma legal, a impugnação, que deve ser formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, deve ser apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que ocorreu a intimação relativa à exigência. É o momento processual para a apresentação dos motivos de fato e de direito em que se fundamenta a defesa, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir, sob pena de preclusão.

Na análise dos autos, constata-se que o sujeito passivo foi cientificado sobre a exclusão do Simples - Ato Declaratório Executivo N° 52 de 29/10/2010 com efeitos a partir de 01/01/2006, no entanto, não apresentou qualquer manifestação tempestiva.

Assim, a exclusão do Simples, por tratar-se de matéria não impugnada, torna-se definitiva.

A Sra Patrícia Deni Franco foi cientificada, via postal, do Termo de Sujeição Passiva Solidária (fls. 607) com relação ao Auto de Infração lavrado em 10/09/2010 – Simples (AC 2005). Já o “Mercadinho Borda da Mata Ltda – ME” teve ciência do Termo de Sujeição Passiva Solidária em 11/03/2011, relativamente aos autos de infração dos anos-calendário de 2006 e 2007. Nenhum dos dois apresentou defesa no processo, tornando-se definitiva a sujeição passiva dos mesmos.

Prestados estes esclarecimentos, apreciam-se, a seguir, apenas as questões suscitadas tempestivamente pelo impugnante.

Concordo com posicionamento acima, não havendo a impugnação das referidas matérias, igualmente, neste presente recurso.

III. DECADÊNCIA

O acórdão recorrido inadmitiu a decadência na constituição do crédito tributário, mediante a seguinte exposição, não havendo o lançamento de ofício extemporâneo:

5 – Do lançamento por homologação

Com relação ao auto de infração do Simples, alega ser nulo o crédito tributário constituído quanto aos fatos geradores do PIS, da Cofins e do ISS ocorridos há mais de cinco anos antes de sua constituição, de acordo com o previsto no parágrafo 4º do art. 150 do CTN. Sendo assim, estariam alcançados pela decadência os períodos de 01/2005 a 08/2005.

Diz também ser nulo o crédito tributário constituído quanto aos fatos geradores do IRPJ, PIS, COFINS e CSLL ocorridos há mais de cinco anos antes de sua constituição, ou seja, dos períodos autuados de 01/2006 e 02/2006, pois alcançados pela decadência.

Analisemos esta situação.

Em primeiro lugar, o contribuinte apresentou declarações de imposto de renda zeradas para os anos-calendário fiscalizados, não entregou os livros fiscais e documentos solicitados na ação fiscal e não fez nenhum recolhimento de tributos/contribuições.

O impugnante apresenta argumentos acerca da decadência do direito do fisco constituir os créditos tributários lançados, nos termos do artigo 150, parágrafo 4º do CTN.

O prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário é aquele previsto no Código Tributário Nacional - CTN. Em havendo pagamento antecipado do tributo, aplica-se o prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador (artigo 150, § 4º do CTN); inexistente referido pagamento, ou nos casos de dolo, fraude ou simulação, aplica-se o prazo de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (artigo 173, inciso I do CTN).

Do Relatório Fiscal extrai-se que inexistente pagamento a título de Simples relativo ao período de janeiro/2005 a dezembro/2006, quando encontrava-se neste regime de tributação, e nem a título de lucro presumido, de janeiro/2007 a dezembro/2007, o que leva à aplicação do art. 173, I do CTN para o cômputo do prazo decadencial.

Consoante o disposto no inciso I do art. 173 do CTN, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e, consoante o parágrafo único do mesmo artigo, extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Com relação ao Auto de Infração – ano-calendário 2005, a ação fiscal iniciou-se em 01/04/2009 e a ciência do mesmo ocorreu em 13/10/2010. Como não houve nenhum pagamento, o prazo decadencial de acordo com o inciso I do art. 173 acima, iniciou-se em 01/01/2006, com término em 31/12/2010. A ciência tendo ocorrido em 13/10/2010, não ocorreu a decadência.

Com relação ao Auto de Infração – anos-calendário 2006 e 2007, não tendo havido nenhum pagamento, e aplicando-se o parágrafo único do mesmo diploma legal, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se em cinco anos contados da data em que tenha iniciado a constituição do crédito tributário pela notificação de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. Neste caso, em 01/04/2009, com o início da ação fiscal, extinguiu-se a decadência.

Assim, não ocorreu a decadência em relação à obrigação principal.

Contudo, quanto à contribuições sociais de apuração mensal (PIS, COFINS e INSS), nota-se a decadência do período de **janeiro a setembro do ano-calendário de 2005**, uma vez que a contribuinte foi cientificada do lançamento de ofício em **13 de outubro de 2010**.

IV. MULTA AGRAVADA

Este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, mediante sua **Súmula nº 96**, uniformizou que *"A falta de apresentação de livros e documentos da escrituração não justifica, por si só, o agravamento da multa de ofício, quando essa omissão motivou o arbitramento dos lucros."*

Embora atendendo os termos de intimação fiscais de modo insuficiente, opino que não impõe a multa agravada (112,50%), como exemplo, aderindo à mesma interpretação do acórdão nº 2401-005.503, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento:

O Recorrente se insurge contra o agravamento da multa, eis que a falta de apresentação de esclarecimentos que ensejou o agravamento da penalidade não partiu do contribuinte, mais sim das instituições financeiras e das dificuldades para a análise individualizada e obtenção de documentos comprobatórios.

Com efeito, verifica-se que o agravamento previsto no § 2º, inciso I, do art. 44 da Lei nº 9.430/96, somente deve ser aplicado nos casos em que o contribuinte efetivamente deixar de atender à intimação do Fiscal para prestar esclarecimentos, o que pressupõe total descaso às intimações da autoridade fiscal.

No caso em que o contribuinte apresenta resposta, embora incompleta ou diferente da esperada pela fiscalização, entendo inaplicável o agravamento, até porque não teve qualquer prejuízo à fiscalização.

Logo, admissível a redução da multa agravada de 112,50% para multa de ofício de 75%.

V. PARCELAMENTO E OMISSÃO DE RECEITA

Ressalvando que inexistiram novos argumentos ou provas, quando da interposição do recurso voluntário, endosso o acórdão recorrido sobre o pedido de parcelamento ineficaz e a omissão da receita, citando a seguir suas razões:

2- Do Pedido de Parcelamento

O contribuinte alega que em 30/11/2009, anteriormente à autuação, fez o pedido de inclusão da totalidade de seus débitos no parcelamento da Lei nº 11.941/2009. Tal parcelamento foi deferido em 14/06/2010 com a inclusão da totalidade de seus débitos inscritos e não inscritos. Afirma que os valores parcelados não foram descontados no lançamento fiscal.

Estava previsto na Lei nº 11.941/2009 que o contribuinte que estivesse em procedimento fiscal iniciado até 30/11/2009 e ainda não encerrado deveria prestar informações relativas aos respectivos débitos, independentemente de estar ou não obrigada

à entrega de declaração específica, conforme o disposto no art. 4º da Instrução Normativa nº 968/2009.

Estas informações deveriam ser prestadas na forma e no prazo de que trata o art. 15 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 06/2009, que assim dispõe:

Art. 15. Após a formalização do requerimento de adesão aos parcelamentos, será divulgado, por meio de ato conjunto e nos sítios da PGFN e da RFB na Internet, o prazo para que o sujeito passivo apresente as informações necessárias à consolidação do parcelamento.

§ 1º Somente poderá ser realizada a consolidação dos débitos do sujeito passivo que tiver cumprido as seguintes condições:

I - efetuado o pagamento da 1ª (primeira) prestação até o último dia útil do mês do requerimento; e

II - efetuado o pagamento de todas as prestações previstas no § 1º do art. 3º e no § 10 do art. 9º. (Redação dada pela Portaria PGFN/RFB nº 2, de 3 de fevereiro de 2011)

§ 2º No momento da consolidação, o sujeito passivo que aderiu aos parcelamentos previstos nesta Portaria deverá indicar os débitos a serem parcelados, o número de prestações e os montantes de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL a serem utilizados para liquidação de valores correspondentes a multas, de mora ou de ofício, e a juros moratórios.

§ 3º O sujeito passivo que aderiu aos parcelamentos previstos nesta Portaria que não apresentar as informações necessárias à consolidação, no prazo estipulado em ato conjunto referido no caput, terá o pedido de parcelamento cancelado, sem o restabelecimento dos parcelamentos rescindidos, em decorrência do requerimento efetuado.

Consultando os sistemas da Receita Federal verifiquei que o contribuinte solicitou parcelamento da Lei nº 11.941/2009 relativamente a débitos na RFB – art. 1º, débitos previdenciários – art. 1º e débitos na PGFN – art. 1º, porém todos foram cancelados pela não apresentação de informações de consolidação, conforme parágrafo 3º do art. 15 da Portaria

Conjunta PGFN/RFB nº 6/2009 acima transcrito. Anexei aos autos tela da consulta.

Assim, os débitos em exigência neste processo - apurados pela fiscalização, não foram incluídos em parcelamento, não havendo que se falar em valores a deduzir conforme postulado pelo impugnante.

3- Do Auto de Infração – Ano Calendário 2005

Um dos pontos da defesa é a alegação de que foram consideradas diversas operações que não comporiam sua receita

tributável, tais como crédito por devolução de mercadoria adquirida, vendas do ativo imobilizado e transferências entre contas bancárias.

O contribuinte não apresenta, para as operações citadas, a documentação legal exigida nem tampouco apresentou sua escrituração contábil e fiscal que evidencias-se adequadamente estas situações.

Assim sendo, para corroborar a argumentação do Impugnante de que parte de sua movimentação financeira, detectada nas contas correntes de sua titularidade, teria tido por origem operações não tributadas, bastaria que a empresa tivesse apresentado a respectiva comprovação, em valores correspondentes aos depósitos consignados nos extratos das contas correntes.

A partir de 01/01/1997, com a edição da Lei nº 9.430/1996, art. 42, a existência dos depósitos bancários, cuja origem não seja comprovada, foi erigida à condição de presunção legal de omissão de receita, aplicável também na sistemática do Simples, na medida em que o contribuinte é obrigado a manter minimamente Livro Caixa, e a ele incorporar toda a movimentação bancária, observando também a guarda dos documentos e demais papéis que serviram de base para sua escrituração. Desta forma, passou a ocorrer a inversão do ônus da prova, cabendo ao sujeito passivo da relação jurídica provar que a prática do fato que lhe está sendo imputado não corresponde à realidade.

No presente caso, conforme consta dos autos e acima relatado, a Autoridade Fiscal intimou o contribuinte a comprovar a origem dos valores depositados em suas contas bancárias, relacionando-os, mas poucas informações foram dadas pelo sujeito passivo.

Diante das poucas informações apresentadas pelo contribuinte, e da falta de apresentação de documentos que comprovassem sua movimentação bancária, o Auditor-Fiscal efetuou o lançamento dos Autos de Infração em discussão, cumprindo com as obrigações impostas pela legislação pertinente.

Como visto, a presente impugnação contém argumentos sem qualquer lastro probatório, arguições destituídas de elementos que tenham o condão de se valer e impor a invalidade do auto de infração. Assinale-se que aos contribuintes cabe proceder em

consonância com as normas que regem a matéria, a legislação tributária, alicerçados em documentos idôneos e hábeis, que deverão, quando requisitados, ser entregues à fiscalização, para o cumprimento de seu mister legal.

Desta forma, correto o lançamento referente ao ano-calendário de 2005, na modalidade do Simples.

4- Do Auto de Infração – Ano Calendário 2006 e 2007

O sujeito passivo sustenta que o total dos depósitos dos anos-calendário de 2005 a 2007, de acordo com o declarado no item

2.1 dos AIIM's é de R\$ 5.524.965,84, e que o auto de infração relativo ao AC 2005 teve como base este valor. Não tem razão o contribuinte.

Na descrição dos fatos e enquadramento legal – folha de continuação dos autos de infração – Simples, consta que em 2005, os créditos nas contas bancárias do fiscalizado totalizaram R\$ 5.524.965,84. Este foi o valor utilizado como receita bruta acumulada da empresa para aquele ano-calendário. Já para 2006 e 2007, conforme fls. 697 dos autos, o crédito em conta corrente de origem não comprovada foi de R\$ 995.153,82 e R\$ 1.769.031,17 respectivamente.

Cita o sujeito passivo novamente operações em conta-corrente cuja origem não seria receita tributável: crédito por devolução de mercadoria adquirida, vendas de ativo imobilizado, transferências entre contas bancárias e créditos comerciais concedidos por fornecedores, porém não comprova suas alegações, devendo as mesmas serem desconsideradas.

Desta forma, correto o lançamento relativo aos anos-calendário de 2006 e 2007 na modalidade do lucro arbitrado.

Conclusão

Com base na análise acima e em tudo que do processo consta, voto pela improcedência da impugnação, mantendo integralmente os valores dos créditos tributários lançados.

Outrossim, não há elementos suficientes para inverter o ônus da prova que é própria da Recorrente, nem qualquer esclarecimento sobre as receitas omitidas.

A presunção relativa de omissão de receita é impugnável pela Recorrente, porém, necessário documentos hábeis e idôneos que evidenciem o contrário, segundo o artigo 42 da Lei nº 9.430/1996:

*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.

O artigo 923 do Regulamento do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (RIR/1999), aprovado pelo Decreto nº 3.000/1999, reafirma que "a escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte

dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais."

A presunção *juris tantum* foi estabelecida em norma vigente, invertendo o ônus de prova quanto à omissão de receitas para a contribuinte. O atual Código de Processo Civil, subsidiariamente, aplicável ao processo administrativo tributário, prevê tal hipótese no seu artigo 374:

"Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

(...)

IV— em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade."

Portanto, a presunção normativa não infringe qualquer garantia constitucional da Recorrente.

Isto posto, voto pelo conhecimento do recurso voluntário, **DANDO PARCIAL PROVIMENTO**, reconhecendo a decadência das contribuições sociais (PIS, COFINS e INSS) do período de janeiro a setembro do ano-calendário de 2005, assim como reduzindo a multa agravada para multa de ofício de 75%.

(assinado digitalmente)

Rafael Gasparello Lima - Relator