



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

Processo n° 17698.000047/2009-11
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1803-002.201 – 3ª Turma Especial
Sessão de 08 de maio de 2014
Matéria SIMPLES
Recorrente S M FELIPPE & CIA LTDA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2006

NULIDADE. DEVER DE CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO PELO LANÇAMENTO.

No caso de o enfrentamento das questões na peça de defesa denotar perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram o procedimento não há que se falar em nulidade do ato em litígio.

Cabe ao Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, na atribuição do exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil em caráter privativo, no caso de verificação do ilícito, constituir o crédito tributário, cuja atribuição é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

O MPF é ato *interna corporis* de controle interno e eventuais vícios são consideradas meras irregularidades, que não têm efeito de contaminar de nulidade o crédito constituído pelo lançamento de ofício.

PRODUÇÃO DE PROVAS. ASPECTO TEMPORAL.

A peça de defesa deve ser formalizada por escrito incluindo todas as teses de defesa e instruída com os todos os documentos em que se fundamentar, sob pena de preclusão, ressalvadas as exceções legais.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA.

A pessoa jurídica fica sujeita à presunção legal de omissão de receita caracterizada pelos valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o

titular regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Havendo previsão legal e procedimento administrativo instaurado, a prestação, por parte das instituições financeiras, de informações solicitadas pelo órgão fiscal tributário não constitui quebra do sigilo bancário, mas de mera transferência de dados protegidos às autoridades obrigadas a mantê-los no âmbito do sigilo fiscal.

SIMPLES. CAUSA EXCLUDENTE.

A legislação prevê a exclusão do Simples no caso de a pessoa jurídica auferir receita bruta superior ao limite legal no ano-calendário. No caso da pessoa jurídica que ultrapasse o limite da receita bruta no ano-calendário de 2005a exclusão do Simples nessa condição surte efeito a partir do ano-calendário subsequente, ou seja a partir de 01.01.2006.

JUROS DE MORA.

Tem cabimento a incidência de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Selic sobre débitos tributários não pagos nos prazos legais.

MULTA DE OFÍCIO PROPORCIONAL.

A multa de ofício proporcional é uma penalidade pecuniária aplicada em razão de inadimplemento de obrigações tributárias apuradas em lançamento direto com a comprovação da conduta culposa.

DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA.

Somente devem ser observados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para os quais a lei atribua eficácia normativa.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

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

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

Os lançamentos de PIS, de CSLL, de COFINS e de INSS sendo decorrentes das mesmas infrações tributárias, a relação de causalidade que os informa leva a que os resultados dos julgamentos destes feitos acompanhem aqueles que foram dados à exigência de IRPJ.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Redatora Designada Ad Hoc e Presidente

Composição do colegiado. Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Walter Adolfo Maresch, Meigan Sack Rodrigues, Sérgio Rodrigues Mendes, Victor Humberto da Silva Maizman, Artur José André Neto e Carmen Ferreira Saraiva.

Relatório

Autos de Infração

I - Contra a Recorrente acima identificada foi lavrado o Auto de Infração às fls. 242-256, com a exigência do crédito tributário no valor de R\$59.322,17, a título de Imposto Sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), juros de mora e multa de ofício proporcional, apurado no regime tributário do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), referente ao período de janeiro a dezembro do ano-calendário de 2005.

Consta na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal:

001 - OMISSÃO DE RECEITAS DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS / RECEITAS NÃO ESCRITURADAS

DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS/RECEITAS NÃO ESCRITURADAS; [...]

Valor apurado conforme Relatório de Verificação Fiscal em anexo.

Art. 24 da Lei nº 9.249/95; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "a", 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317/96; art. 42 da Lei nº 9.430/96.; Art. 3º da Lei nº 9.732/98.; Arts. 186, 188 e 199, do RIR/99. [...]

Em decorrência de serem os mesmos elementos de provas indispensáveis à comprovação dos fatos ilícitos tributários foram constituídos os seguintes créditos tributários pelos lançamentos formalizados neste processo:

II - O Auto de Infração às fls. 257-263 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$59.322,17 a título de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), juros de mora e multa de ofício proporcional.

Consta na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal:

001 - OMISSÃO DE RECEITAS DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS / RECEITAS NÃO ESCRITURADAS

DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS/RECEITAS NÃO ESCRITURADAS; [...]

Art. 3º, alínea "b" da Lei Complementar nº 7/70 c/c art. 1º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 17/73 e arts. 2º, inciso I, 3º e 9º, da Medida Provisória nº 1.249/95 e suas reedições; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "b", 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317/96; Art. 3º da Lei nº 9.732/98. [...]

III – O Auto de Infração às fls. 264-270 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$97.922,38 a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), juros de mora e multa de ofício proporcional qualificada.

Consta na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal:

001 - OMISSÃO DE RECEITAS DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS / RECEITAS NÃO ESCRITURADAS

DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS/RECEITAS NÃO ESCRITURADAS; [...]

Art. 1º da Lei nº 7.689/88; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "c", 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317/96. Art. 3º da Lei nº 9.732/98.

IV – O Auto de Infração às fls. 271-277 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$195.844,83 a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), juros de mora e multa de ofício proporcional.

Consta na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal:

001 - OMISSÃO DE RECEITAS DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS / RECEITAS NÃO ESCRITURADAS

DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS/RECEITAS NÃO ESCRITURADAS; [...]

Arts. 1º e 2º da Lei Complementar nº 70/91; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "d", 5º, 7º, § 1º, e 18 da Lei nº 9.317/96. Art. 3º da Lei nº 9.732/98.

V - O Auto de Infração às fls. 278-284 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$390.432,82 a título de Contribuição para a Seguridade Social (INSS), juros de mora e multa de ofício proporcional.

Consta na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal:

001 - OMISSÃO DE RECEITAS DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS / RECEITAS NÃO ESCRITURADAS

DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS/RECEITAS NÃO ESCRITURADAS; [...]

Arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "f", 5º, 7º, § 1º, e 18, da Lei nº 9.317/96. Art. 3º da Lei nº 9.732/98.

Exclusão do Simples

A Recorrente optante pelo Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/Pelotas/RS nº 19, de 13.08.2009, fl. 344, com efeitos a partir de 01.01.2006:

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM PELOTAS, no uso das atribuições conferidas pelo artigo 280, inciso II, do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 125, de 04 de

março de 2009, publicada no DOU de 06/03/2009, combinado com o art. 15, parágrafo 3º, da Lei 9.317, de 05/12/96 (acrescentado pelo art. 3º da Lei 9.732, de 11/12/98), DECLARA:

Art. 1º Fica excluída da sistemática de pagamento de impostos e contribuições federais denominada SIMPLES, a partir de 01/01/2006, a pessoa jurídica S M FELIPPE, CNPJ nº 00.138.612/0001-45, com estabelecimento matriz localizado à rua Onze nº 196, Barra - Quarta Seção Barra, no Município de Rio Grande (RS), por ter ultrapassado os limites de receita bruta no ano-calendário de 2005, de acordo com o disposto nos artigos 9º, inciso II, 12, 14, inciso I, e 15, inciso IV, da Lei 9.317/96, bem como nos artigos 20, inciso 11, 21, 23, inciso 1, e 24, inciso IV, da Instrução Normativa SRF nº 355, de 29/08/2003, conforme apurado no Processo Administrativo nº 17698.000047/2009-11.

Art. 2º Os eleitos da exclusão obedecem ao disposto no art. 15 da Lei nº 9.317/96, sujeitando-se a pessoa jurídica excluída, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, em conformidade com o previsto no art. 16 da citada Lei.

Art. 3º E facultado à pessoa jurídica, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência deste Ato, manifestar sua inconformidade quanto à exclusão de ofício ao Delegado da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo, nos termos do Decreto 70.235/72, e, não havendo manifestação nesse prazo, a exclusão tornar-se-á definitiva.

Cientificada, a Recorrente apresenta a impugnação em relação aos Autos de Infração, fls. 289-320, com as alegações abaixo transcritas.

Valores que não são da impugnante e transitaram em sua conta bancária estão sendo considerados como sua renda. Este é um ponto relevante da autuação. Assim, é importantíssimo entender, pelo menos um pouco, da sua atividade, o que sinteticamente é feito nesta introdução.

Sidnei Martins Felipe é uma pessoa humilde, possui apenas instrução primária e desenvolve sua atividade pesqueira de forma simples, até simplória, como microempresário que é.

Seus produtos são negociados na base do conhecimento recíproco com os clientes, que se relacionam alicerçados na credibilidade existente entre as partes.

A pesca não é uma atividade científica, com certezas ou previsões exatas. Depende de múltiplos fatores que influem nos seus resultados. Assim, é muito comum que clientes tradicionais da impugnante necessitem de determinada quantidade de pescado, adiantem os recursos e ela não os obtém. Nestes casos ela não deixa de atender a necessidade do cliente, e vai buscar junto a outros pescadores o suprimento que poderá atender a demanda do cliente.

A conta bancária recebe valores que não serão destinados integralmente para comprar produtos do impugnante. Muitas vezes recebe na sua conta bancária depósitos de clientes para efetuar o pagamento para terceiros, ou seja, estes fornecedores eventuais.

A relação de confiança e tradição com seus clientes faz com que em variadas ocasiões a impugnante se transforme numa espécie de comprador ad hoc, uma espécie de longa manus do cliente para obter a mercadoria que está necessitando e a impugnante não possui no momento.

Vale destacar que não se trata de intermediação comercial remunerada, mas simplesmente prestar favor ao cliente tradicional, para manter sólida a relação mercantil existente.

Não é exagero dizer que existe amizade entre o cliente antigo e o impugnante e, prestar eventualmente este serviço não remunerado faz parte da natureza desta relação.

Do mesmo modo, a troca de cheques para garantir operações de crédito é um mecanismo simples e usual entre "empresários" deste porte. Falta-lhes capital para desenvolver o negócio e obtêm recursos no banco, mediante entrega de cheques pré-datados, que na sua linguagem chamam de "custódia". Obviamente que não são cheques para pagamento, mas meras garantias.

A conta corrente bancária do impugnante é o meio fácil de fazer transitar valores, da qual parcela expressiva não é sua. É o seu modo de trabalhar, típico de uma pessoa simples.

Diante da singeleza da sua estrutura organizacional, torna-se quase impossível querer recuperar dados e informações sobre créditos que passaram por sua conta há três ou quatro anos atrás. A quantidade de cheques devolvidos, como se vê nas planilhas do processo, confirmam o tipo de relação marcada pela precariedade e a dificuldade em identificar a origem de cada um. Trata-se de uma de uma tarefa de difícil execução.

Não se pode entender a impugnante dentro dos mesmos critérios de uma empresa de porte médio. Nesse sentido, é altamente elucidadora a anexa declaração do Prefeito Municipal, profundo conhecedor deste gênero de atividade. [...]

Usar os depósitos bancários como critério geral de renda, excetuando-se apenas aqueles em que houver prova em contrário, é um modo que poderá redundar em grave injustiça, pois o patrimônio pessoal do impugnante é prova eloquente de que a renda apontada na autuação, nem de longe, é compatível com seu modesto padrão de vida. É pessoa simples, sua empresa é simples e grande parte dos depósitos na sua conta não são seus, nem constituem sua renda.

A AÇÃO FISCAL

Em 12 de junho de 2008, por meio da Intimação nº 009/2008, datada de 10/06/2008, amparada no Mandado de Procedimento Fiscal nº 1010200-2008-00148, a Requerente tomou ciência da instauração de Ação Fiscal destinada a investigar as operações que realiza em suas contas bancárias, abrangendo todos os depósitos realizados nas mesmas.

É fundamental ter presente, desde já, que a S. M. FELIPPE é uma microempresa individual, cujo único sócio é SIDNEI MARTINS FELIPPE, pescador que desenvolve atividade de produtor rural. A constituição desta pessoa jurídica se deu, basicamente, para a obtenção de benefícios junto a instituições financeiras como, por exemplo, a obtenção de juros e taxas reduzidas e maiores limites de crédito.

Neste contexto, durante todo o procedimento fiscal, a contribuinte sempre destacou que os valores movimentados em suas contas bancárias eram oriundos da atividade de produtor rural desenvolvida pela pessoa física. Ou seja, evidentemente, os valores movimentados nestas contas não eram receitas da titularidade da pessoa

jurídica, mas meros recebimentos de valores de clientes, cuja tributação se dava pela pessoa física, nos moldes dos arts. 58 a 71 do RIR/99.

VALORES QUE NÃO SÃO RENDA

Além dos valores tributados pela pessoa física, diversos outros depósitos realizados nas contas bancárias da Impugnante não são renda da sua atividade e, portanto, jamais poderiam ser inseridos na base de cálculo do IRPJ e CSLL, como promovido pelo Agente Fiscal.

Vale referir, neste contexto, a título de ilustração: grande parte dos valores movimentados nas contas bancárias tem origem em operações de "custódia" realizadas pela Impugnante junto a seus clientes. Isto é, por desenvolver uma atividade eminentemente artesanal, muitas vezes não dispõe do "capital de giro" necessário para a captura e comercialização dos pescados. Sendo assim, adota uma prática extremamente comum no seu meio comercial, que é o desconto de cheques junto a instituições financeiras. Em resumo, quando não dispõe de capital de giro, a Impugnante "troca" cheques pré-datados junto a clientes, para que sejam descontados, em custódia, junto aos bancos, que recebem estes cheques e cobram as respectivas taxas de juros.

Como a relação existente entre a Impugnante e seus clientes é fundada na confiança, em variadas ocasiões, presta serviço - não remunerado - para atender as necessidades dos mesmos. É comum que um cliente habitual peça para a Impugnante adquirir, junto aos pescadores da região, alguma espécie de pescado que não disponha no momento. Nestes casos, o dinheiro é depositado em suas contas e a Requerente apenas promove o pagamento em nome do cliente.

Outra situação irrazoável que ocorre diz respeito à venda de patrimônio pessoal da contribuinte, em 2004, o Requerente alienou uma embarcação de sua propriedade, cujo pagamento transcorreu até 2005. Ora, barco não é pescado! Contudo, estes valores foram tributados pelo Agente Fiscal como se fosse "renda" do contribuinte, o que demonstra a manifesta irrazoabilidade do procedimento fiscal.

Estes valores movimentados pela contribuinte - por óbvio - NÃO SÃO RECEITAS da sua atividade; todavia, o Agente Fiscal responsável pela lavratura do Auto de Infração ora impugnado considerou-os - equivocadamente - como "renda" e fez incidir os tributos ora exigidos (IRPJ, PIS, COFINS e INSS).

Estes exemplos são suficientes para demonstrar a nulidade do procedimento implementado para a lavratura do Auto de Infração.

OS VALORES DEPOSITADOS NAS CONTAS BANCÁRIAS

A diferença entre: movimentação financeira x renda O procedimento fiscal em questão é nulo de pleno direito, na medida em que incide em manifesto equívoco, ao confundir "movimentação bancária" com "renda", para fins de tributação. O equívoco é maiúsculo e torna-se gritante ao se verificar que a Autoridade Fiscal simplesmente somou todos os depósitos bancários havidos nas contas correntes do contribuinte, ao longo de todo o exercício fiscal, e classificou-os como "renda", para fins de incidência tributária.

Ora, chega a ser evidente que, nem tudo que transita pela conta bancária de uma microempresa constitui RENDA passível de tributação pelo IRPJ/CSLL. A simples movimentação bancária, como identificada pela Autoridade Fiscal, constituía, à época dos fatos, a hipótese de incidência da CPMF, cujo fato gerador

O conceito de renda tem sido recepcionado por todas as nossas Constituições, desde 1934. Trazido da ciência econômica, foi absorvido pelos ramos do direito, e quer expressar incremento ao patrimônio das pessoas, acréscimo financeiro, ingresso de numerários novos, o que em nada se confunde com o patrimônio já existente, muito menos com renda de terceiros.

O conceito legal de renda e proventos de qualquer natureza é retirado do já referido art. 43, I e II do Código Tributário Nacional, [...]

Sendo assim, inadmissível a consideração de que todos os valores que transitaram nas contas particulares da contribuinte sejam "renda" para fins de incidência tributária. O procedimento adotado pela Autoridade Fiscal é claramente ilegal e ofensivo ao disposto pela legislação tributária vigente, na interpretação que lhe é oferecida pelas Cortes Superiores.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES: DEPÓSITOS BANCÁRIOS, POR SI SÓ, NÃO CONSTITUEM O FATO GERADOR

A questão tratada na presente Impugnação também não é nenhuma novidade para o e. Conselho de Contribuintes. [...] Ou seja, é absolutamente sedimentado, junto aos tribunais administrativos, o entendimento de que os depósitos bancários, por si só, não constituem fato gerador do IRPF, podendo refletir, quando muito, mero indício de auferimento de renda. Nestes casos, rigorosamente idênticos ao ora examinado, a fiscalização deve - necessariamente - aprofundar a investigação acerca dos valores depositados nas contas-correntes, para que possa, somente assim, ter por caracterizar o fato gerador do IRPJ/CSLL.

ORIENTAÇÃO DOS TRIBUNAIS

Na esfera judicial, igualmente, desde a Súmula nº 182 do extinto TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS, restou averbado ser ilegítimo o lançamento arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários. [...] Em suma, não se pode confundir os valores que transitaram nas contas particulares do contribuinte, com o acréscimo patrimonial que enseja a incidência do IRPJ/CSLL. O procedimento fiscal ora examinado - que simplesmente presumiu que todos os valores depositados nas contas correntes da contribuinte sejam "renda" para fins de tributação - é abertamente ilegal, tendo em vista o entendimento pacífico dos tribunais administrativos e judiciais, no sentido de que a identificação da movimentação bancária nada mais é do que mero indício do auferimento de renda, jamais podendo ser tido por suficiente para a incidência do IR.

CONCLUSÃO PARCIAL

O procedimento fiscal que culminou com a lavratura do Auto de Infração é claramente ilegal, na medida em que considerou como "renda" toda a movimentação financeira havida nas contas bancárias do contribuinte, ao longo do exercício fiscal. Ou seja, o Agente confundiu o fato gerador da extinta CMPF (movimentação financeira), com o fato gerador do IR (auferimento de renda). Ademais, a simples constatação dos depósitos realizados em contas correntes constitui mero indício de capacidade contributiva, não autorizando, por si só, o lançamento do IR, como promovido o caso em apreço, consoante a orientação pacífica dos tribunais judiciais e administrativos brasileiros. Em sendo ilegal o procedimento adotado pela fiscalização para a apuração do tributo supostamente devido, é nulo o Auto de Infração dele decorrente.

AS PRESUNÇÕES LEGAIS E O ART. 42 DA LEI 9430/96

O Agente Fiscal lavrou o Auto de Infração ora impugnado, adotando a "presunção" de que todos os valores depositados nas contas bancárias do contribuinte seriam "renda" por ele auferida no respectivo ano-calendário. Este procedimento, conforme se extrai do próprio Auto e do Relatório Fiscal, estaria amparado no disposto pelo art. 42 da Lei 9430/96. Cumpre analisar, portanto, a forma como se deu a aplicação deste dispositivo legal, qual seja, através da "presunção" de que todos os valores movimentados caracterizar-se-iam como renda do contribuinte.

Não é de hoje que a Administração tenta facilitar sua atividade fiscalizatória, mediante a utilização de presunções legais. Foram várias as tentativas de tributar a soma de depósitos bancários, como se renda fosse, até que o extinto Tribunal Federal de Recursos veio a editar a sua Súmula nº 182, estabelecendo que "é ilegítimo o lançamento do Imposto de Renda arbitrado apenas em extratos bancários" [...]

Uma vez reconhecida a ilegalidade da presunção "iuris et de iure", de que toda movimentação financeira seria renda do contribuinte, os interesses fazendários tornaram a tentar simplificar a ação fazendária, mediante a criação de uma nova presunção, esta "juris tantum". Para tanto, veio ao mundo o art. 42 da Lei 9430/96, que substituiu a presunção rechaçada pelo antigo TFR, transferindo ao contribuinte o ônus de provar que os depósitos identificados em suas contas bancárias não são rendimentos tributáveis.

Ou seja, a partir da nova sistemática, ou o contribuinte prova que os depósitos havidos em suas contas não são renda, ou presume-se que sejam e, assim, incide o IRPJ/CSLL.

A PRESUNÇÃO DO ART. 42 DA LEI 9430/96 APÓS A LC 105/2001

Dentro deste contexto, delineado a partir da norma do art. 42 da Lei 9430/96, é fundamental ter presente a edição da Lei Complementar nº 105/2001, que autoriza a quebra do sigilo bancário do contribuinte em sede administrativa. Ou seja, com a LC 105/01, passou a ser franqueado ao Fisco o mais amplo acesso a todas as movimentações financeiras dos contribuintes, de modo que, para a fiscalização fazendária, tudo passou a ser devassável.

A questão a ser enfrentada, portanto, é saber se o Fisco, após a vigência da Lei Complementar nº 105/01 e fazendo uso dela, pode ainda se valer da presunção relativa do artigo 42 da Lei 9430/96, que considera o depósito bancário, por si só, como omissão de rendimento ou receita, até que o contribuinte prove o contrário.

Conforme o § 4º do artigo 5º da LC 105/01, a Autoridade Fiscal poderá promover a quebra do sigilo bancário do contribuinte, em virtude de vislumbrar a existência de "indícios de omissão de receitas, movimentação financeira expressiva, e não apresentação dos extratos bancários solicitados". Por outro lado, o citado § 4º do artigo 5º da LC 105/01 determina que "a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar", para "realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos".

Ou seja, a LC 105/01 estabelece que havendo indícios de omissão de rendimentos o Fisco pode quebrar administrativamente o sigilo bancário do contribuinte e, se assim o faz, deve requisitar todas as informações que julgar conveniente "para a adequada apuração dos fatos".

Ora, se o Fisco pode e deve requisitar todos os documentos que julgar necessários à adequada apuração dos fatos, como determina a LC 105/01, impõe-se que a tributação seja real e efetiva, acerca da omissão de rendimentos ou receitas, as quais devem ser identificadas e comprovadas pelo Fisco, não se podendo aceitar que venha a tributar os depósitos bancários com base na presunção do artigo 42 da Lei 9.430/96, transferindo ao contribuinte o ônus probatório que lhe incumbe!

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Ademais, observando-se os princípios da legalidade cerrada em matéria fiscal, da capacidade contributiva e da isonomia tributária, previstos na Constituição, é forçoso concluir que sempre deve prevalecer a apuração real da base de cálculo dos tributos em detrimento de apuração presumida, como adotada pelo Agente Fiscal no caso em tela. [...]

Ou seja, o uso das presunções em matéria fiscal sofre as limitações impostas pelos princípios constitucionais enunciados, além de não impedir a modificação da matriz constitucional de incidência tributária. No presente caso, portanto, não poderia o Agente Fiscal, com base no artigo 42 da Lei 9.430/96, transformar "movimentação bancária" em "renda" que tem definição em lei complementar material (CTN, art. 43), segundo o qual, "renda" é sempre um plus, quer por representar a disponibilidade de um produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, quer por representar um acréscimo de patrimônio em determinado período de tempo. [...]

Desta forma, o depósito bancário é um mero indício de aquisição de disponibilidade de renda ou proventos de qualquer natureza e, como tal, jamais poderia ser considerado pelo Agente Fiscal como "renda", no conceito constitucional consoante delineado pelo CTN. Sendo assim, não há como se tolerar o arbitrário procedimento empregado para a lavratura do Auto de Infração ora impugnado.

CONCLUSÃO PARCIAL

Como demonstrado, é absolutamente inadmissível que o Agente Fiscal tenha promovido a lavratura do Auto de Infração ora impugnado, tendo por base uma suposta presunção, segundo a qual todos os valores depositados nas contas bancárias da contribuinte deveriam ser tidos por "renda", para fins de tributação. Afinal, desde a publicação da LC 105/01, a Autoridade Fiscal dispõe de meios necessários para acessar e investigar todos os documentos bancários e fiscais do contribuinte e, com isso, promover a "adequada apuração dos fatos" (art. 5º, §4º). Ademais, a presunção adotada para a lavratura do Auto de Infração viola os princípios constitucionais da legalidade e da tipicidade cerrada, além de modificar a definição legal de "renda", tal qual delineada pelo CTN, art. 43. Também por este motivo, é nulo o Auto de Infração.

NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DE SINAIS EXTERIORES DE RIQUEZA ART. 6º DA LEI 8021/90

Outro aspecto que merece destaque é que, mesmo diante presunção legal do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, os tribunais pátrios jamais deixaram de exigir que, além da identificação das movimentações bancárias, o Fisco demonstre, junto ao contribuinte, os "sinais exteriores de riqueza" aptos a revelar sua capacidade contributiva, para que, somente assim, possa validamente tributar tais valores. [...] No caso em tela, portanto, a Autoridade Fiscal jamais poderia ter simplesmente considerado como "renda" todos os depósitos havidos nas contas bancárias da

Impugnante e, assim, arbitrariamente, impor uma estratosférica exação fiscal, muitas vezes superior a todo o universo patrimonial da contribuinte.

Cumpria à Autoridade Fiscal observar o art. 6º da Lei 8021/90: [...]ou seja, para que fosse minimamente válido o procedimento adotado pelo agente fiscal, este deveria ter promovido a notificação da contribuinte para, somente após, instaurar o "devido procedimento fiscal de arbitramento" (§3º), onde seriam examinados os seus sinais exteriores de riqueza e, adotando a modalidade que mais o favorecesse (§6º), fossem apurados eventuais valores não-recolhidos.

Ou seja, o devido procedimento fiscal foi olímpicamente suprimido pelo agente fiscal, o que torna imprestável, porque nulo, todo o procedimento que redundou na lavratura do auto de infração ora impugnado e, conseqüentemente, inválida a exigência fiscal.

AUSÊNCIA DE PATRIMÔNIO COMPATÍVEL COM A EXAÇÃO: VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

No exame do caso concreto, a ilegalidade da exação imposta ao contribuinte torna-se absolutamente clara, na medida em que a imposição fiscal, relativa a apenas um exercício fiscal (2005), corresponde quase quatro vezes o patrimônio do contribuinte (!!!), conforme se pode verificar pelos documentos de que dispunha o agente fiscal.

caso o agente fiscal tivesse observado o devido procedimento fiscal de arbitramento, teria constatado, que a microempresa autuada é uma firma individual que tem como titular é um humilde pescador, cujo patrimônio é quase quatro vezes menor do que o valor que está sendo exigido pelo auto de infração ora impugnado, conforme comprovado à fls. 220.

Ou seja, o Impugnante não apresenta qualquer sinal de riqueza compatível com a exigência fiscal que está a lhe ser imposta, no vultoso valor de R\$802.844,37! Ou seja, o Auto de Infração ora impugnado pretende impor ao contribuinte - com base em uma presunção legal - uma cobrança quase quatro vezes superior ao valor de todo o seu patrimônio, o que, por si só, viola frontalmente o princípio da capacidade contributiva!!!

Resta claro, portanto, que o patrimônio do Impugnante é absolutamente compatível com a renda por ele declarada nos exercícios fiscais em questão, tornando ainda mais evidente a ilegalidade do procedimento que redundou na lavratura do Auto de Infração.

CONCLUSÃO PARCIAL

O Auto de Infração ora impugnado foi lavrado após procedimento fiscal claramente nulo, na medida em que foi ignorada a regra do art. 6º da Lei 8021/90 e, assim, suprimido o devido procedimento fiscal de arbitramento. Com isso, o Agente Fiscal se valeu apenas da presunção de que todos os valores depositados nas contas bancárias do contribuinte seriam "renda", para lhe impor uma exação fiscal que supera, em quase quatro vezes, o valor de todo o seu patrimônio, em frontal violação ao princípio da capacidade contributiva.

EXCESSO DE PRAZO: MAIS DE TRÊS MESES DE FISCALIZAÇÃO ILEGAL

Outra questão que revela a absoluta nulidade do procedimento fiscal que redundou na lavratura do Auto de Infração ora impugnado é a violação legal cometida pelo Agente Fiscal ao extrapolar o prazo inerente ao Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) de que dispunha para investigar as operações realizadas pela contribuinte em questão.

Conforme se extrai à fls. 20, o MPF 1010200-2008-00148 autorizou a instauração de procedimento de fiscalização sobre a ora Impugnante, a partir de 10 de junho de 2008. O art. 12 do Decreto nº 3969/2001, que disciplina a "execução de procedimentos fiscais", é enfático ao estabelecer o PRAZO MÁXIMO DE VALIDADE dos mandados de procedimento fiscal (MPF): [...]

Ou seja, o Agente Fiscal estava autorizado a promover a fiscalização da Impugnante a partir de 10 de junho de 2008, pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias. Por decorrência, a teor do art. 12 do Decreto 3969/2001, em 8 de outubro de 2008 esgotou o prazo para o exercício da ação fiscalizatória. Ainda assim, a Autoridade Fiscal deu seguimento ao procedimento, emitindo mais duas intimações (Intimação 026/2008 de 15/09/2008 e Intimação 031/2008 de 07/11/2008), conforme se extrai às fls. 167 e 177 dos autos, e encerrando o procedimento, com a lavratura do Auto de Infração, apenas em 29/01/2009 (fls. 254).

Foram mais de três meses de fiscalização ilegal!!!

A NATUREZA JURÍDICA DO MPF

O Mandado de Procedimento Fiscal é o ato administrativo que permite aos agentes fiscais a instauração do procedimento fiscal. Tal natureza é afirmada pela Portaria da SRF nº 4.066, em seu artigo 2º [...].

Quando a norma afirma que os procedimentos fiscais "serão instaurados mediante Mandado de Procedimento Fiscal", imprime ao Administrador um poder-dever. O mesmo o faz quando impõe que "para o procedimento de fiscalização será emitido Mandado de Procedimento Fiscal".

Segundo o princípio da vinculação dos atos administrativos, a autoridade competente, quando frente à imposição legal que lhe atribui um fazer, deve agir atendo-se aos limites impostos pela norma. [...]

A atuação vinculada da Administração Pública é inerente ao sobre-princípio da estrita legalidade, que está presente em nível constitucional, como um limitador ao poder de agir da Administração Pública, porque, por meio dele, assegura-se aos administrados o conhecimento de todas as condutas legalmente realizáveis pelos administradores públicos, [...]

Ou seja, a eficácia da atividade fiscalizatória depende obrigatoriamente da fiel observância da lei. No caso concreto, entretanto, o Mandado de Procedimento Fiscal teve sua validade esgotada a 8 de outubro de 2008 e, ao arrepio da lei, o Agente Fiscal deu continuidade à fiscalização por outros três meses, até que fosse lavrado o Auto de Infração. [...]

CONCLUSÃO PARCIAL

Como demonstrado, o Agente Fiscal responsável pela lavratura do Auto de Infração impugnado promoveu mais de três meses de fiscalização ilegal. Desta forma, é nulo e ineficaz o procedimento fiscal e, por decorrência, é nulo e ineficaz o Auto ora impugnado, por frontal violação ao art. 12 do Decreto 3969/2001, ao art. 2º da Portaria nº 4066 da SRF e, por fim, ao art. 37 da Constituição.

QUANTO AOS ACRÉSCIMOS SOBRE O PRINCIPAL JUROS E MULTA

Uma vez demonstrada a evidente nulidade dos lançamentos promovidos pela Autoridade Fiscal, bem como a decorrente nulidade do Auto de Infração ora impugnado, não há que se falar em juros ou multa. Ainda assim, ad cautelam, o impugnante passa a demonstrar a ilegalidade destes acréscimos promovidos pela Autoridade Fiscal, como forma de reforçar, ainda mais, a nulidade que fulmina todo o procedimento fiscal.

INAPLICABILIDADE DA TAXA SELIC

Conforme se extrai do Auto de Infração, o Agente Fiscal fez incidir sobre o montante principal do tributo que entende devido, juros de mora calculados de acordo com a Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC.

Fls_ Com relação à aplicação da taxa SELIC aos créditos tributários, ha que se referir a existência de diversos julgados no SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, que vem reiteradamente declarando a inconstitucionalidade e a ilegalidade deste encargo.

Com efeito, a ausência de disciplina legal da forma de cálculo da SELIC no seu diploma instituidor fere de morte o princípio da legalidade, eis que não há qualquer sentido em permitir que justamente o "coração" desta taxa seja relegado a um Decreto do Executivo, despido de qualquer controle pelos representantes do povo no Legislativo.

A correção monetária nada mais é do que um quantum, um valor que se torna devido em razão da perda do poder aquisitivo da moeda. Aplicada ao débito, ao longo de todo o período alcançado pelo lançamento, ela provoca diferenças significativas no montante exigido. Antes do plano Real, aumentava em centenas de vezes o valor do débito; hoje, mesmo com a "estabilização" da moeda, a correção monetária ainda provoca aumentos significativos que, ao longo de um período de cinco anos, chega a quase 100% do valor do débito.

Se é certo que um tributo não pode ser exigido ou aumentado sem lei (art. 150,1, CF), a correção monetária, que acresce valor ao débito originário, necessita igualmente de previsão legal. Parece, assim, no mínimo um contrasenso que justamente o modo de cálculo deste valor seja feito sem a anuência do Parlamento, por critérios eleitos ao bel prazer do Executivo (leia-se, a parte interessada na arrecadação).

Igualmente, é sabido que o próprio CTN limita a aplicação de juros em 1%, índice bem inferior ao da SELIC (art. 161, § 1º). Assim, ainda que admitíssemos a existência de leis ordinárias criando a Taxa SELIC para fins tributários, não se pode conceber que uma lei ordinária introduza taxa superior àquela estabelecida por lei complementar.

Finalmente, é de se destacar que a Taxa SELIC possui natureza remuneratória de títulos. Títulos e tributos, porém, possuem conceitos distintos, sendo impossível equiparar os contribuintes aos investidores, uma vez que estes praticam ato de vontade e aqueles são submetidos coativamente a ato de império.

O tributo é algo imposto. Deve ser sempre, o menor possível, por um princípio republicano, segundo o qual ninguém está obrigado a contribuir senão com aquele mínimo necessário ao bom funcionamento dos serviços públicos. Uma

aplicação financeira, em sentido diametralmente oposto, é uma decisão de quem investe, voltada justamente para a busca da MAIOR remuneração. A SELIC foi criada como forma de cálculo da remuneração de investidores, atendo-se a critérios e fórmulas que dizem única e exclusivamente com esta realidade. Admitir-se, em consequência, que um tributo pudesse ser corrigido como se fosse uma aplicação financeira, seria ferir de morte os postulados do Direito Tributário, para permitir que uma exação converta-se em método de enriquecimento para o Poder Público. [...]

A utilização da SELIC, portanto, encontra óbices constitucionais e legais que impedem a sua manutenção, de modo que - ainda que se entenda pela legalidade da cobrança materializada no Auto de Infração ora impugnado, o que se admite apenas ad argumentandum -necessariamente deverá ser expurgada a cobrança dos juros moratórios com base na Taxa SELIC.

MULTA CONFISCATÓRIA

Além de tudo o quanto foi dito, importante atentar que o Auto de Infração perfaz o montante de R\$802.844,37 (oitocentos e dois mil oitocentos e quarenta e quatro reais e trinta e sete centavos), já somados e computados os consectários praticados pelo Erário Público.

Nota-se que no Relatório da Ação Fiscal foi imposta a penalidade de multa de 75% do valor do imposto. Referida multa não é devida, mas ainda que fosse, em face de sua exorbitância, não poderia ser exigida nestes termos, tendo em vista seu caráter confiscatório.

Primeiramente, importante ressaltar que o Agente Fiscal aplicou tão elevada multa sobre os valores supostamente devidos de tributo por entender que houve "a falta de declaração dos valores creditados/depositados em suas contas".

O Impugnante, em momento algum, agiu de forma fraudulenta. Ao contrário, agiu, por diversas vezes, com ingenuidade, informalidade e boa-fé, não podendo, de forma alguma, ser caracterizado como praticante de ação fraudulenta. Destaque-se, neste sentido, que a contribuinte sempre atendeu a todas as intimações do Agente Fiscal, apresentando espontaneamente a integralidade de suas movimentações e extratos bancários.

Por tais motivos, requer, em caso de manutenção do presente Auto de Infração, o que se admite apenas para argumentar, que a multa seja reduzida para o seu mínimo legal, nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Caso se entenda pela manutenção da multa, no elevado patamar de 75 Impugnante contesta a tal aplicação, sobre o valor supostamente devido, a título de multa, por seu caráter confiscatório, uma vez que atenta contra o direito de propriedade garantido no art. 5º, XXII da Constituição Federal. Ademais, seguindo na mesma linha, o art. 150, IV da Constituição Federal, veda, expressamente, a utilização do tributo com o efeito confiscatório, [...].

Utilizando-se deste ensinamento, pode-se concluir que a razoabilidade não foi respeitada na multa imposta no presente Auto de Infração, uma vez que foi utilizado o percentual de 75% sobre o valor do imposto a ser supostamente pago, caracterizando seu cunho confiscatório. [...]Sabe-se que a finalidade da multa é punir o contribuinte, a fim de inibir a reincidência da infração supostamente cometida, mas isso não significa dizer que a multa a ser cobrada terá valor maior do que o do imposto a ser pago. [...]

Assim, nesta mesma linha de raciocínio, a multa de 75% estipulada no inciso pelo art. 44 da Lei nº 9.430/96 é inconstitucional, por seu caráter confiscatório. E lei inconstitucional (no caso, a que prevê a multa confiscatória), não é lei, não sendo passível de gerar quaisquer efeitos, pois a ninguém obriga.

O STF segue rigorosamente o mesmo entendimento que se pacificou na Suprema Corte americana, entendendo que a lei inconstitucional não tem carga eficaz, de modo que uma vez reconhecida a sua inconstitucionalidade, a decisão tem efeitos retroativos à data da publicação da lei, restaurando a situação desde o início, o que implica dizer que, para o STF, a "norma" viciada sequer chega a adentrar o sistema, é como se nunca tivesse existido. [...]

Como decorrência lógica, a multa confiscatória é inconstitucional, indevida e incapaz de obrigar o contribuinte. O auto é nulo neste ponto, devendo ser reconstituído, caso se deseje cobrar algum valor a título de multa da ora Impugnante.

O que se verifica, pois, é que, a pretexto de punir, abusa-se do poder de impor penalidades, eivando de inconstitucionalidade por violar o disposto no art. 5º, XXII combinado com o art. 150, IV da Constituição Federal, tomado por analogia.

Nem poderia ser diferente, porquanto o caráter confiscatório da multa desconfigura sua própria natureza e função. O que era para servir como instrumento sancionador e inibidor do Estado, transforma-se em inequívoca fonte de arrecadação, configurando-se como verdadeiros tributos ilegais e inconstitucionais, disfarçados sob a roupagem de penalidade pecuniária.

Assim, resta evidente a configuração do confisco e o desrespeito à capacidade contributiva do Impugnante, razão pela qual deve ser reconhecida a inconstitucionalidade da multa de 75% aplicada sobre o valor do tributo supostamente devido pela contribuinte.

CONCLUSÃO PARCIAL

Não fossem todas as ilegalidades que contaminam a Ação Fiscal e o Auto de Infração dela decorrente, ainda que viesse a ser aceita a existência de tributos não recolhidos pela contribuinte, relativos ao exercício fiscal investigado, tanto os juros moratórios, exigidos com base na taxa SELIC, cuja inaplicabilidade aos créditos tributários é reconhecida pelo STJ, como a multa de 75% aplicada sobre o alegado montante principal, cujo caráter confiscatório salta aos olhos, devem ser irremediavelmente expurgados do Auto de Infração, porque manifestamente ilegais.

QUESITOS E ASSISTENTE TÉCNICO

Diante de todos os argumentos expostos na presente Impugnação, caso se entenda necessária a realização de perícia nos extratos bancários das contas de titularidade da Impugnante, em cumprimento ao art. 16, IV do Decreto nº 70.235, na redação que lhe foi dada pela Lei 8.748/93 são apresentados os seguintes quesitos: [...]

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui que:

CONCLUSÕES FINAIS

Por tudo o que foi exposto, resta claro que:

a) é nulo o Auto de Infração impugnado porque considerou como "renda" todos os valores movimentados nas contas bancárias da contribuinte, tributando indistintamente todas estas quantias, em violação ao art. 153, III, §2º da Constituição e art. 43, I e II do CTN, além da orientação jurisprudencial absolutamente consolidada pelos tribunais administrativos e judiciais brasileiros;

b) é nulo o Auto de Infração impugnado porque, mesmo dispondo dos meios necessários à "adequada apuração dos fatos" (art. 5º, §4º da LC 105/01), inclusive a quebra do sigilo bancário do contribuinte, o Agente Fiscal não promoveu a identificação de quais os valores depositados nas contas bancárias do Impugnante estavam sujeitos à incidência do IRPJ/CSLL, tributando integralmente todas as quantias movimentadas;

c) é nulo o Auto de Infração impugnado porque não observada a norma do art. 6º da Lei nº 8021/90, segundo a qual, para a apuração de valores eventualmente não recolhidos pelo contribuinte, deveria ter promovido a sua notificação e instaurado o "devido procedimento fiscal de arbitramento" (§3º), onde deveriam ser examinados os sinais exteriores de riqueza do contribuinte e, adotando a modalidade que mais o favorecesse (§6º), apurados eventuais valores devidos.

d) é nulo o Auto de Infração porque o procedimento fiscal que redundou na sua lavratura extrapolou, em mais de três meses, o prazo de validade fixado no MPF que o amparava, o que viola frontalmente o disposto pelo art. 12 do Decreto 3969/2001, ao art. 2º da Portaria nº 4066 da SRF e, por fim, ao art. 37 da Constituição;

e) é nulo o Auto de Infração impugnado porque a exação fiscal imposta supera, em quase quatro vezes, todo o patrimônio do contribuinte, caracterizando, assim, manifesta violação ao princípio da capacidade contributiva;

f) é nulo o Auto de Infração impugnado porque impostos os juros moratórios pela Taxa SELIC, cuja inaplicabilidade aos créditos tributários (quando existentes!) é reiteradamente reconhecida pelo STJ;

g) é nulo o Auto de Infração impugnado porque aplicada multa no patamar de 75%, o que torna evidente, à luz da atividade desenvolvida pelo contribuinte, o seu caráter confiscatório, vedado pela Constituição.

PEDIDO

Por todo o exposto, REQUER a desconstituição total do Auto de Infração ora Impugnado, com a conseqüente baixa e arquivamento da respectiva Ação Fiscal, tendo em vista todas as violações legais e constitucionais expostas na presente.

Caso se entenda necessária a realização de perícia técnica, pede sejam observados os quesitos e intimado o assistente técnico indicado na presente impugnação, para que acompanhe todo o procedimento, na forma da lei.

Protesta, por fim, pela juntada de novos documentos.

Cientificada, a Recorrente apresenta a impugnação em relação à exclusão do Simples, fls. 350-368, com as alegações abaixo transcritas.

EXCLUSÃO DE MICROEMPRESA DO SIMPLES

A S. M. FELIPPE é uma microempresa, formada unicamente por Sidnei Martins Felipe, um humilde pescador da cidade de Rio Grande/RS, com instrução primária e deficiência física decorrente de sua atividade pesqueira. A constituição da microempresa se deu, exclusivamente, em razão da necessidade de regularizar formalmente a atividade por ele desenvolvida e obter financiamentos bancários indispensáveis para a continuidade do negócio.

Trata-se, portanto, de uma atividade tipicamente artesanal, que é a pesca de peixes e camarões para venda a centros atacadistas. Seus produtos são negociados na base do conhecimento recíproco com os clientes, que se relacionam alicerçados na credibilidade existente entre eles.

BREVE INTRODUÇÃO A pesca não é uma atividade científica, com certezas ou previsões exatas, pois depende de múltiplos fatores que influem nos seus resultados. Assim, é muito comum que clientes tradicionais necessitem de determinada quantidade de pescado, adiantem os recursos, mas a pesca é mal sucedida. Nestes casos, o Requerente não deixa de atender a necessidade do cliente, e vai buscar junto a outros pescadores o suprimento que poderá atender a demanda do cliente.

A conta bancária recebe valores que não serão destinados integralmente para comprar produtos do impugnante. Muitas vezes recebe na sua conta bancária depósitos de clientes para efetuar o pagamento para terceiros, ou seja, estes fornecedores eventuais. A relação de confiança e tradição com seus clientes faz com que em variadas ocasiões a impugnante se transforme em um comprador ad hoc, uma espécie de longa manus do cliente para obter a mercadoria que está necessitando e a impugnante não possui no momento.

Vale destacar que não se trata de intermediação comercial remunerada, mas simplesmente prestar favor ao cliente tradicional, para manter sólida a relação mercantil existente. Não é exagero dizer que existe amizade entre o cliente antigo e o impugnante e, prestar eventualmente este serviço não remunerado faz parte da natureza desta relação.

Do mesmo modo, a troca de cheques para garantir operações de crédito é um mecanismo simples e usual entre "empresários" deste porte. Falta-lhes capital para desenvolver o negócio e obtêm recursos no banco, mediante entrega de cheques pré-datados, que na sua linguagem chamam de "custódia". Obviamente que não são cheques para pagamento, mas meras garantias. A conta corrente bancária da Requerente é o meio fácil de fazer transitar valores, da qual parcela expressiva não é sua. E o seu modo de trabalhar, típico de uma pessoa simples.

Diante da singeleza da sua estrutura organizacional, torna-se quase impossível querer recuperar dados e informações sobre créditos que passaram por sua conta há três ou quatro anos atrás. A quantidade de cheques devolvidos, como se apurou, confirma o tipo de relação marcada pela precariedade e a dificuldade em identificar a origem de cada um. Trata-se de uma de uma tarefa de difícil execução. [...]

Usar os depósitos bancários como critério geral de renda, excetuando-se apenas aqueles em que houver prova em contrário, poderá redundar em grave injustiça, pois o patrimônio pessoal da Requerente é prova eloqüente de que a renda apontada na autuação, nem de longe, é compatível com seu modesto padrão de vida.

Preliminarmente:

QUESTÃO PREJUDICIAL: JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO OPOSTA PELO CONTRIBUINTE

O procedimento fiscal que deu origem ao Ato Declaratório nº 019/2009 ora contestado foi instaurado para a apuração de suposta omissão de receitas pelo contribuinte (processo nº 17698.000047/2009-11). Este procedimento fiscal terminou por ensejar a lavratura de Auto de Infração contra a Requerente, o que foi devidamente impugnado, na forma e no prazo da legislação tributária nacional. [...]

Como se vê, o procedimento fiscal em questão deu ensejo à autuação do contribuinte, a qual foi devidamente impugnada e o processo aguarda julgamento.

Em sede de impugnação, o contribuinte demonstrou que os valores movimentados em sua conta bancária não constituem "renda" para fins de incidência do IRPJ. Esta impugnação ainda não foi julgada pela Autoridade Fiscal competente, de modo que nada justifica a imediata exclusão do contribuinte do SIMPLES, sob pena de subversão do princípio constitucional do devido processo legal, (art. 5º, LIV e LV).

Evidentemente que, uma vez comprovada a inexistência da renda e do faturamento informado pelo Agente Fiscal, a partir de meros extratos bancários, restará comprovado o direito da contribuinte em permanecer no sistema SIMPLES.

Desta forma, é postulado, desde já, a suspensão do Ato Declaratório nº 019/2009 da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Pelotas, até o julgamento, em definitivo, da impugnação ofertada pelo contribuinte nos autos do processo administrativo nº 17698.000047/2009-11.

Mérito:

A AÇÃO FISCAL

Em 12 de junho de 2008, por meio da Intimação nº 009/2008, datada de 10/06/2008, amparada no Mandado de Procedimento Fiscal nº 1010200-2008-00148, a Requerente tomou ciência da instauração de Ação Fiscal destinada a investigar as operações que realizou em suas contas bancárias, abrangendo todos os depósitos realizados nas mesmas no ano de 2005.

É fundamental reiterar que a S. M. FELIPPE é uma microempresa individual, cujo único sócio é SIDNEI MARTINS FELIPPE, pescador que desenvolve atividade de produtor rural. A constituição desta pessoa jurídica se deu, basicamente, para a obtenção de benefícios junto a instituições financeiras como, por exemplo, a obtenção de juros e taxas reduzidas e maiores limites de crédito.

Neste contexto, durante todo o procedimento fiscal, a contribuinte sempre destacou que os valores movimentados em suas contas bancárias eram oriundos da atividade de produtor rural desenvolvida pela pessoa física. Ou seja, evidentemente, os valores movimentados nestas contas não eram receitas da titularidade da pessoa jurídica, mas meros recebimentos de valores de clientes, cuja tributação se dava pela pessoa física, nos moldes dos arts. 58 a 71 do RIR/99.

VALORES QUE NÃO SÃO RENDA

Além dos valores tributados pela pessoa física, diversos outros depósitos realizados nas contas bancárias da Requerente não são renda ou receita bruta da sua atividade e, portanto, jamais poderiam ser considerados os fins da limitação imposta pelo art. 9º da Lei 9317/96, como promovido pela Autoridade Fiscal.

Vale referir, neste contexto, a título de ilustração: [...]

Estes valores movimentados pela contribuinte - por óbvio - NÃO SÃO RECEITAS da sua atividade; todavia, o Agente Fiscal responsável pela lavratura do Ato Declaratório os considerou desta forma, chegando à equivocada conclusão de que a Requerente teria ultrapassado os limites do art. 9º da Lei 9317/96.

OS VALORES DEPOSITADOS NAS CONTAS BANCÁRIAS

A diferença entre: movimentação financeira x renda O procedimento fiscal em questão incide em manifesto equívoco, ao confundir "movimentação bancária" com "renda" ou "faturamento", para fins de tributação. O equívoco é maiúsculo e torna-se gritante ao se verificar que a Autoridade Fiscal simplesmente somou todos os depósitos bancários havidos nas contas correntes do contribuinte, ao longo de todo o exercício fiscal, e classificou-os como "renda", para fins de incidência tributária.

Ora, chega a ser evidente que, nem tudo que transita pela conta bancária de uma microempresa constitui FATURAMENTO. A simples movimentação bancária, como identificada pela Autoridade Fiscal, constituía, à época dos fatos, a hipótese de incidência da CPMF, cujo fato gerador era justamente a movimentação financeira, independente de qualquer outro requisito. Ou seja, trata-se de tributo distinto e inconfundível com o IRPJ e a CSLL.

O IRPJ e a CSLL desconsideram aqueles valores que não se enquadram no conceito jurídico de "receita", isto é, o efetivo ingresso da quantia no universo patrimonial do contribuinte. No caso concreto, entretanto, a fiscalização tratou o IRPJ/CSLL como se CPMF fosse, para concluir que tudo o quanto entrou na conta bancária deve ser considerado como base de cálculo para fins de apuração.

Em suma, o procedimento adotado pela Autoridade Fiscal - em considerar os depósitos bancários realizados nas contas correntes do contribuinte, como se "renda" fossem - revela-se, além de arbitrário, absolutamente irrazoável, na medida em que confunde "movimentação financeira" (fato gerador da extinta CPMF), com "renda auferida" (fato gerador do IRPJ/CSLL). [...]

O procedimento em questão importa em aberta ofensa à Constituição Federal, no diz respeito à definição de materialidades distintas para cada um destes tributos, tendo em vista que considera "movimentação financeira" como "renda" do contribuinte, concluindo que, assim, teria ultrapassado o limite de faturamento permitido pelo art. 9º da Lei 9317/96.

VALORES DE TERCEIROS

O parágrafo 5º do art. 42 da Lei 9430/96

É extremamente comum na atividade desenvolvida pela Requerente, que transitem por sua conta bancária valores que não são seus e que recebe na condição de mero depositário, sem que jamais cheguem a ingressar em seu universo patrimonial e, muito menos, a ter disponibilidade econômica sobre os mesmos.

Conforme já referido, é comum que um cliente habitual peça para a Impugnante adquirir, junto aos pescadores da região, alguma espécie de pescado que não disponha no momento. Assim, o dinheiro é depositado em suas contas correntes e ela apenas promove o pagamento em nome do cliente.

Neste sentido, o art. 42 da Lei 9430/96 é absolutamente taxativo em excluir da base de cálculo do Imposto de Renda os valores de terceiro que possam ter

transitado pelas contas bancárias do contribuinte, tal como ocorre, no caso em tela, com adiantamentos de valores para pagamentos de despesas não relacionadas com a atividade desenvolvida pela ora Impugnante, [...]

Os depósitos que foram realizados por clientes do Requerente, para que este, eventualmente viesse a promover o pagamento das despesas não podem ser classificados como renda ou faturamento, sob pena de ofensa ao art. 42 da Lei 9430/96.

O CONCEITO DE RENDA

Conforme demonstrado, o Agente Fiscal fez incidir o imposto de renda sobre valores que jamais vieram a integrar o universo patrimonial da contribuinte, mas que foram simplesmente movimentados em suas contas correntes. É fundamental, portanto, ter claro o conceito de renda, para fins de incidência tributária, o que deve ser alcançado tendo como ponto de partida o art. 153 da Constituição, [...]

O conceito de renda tem sido recepcionado por todas as nossas Constituições, desde 1934. Trazido da ciência econômica, foi absorvido pelos ramos do direito, e quer expressar incremento ao patrimônio das pessoas, acréscimo financeiro, ingresso de numerários novos, o que em nada se confunde com o patrimônio já existente, muito menos com renda de terceiros.

O conceito legal de renda e proventos de qualquer natureza é retirado do já referido art. 43, I e II do Código Tributário Nacional, nos seguintes termos: [...]

O procedimento adotado pela Autoridade Fiscal é claramente ilegal e ofensivo ao disposto pela legislação tributária vigente, na interpretação que lhe é oferecida pelas Cortes Superiores.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES:

DEPÓSITOS BANCÁRIOS, POR SI SÓ, NÃO CONSTITUEM O FATO GERADOR A questão tratada na presente Impugnação também não é nenhuma novidade para o e. Conselho de Contribuintes. O entendimento daquele Tribunal Administrativo é absolutamente consolidado no sentido de que a simples constatação de movimentações financeiras não caracteriza, por si só, disponibilidade de receita. [...]

Ou seja, é absolutamente sedimentado, junto aos tribunais administrativos, o entendimento de que os depósitos bancários, por si só, não constituem fato gerador do IRPF, podendo refletir, quando muito, mero indício de auferimento de renda. Nestes casos, rigorosamente idênticos ao ora examinado, a fiscalização deve - necessariamente - aprofundar a investigação acerca dos valores depositados nas contas-correntes, para que possa, somente assim, ter por caracterizada a violação ao limite previsto na regra do art. 9º da Lei 9317/96.

ORIENTAÇÃO DOS TRIBUNAIS

Na esfera judicial, igualmente, desde a Súmula nº 182 do extinto TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS, restou averbado ser ilegítimo o lançamento arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários. [...]

Em suma, não se pode confundir os valores que transitaram nas contas particulares do contribuinte, com o acréscimo patrimonial ou faturamento. O procedimento fiscal ora examinado - que simplesmente presumiu que todos os valores depositados nas contas correntes da contribuinte sejam "renda" para fins de tributação - é abertamente ilegal, tendo em vista o entendimento pacífico dos

tribunais administrativos e judiciais, no sentido de que a identificação da movimentação bancária nada mais é do que mero indício do auferimento de renda, jamais podendo ser tido por suficiente para fins de excluir a contribuinte do SIMPLES.

PRESUNÇÕES LEGAIS O Agente Fiscal que conduziu o procedimento em questão adotou a "presunção" de que todos os valores depositados nas contas bancárias do contribuinte seriam "renda" por ele auferida no respectivo ano-calendário. Este procedimento, conforme se extrai dos próprios autos, estaria amparado no disposto pelo art. 42 da Lei 9430/96. Cumpre analisar, portanto, a forma como se deu a aplicação deste dispositivo legal, qual seja, através da "presunção" de que todos os valores movimentados caracterizar-se-iam como renda do contribuinte.

Não é de hoje que a Administração tenta facilitar sua atividade fiscalizatória, mediante a utilização de presunções legais. Foram várias as tentativas de tributar a soma de depósitos bancários, como se renda fosse, até que o extinto Tribunal Federal de Recursos veio a editar a sua Súmula nº 182, estabelecendo que "é ilegítimo o lançamento do Imposto de Renda arbitrado apenas em extratos bancários" (DJU 28.V.1987). [...]

Uma vez reconhecida a ilegalidade da presunção "iuris et de iure", de ^ae toda movimentação financeira seria renda do contribuinte, os interesses fazendários tornaram a tentar simplificar a ação fazendária, mediante a criação de uma nova presunção, esta "júris tantum". Para tanto, veio ao mundo o art. 42 da Lei 9430/96, que substituiu a presunção rechaçada pelo antigo TFR, transferindo ao contribuinte o ônus de provar que os depósitos identificados em suas contas bancárias não são rendimentos tributáveis.

Ou seja, a partir da nova sistemática, ou o contribuinte prova que os depósitos havidos em suas contas não são renda, ou presume-se que sejam e, assim, incide o IRPJ/CSLL e este deixa de ter direito de integrar o SIMPLES.

A PRESUNÇÃO DO ART. 42 DA LEI 9430/96 APÓS A LC 105/2001

Dentro deste contexto, delineado a partir da norma do art. 42 da Lei 9430/96, é fundamental ter presente a edição da Lei Complementar nº 105/2001, que autoriza a quebra do sigilo bancário do contribuinte em sede administrativa. Ou seja, com a LC 105/01, passou a ser franqueado ao Fisco o mais amplo acesso a todas as movimentações financeiras dos contribuintes, de modo que, para a fiscalização fazendária, tudo passou a ser devassável.

A questão a ser enfrentada, portanto, é saber se o Fisco, após a vigência da Lei Complementar nº 105/01 e fazendo uso dela, pode ainda se valer da presunção relativa do artigo 42 da Lei 9430/96, que considera o depósito bancário, por si só, como omissão de rendimento ou receita, até que o contribuinte prove o contrário.

b Conforme o § 4o do artigo 5o da LC 105/01, a Autoridade Fiscal poderá promover a quebra o sigilo bancário do contribuinte, em virtude de vislumbrar a existência de "indícios de omissão de receitas, movimentação financeira expressiva, e não apresentação dos extratos bancários solicitados". Por outro lado, o citado § 4o do artigo 5o da LC 105/01 determina que "a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar", para "realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos".

Ou seja, a LC 105/01 estabelece que havendo indícios de omissão de rendimentos o Fisco pode quebrar administrativamente o sigilo bancário do contribuinte e, se assim o faz, deve requisitar todas as informações que julgar conveniente "para a adequada apuração dos fatos".

Ora, se o Fisco pode e deve requisitar todos os documentos que julgar necessários à adequada apuração dos fatos, como determina a LC 105/01, impõe-se que a tributação seja real e efetiva, acerca da omissão de rendimentos ou receitas, as quais devem ser identificadas e comprovadas pelo Fisco, não se podendo aceitar que venha a tributar os depósitos bancários com base na presunção do artigo 42 da Lei 9.430/96, transferindo ao contribuinte o ônus probatório que lhe incumbe!

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Ademais, observando-se os princípios da legalidade cerrada em matéria fiscal, da capacidade contributiva e da isonomia tributária, previstos na Constituição, é forçoso concluir que sempre deve prevalecer a apuração real da base de cálculo dos tributos em detrimento de apuração presumida, como adotada pelo Agente Fiscal. [...]

Ou seja, o uso das presunções em matéria fiscal sofre as limitações impostas pelos princípios constitucionais enunciados, além de não impedir a modificação da matriz constitucional de incidência tributária. No presente caso, portanto, não poderia o Agente Fiscal, com base no artigo 42 da Lei 9.430/96, transformar "movimentação bancária" em "renda" que tem definição em lei complementar material (CTN, art. 43), segundo o qual, "renda" é sempre um plus, quer por representar a disponibilidade de um produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, quer por representar um acréscimo de patrimônio em determinado período de tempo. [...]

Desta forma, o depósito bancário é um mero indício de aquisição de disponibilidade de renda ou proventos de qualquer natureza e, como tal, jamais poderia ser considerado pelo Agente Fiscal como "renda", no conceito constitucional consoante delineado pelo CTN. Sendo assim, não há como se tolerar o arbitrário procedimento empregado que culminou com a exclusão da contribuinte do SIMPLES.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui que:

PEDIDO

Pelo exposto, requer seja anulado o Ato Declaratório nº 019, de 13 de agosto de 2009, lavrado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Pelotas, para o fim de permitir que a Requerente permaneça a fazer jus ao Sistema Integrado de Pagamento e Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

Está registrado como ementa do Acórdão da 6ª TURMA/DRJ/POA/RSA nº 10-32.725, de 07.072011, fls. 382-399:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2005

AUTO DE INFRAÇÃO. OMISSÃO DE RECEITA. BASE DE CÁLCULO. LANÇAMENTOS DECORRENTES SIMPLES- PIS -COFINS - CSLL - IRPJ - INSS. PERÍCIA/DILIGÊNCIA. PERÍCIA. MULTA. SELIC. INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE.

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.

Não há que se falar de nulidade quando a exigência fiscal sustenta-se em processo instruído com todas as peças indispensáveis e não se vislumbra nos autos que o sujeito passivo tenha sido tolhido no direito que a lei lhe confere para se defender.

Apesar de ser facultado ao sujeito passivo o direito de solicitar a realização de diligências ou perícias, compete à autoridade julgadora decidir sobre sua efetivação, podendo ser indeferidas as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

Aplicável a multa de ofício no lançamento de crédito tributário que deixou de ser recolhido ou declarado e no percentual determinado expressamente em lei.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Súmula nº 4, do Primeiro Conselho de Contribuintes).

Não compete à autoridade administrativa manifestar-se quanto à inconstitucionalidade ou ilegalidade das leis, por ser essa prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

SIMPLES FEDERAL. EXCLUSÃO.

Data da Exclusão: 01/01/2006

A pessoa jurídica que ultrapassar o limite da receita bruta determinado pela legislação, será excluída do Simples a partir do ano-calendário Subseqüente, sujeitando-se às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido

Notificada em 08.08.2011, fl. 405, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 01.09.2011, fls. 406-, esclarecendo:

Considerações preliminares O SIMPLES x O COMPLEXO

Antes de adentrar no mérito do presente recurso, é fundamental apresentar estas considerações preliminares, para situar as peculiaridades do presente caso.

O advento da legislação do "simples" teve como objetivo retirar da informalidade milhares de empreendedores brasileiros, que por sua escassa instrução, mínima estrutura administrativa, inexperiência empresarial e dificuldade em lidar com a complexidade do nosso ordenamento tributário, ganham a vida com seu trabalho, sem organizar-se como uma empresa.

Sidnei Fellipe é um caso típico, que a legislação do Simples buscou alcançar.

Homem de instrução primária, pescador e comerciante de peixes, vive entre a água e a beira do mar, na busca de seu produto e na luta pelo seu sustento.

A parte formal de sua vida empresarial é confiada ao que eles chamam guarda-livros, ou contador, cuja estrutura é compatível com seu cliente.

O Recorrente, não conta com equipe administrativa, não tem linhas de crédito em banco e usa o cheque como instrumento de seu negócio. Ao contrário dos ensinamentos das aulas de Direito Comercial da Faculdade, o cheque deixou de ser "uma ordem de pagamento à vista", para tornar-se equivalente à duplicata, caução, garantia, adiantamento, linha de crédito de terceiros e tantos outros modos, que a necessidade das pessoas simples e sobretudo de BOA FE, utilizam para viabilizar seus negócios.

A conta corrente de um homem humilde e sem instrução como o Recorrente, poderá ter movimento razoável, mas em hipótese alguma, aquele volume traduz o que seria o seu faturamento. Usando de uma metáfora a conta do Recorrente se assemelha mais a uma gaveta de uma escrivaninha, em que circulam valores que não são da titularidade do Recorrente, mas mero meio de passagem para realizar negócios.

O próprio prefeito da cidade, que conhece essa categoria de trabalhadores, forneceu declaração que retrata com fidelidade a atuação dessas pessoas.

E comum, muito comum, que recebam valores de terceiros para adquirir junto aos pescadores artesanais os peixes que o comprador necessita. Quando o Recorrente recebe um depósito na sua conta no valor exemplificativo de R\$.15.000,00, este será usado para a compra de pescado e irá ser remunerado apenas com 8% a 10% desse valor. Ou seja, transitou na sua conta 15.000,00 reais, mas o seu ganho não passará de 1.200,00 reais.

Ao receber a intimação deve ter passado a mesma para o seu contador, que por motivos que se ignora não tinha ou não apresentou o livro respectivo. Sua defesa insistia na necessidade de uma perícia, pois era imperioso conhecer a realidade do Recorrente, que não se amolda com a estrutura de uma empresa normal, de porte médio.

A atividade do Recorrente tem características peculiares, seu extrato de conta não é nem de longe o retrato de seu faturamento.

A aplicação técnica e fria da legislação administrativa, pode ser correta no plano formal, mas não será justa e irá resultar na efetiva quebra do Recorrente.

O Simples terá deixado de cumprir sua finalidade, o Recorrente perderá tudo que tem e, seu destino será voltar para onde a mesma legislação quis ir buscá-lo: a informalidade, vida à margem do mar e à margem da lei.

A frieza formal não pode se sobrepor à realidade desse brasileiro típico, que usava a conta bancária para movimentar seu negócio e que, agora, tem nela um retrato irreal e distorcido de seu faturamento, para o cálculo de multas e encargos.

O pedido dele desde o início era simples, como homem simples que é, a possibilidade de provar mediante perícia que os cheques que transitaram em sua conta não são o seu faturamento, tanto que nunca procurou esconder ou utilizar outros meios para negociar e hoje é vítima de sua própria inocência.

O que era para ser Simples, para ele é complexo e esta complexidade pode levá-lo à ruína e devolvê-lo à informalidade.

O ACÓRDÃO

O acórdão proferido pela colenda 6a Turma da Delegada da Receita Federal do Brasil de Julgamento não examinou o caso concreto do Recorrente, limitando-se a tratar, genericamente, das acusações que lhe foram imputadas, sem que exista suporte relatório minimamente consistente, razão pela qual está a merecer reforma. [...]A Recorrente passa a demonstrar, assim, os fundamentos que estão a ensejar a reforma do r. acórdão, em razão da má interpretação dos fatos e aplicação da lei.

O ACÓRDÃO E A REALIDADE

A Recorrente é uma microempresa dedicada à pesca artesanal, que tem -como seu único sócio - o pescador Sidnei Martins Felipe. Trata-se de pessoa extremamente humilde, com instrução primária, que vive à beira do mar. Por razões óbvias, a Recorrente não dispõe de maior organização empresarial, na medida em que praticamente todas as atividades são realizadas por familiares ou amigos próximos.

Foi neste contexto que o Recorrente veio a ser surpreendido com a autuação ora questionada, por meio da qual a Fiscalização lhe imputa ter auferido, no ano de 2005, uma receita próxima aos R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais). É sobre esta absurda e irreal base de cálculo, que foram lavrados os autos de infração.

Data vénia, admitir como verdadeiras as conclusões obtidas pela Fiscalização é desconhecer a realidade, é ignorar as condições da comunidade de pescadores da cidade de Rio Grande, é contrariar a lógica e o bom senso. Afinal, se a Recorrente faturasse, nada mais, nada menos, do que QUATRO MILHÕES DE REAIS por ano, certamente seu único sócio não viveria nas condições que vive hoje com sua família!

A colenda Delegacia da SRF, por sua 6a Turma, julgou improcedente a impugnação ofertada pela Recorrente sem examinar, minimamente, a realidade dos fatos, por considerar que: "A nossa tarefa esgota-se em declarar se o ato administrativo questionado encontra - ou não - fundamento de validade na legislação de regência". Em suma, a realidade dos fatos pouco importa...

A NULIDADE DO ACÓRDÃO CERCEAMENTO DE DEFESA E IMPRESCINDIBILIDADE DA PROVA PERICIAL Desde o momento em que apresentou sua impugnação, a Recorrente formulou pedido de realização de perícia contábil sobre os dados bancários e financeiros que foram considerados pela Fiscalização na constituição do suposto crédito tributário. A produção desta prova é imprescindível em todos os sentidos, na medida em que se está a pretender que um pescador artesanal, que vive à beira do mar, arque com o pagamento de quase R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais!) em tributos.

A irrazoabilidade da cobrança, amparada apenas em presunções, é evidente.

Conforme já referido, o Recorrente é um microempresário que se dedica à pesca e à venda de peixes. Por óbvio, não dispõe de maior organização contábil ou empresarial, o que lhe torna impossível fornecer, com tamanha riqueza de detalhes, os dados requeridos no curso da fiscalização. Deste modo, era absolutamente imprescindível a realização da prova pericial antes do julgamento da impugnação.

Somente por meio de prova pericial contábil se tornaria possível apurar o montante total dos valores que circularam pelas contas correntes mantidas pela

Recorrente, bem como identificar as quantias que se destinavam a ingressar, efetivamente, no patrimônio da microempresa. O pedido de produção desta prova, no entanto, foi simplesmente ignorado pela Autoridade Fiscal, [...]~.

Ou seja, segundo a interpretação externada no acórdão, o direito de defesa, que a Constituição assegura seja amplo (art. 5º, LIV e LV), estaria condicionado ao arbítrio da Autoridade Fiscal. Assim, bastaria que fosse lavrado o auto de infração e indeferidas todas as provas postuladas pelo contribuinte, para que o Fisco estivesse autorizado a constituir o crédito tributário em seu favor. Nada mais absurdo!

Deste modo, em sede preliminar, a Recorrente postula a desconstituição do acórdão lavrado pela c. Turma de Julgamento, a fim de que seja permitida a produção da prova pericial postulada na impugnação, sob pena de cerceamento de defesa.

MERA CIRCULAÇÃO DE VALORES

Durante todo o procedimento fiscal, a Recorrente sempre destacou que os valores movimentados em suas contas bancárias eram oriundos da atividade de produtor rural desenvolvida pela pessoa física. Ou seja, evidentemente, os valores movimentados nestas contas não eram receitas da titularidade da pessoa jurídica, mas meros recebimentos de valores de clientes, cuja tributação se dava pela pessoa física, nos moldes dos arts. 58 a 71 do RIR/99.

Além dos valores tributados pela pessoa física, diversos outros depósitos realizados nas contas bancárias da Recorrente não são renda da sua atividade e, portanto, jamais poderiam ser inseridos na base de cálculo do IRPJ e CSLL.

Estes fatos, todavia, somente poderiam ser comprovados pela prova pericial.

A título de Ilustração, a Recorrente referiu na impugnação que:

a) grande parte dos valores movimentados nas contas bancárias tem origem em operações de "custódia" realizadas pela Recorrente junto a seus clientes. Isto é, por desenvolver uma atividade eminentemente artesanal, muitas vezes não dispõe do "capital de giro" necessário para a captura e comercialização dos pescados. Sendo assim, adota uma prática extremamente comum no seu meio comercial, que é o desconto de cheques junto a instituições financeiras. Em resumo, quando não dispõe de capital de giro, a "troca" cheques pré-datados junto a clientes, para que sejam:

a) descontados, em custódia, junto aos bancos, que recebem estes cheques e cobram as respectivas taxas de juros.

b) como a relação existente entre a Recorrente e seus clientes é fundada na confiança, em variadas ocasiões, presta serviço - não remunerado - para atender as necessidades dos mesmos. É comum que um cliente habitual peça para a Recorrente adquirir, junto aos pescadores da região, alguma espécie de pescado que não disponha no momento. Nestes casos, o dinheiro é depositado em suas contas e a Recorrente apenas promove o pagamento em nome do cliente.

c) Outra situação irrazoável que ocorre diz respeito à venda de patrimônio pessoal da contribuinte, em 2004, o Recorrente alienou uma embarcação de sua propriedade, cujo pagamento transcorreu até 2005. Ora, barco não é pescado! Contudo, estes valores foram tributados pelo Agente Fiscal como se fosse "renda" do contribuinte, o que demonstra a manifesta irrazoabilidade do procedimento fiscal.

Estes valores movimentados pela contribuinte - por óbvio - NÃO SÃO RECEITAS da sua atividade; todavia, o Agente Fiscal responsável pela lavratura do Auto de Infração ora impugnado considerou-os -equivocadamente - como "renda" e fez incidir os tributos ora exigidos (IRPJ, PIS, COFINS e INSS).

Estes exemplos são suficientes para demonstrar a nulidade do procedimento fiscalizatório, bem como a necessidade de reforma do acórdão recorrido.

OS VALORES DEPOSITADOS NAS CONTAS BANCÁRIAS:

A diferença entre: movimentação financeira renda

O procedimento fiscal em questão é nulo de pleno direito, na medida em que incide em manifesto equívoco, ao confundir "movimentação bancária" com "renda", para fins de tributação. O equívoco é maiúsculo e torna-se gritante ao se verificar que a Autoridade Fiscal simplesmente somou todos os depósitos bancários havidos nas contas correntes do contribuinte, ao longo de todo o exercício fiscal, e classificou-os como "renda", para fins de incidência tributária.

Ora, chega a ser evidente que, nem tudo que transita pela conta bancária de uma microempresa constitui RENDA passível de tributação pelo IRPJ/CSLL. A simples movimentação bancária, como identificada pela Autoridade Fiscal, constituía, à época dos fatos, a hipótese de incidência da CPMF, cujo fato gerador era justamente a movimentação financeira, independente de qualquer outro requisito. Ou seja, trata-se de tributo distinto e inconfundível.

O IRPJ e a CSLL desconsideram aqueles valores que não se enquadram no conceito jurídico de "receita", isto é, o efetivo ingresso da quantia no universo patrimonial do contribuinte. No caso concreto, entretanto, a fiscalização trata o IRPJ/CSLL como se CPMF fosse, para concluir que tudo o quanto entrou na conta bancária do contribuinte deve ser considerado como base de cálculo para fins de sua apuração.

Em suma, o procedimento adotado pela Autoridade Fiscal - em considerar os depósitos bancários realizados nas contas correntes do contribuinte, como se "renda" fossem - revela-se, além de arbitrário, absolutamente irrazoável, na medida em que confunde "movimentação financeira" (fato gerador da extinta CPMF), com "renda auferida" (fato gerador do IRPJ/CSLL). [...]

O procedimento em questão importa em aberta ofensa à Constituição Federal, no diz respeito à definição de materialidades distintas para cada um destes tributos, tendo em vista que considera "movimentação financeira" como "renda" do contribuinte, fazendo incidir, sobre todo o montante movimentado, o IRPJ e a CSLL, além de PIS, COFINS e INSS.

VALORES DE TERCEIROS

O parágrafo 5º do art. 42 da Lei 9430/96

É extremamente comum na atividade desenvolvida pela Recorrente, que transitem por sua conta bancária valores que não são seus e que recebe na condição de mero depositário, sem que jamais cheguem a ingressar em seu universo patrimonial e, muito menos, a ter disponibilidade econômica sobre os mesmos.

Conforme já referido, é comum que um cliente habitual peça para a Recorrente adquirir, junto aos pescadores da região, alguma espécie de pescado que

não disponha no momento. Assim, o dinheiro é depositado em suas contas correntes e ela apenas promove o pagamento em nome do cliente.

Neste sentido, o art. 42 da Lei 9430/96 é absolutamente taxativo em excluir da base de cálculo do Imposto de Renda os valores de terceiro que possam ter transitado pelas contas bancárias do contribuinte, tal como ocorre, no caso em tela, com adiantamentos de valores para pagamentos de despesas não relacionadas com a atividade desenvolvida pela ora Recorrente, [...].

Ou seja, depósitos que foram realizados por clientes do Recorrente, para que este, eventualmente viesse a promover o pagamento de alguma despesa não podem ser classificados como "renda" para fins de apuração do IRPF, sob pena de ofensa ao art. 42 da Lei 9430/96.

O caso em tela exigia, necessariamente, a realização de perícia técnica, a fim de apurar quais os valores depositados nas contas do contribuinte constituem "renda", excluindo-se todos os demais da base de cálculo do IRPF, conforme autoriza o art. 16, IV do Decreto nº 70.235, [...].

O CONCEITO DE RENDA

Conforme demonstrado, o Agente Fiscal fez incidir o imposto de renda sobre valores que jamais vieram a integrar o universo patrimonial da contribuinte, mas que foram simplesmente movimentados em suas contas correntes. É fundamental, portanto, ter claro o conceito de renda, para fins de incidência tributária, o que deve ser alcançado tendo como ponto de partida o art. 153 da Constituição, [...].

O conceito de renda tem sido recepcionado por todas as nossas Constituições, desde 1934. Trazido da ciência econômica, foi absorvido pelos ramos do direito, e quer expressar incremento ao patrimônio das pessoas, acréscimo financeiro, ingresso de numerários novos, o que em nada se confunde com o patrimônio já existente, muito menos com renda de terceiros.

O conceito legal de renda e proventos de qualquer natureza é retirado do já referido art. 43, I e II do Código Tributário Nacional, [...]

Sendo assim, inadmissível a consideração de que todos os valores que transitaram nas contas particulares da contribuinte sejam "renda" para fins de incidência tributária. O procedimento adotado pela Autoridade Fiscal é claramente ilegal e ofensivo ao disposto pela legislação tributária vigente, na interpretação que lhe é oferecida pelas Cortes Superiores.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES: DEPÓSITOS BANCÁRIOS, POR SI SÓ, NÃO CONSTITUEM O FATO GERADOR

A questão tratada na presente Impugnação também não é nenhuma novidade para este egrégio Conselho de Contribuintes. O entendimento deste Tribunal Administrativo orienta no sentido de que a simples constatação de movimentações financeiras não caracterizam, por si só, disponibilidade de receita. [...]

Ou seja, é absolutamente sedimentado, junto aos tribunais administrativos, o entendimento de que os depósitos bancários, por si só, não constituem fato gerador do IRPF, podendo refletir, quando muito, mero indicio de auferimento de renda. Nestes casos, rigorosamente idênticos ao ora examinado, a fiscalização deve - necessariamente - aprofundar a investigação acerca dos valores depositados nas contas-correntes, para que possa, somente assim, ter por caracterizado o fato gerador do IRPJ/CSLL.

ORIENTAÇÃO DOS TRIBUNAIS

Na esfera judicial, igualmente, desde a Súmula nº 182 do extinto TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS, restou averbado ser ilegítimo o lançamento arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários. [...] Em suma, não se pode confundir os valores que transitaram nas contas particulares do contribuinte, com o acréscimo patrimonial que enseja a incidência do IRPJ/CSLL. O procedimento fiscal ora examinado - que simplesmente presumiu que todos os valores depositados nas contas correntes da contribuinte sejam "renda" para fins de tributação - é abertamente ilegal, tendo em vista o entendimento pacífico dos tribunais administrativos e judiciais, no sentido de que a identificação da movimentação bancária nada mais é do que mero indício do auferimento de renda, jamais podendo ser tido por suficiente para a incidência do IR.

AS PRESUNÇÕES LEGAIS E O ART. 42 DA LEI 9430/96

O acórdão recorrido adota, como único fundamento, a "presunção" de que todos os valores depositados nas contas bancárias do contribuinte seriam "renda" por ele auferida no respectivo ano-calendário. Este procedimento, conforme se extrai, estaria amparado no disposto pelo art. 42 da Lei 9430/96. Cumpre analisar, portanto, a forma como se deu a aplicação deste dispositivo legal, qual seja, através da "presunção" de que todos os valores movimentados seriam "renda" do contribuinte.

Não é de hoje que a Administração tenta facilitar sua atividade fiscalizatória, mediante a utilização de presunções legais. Foram várias as tentativas de tributar a soma de depósitos bancários, como se renda fosse, até que o extinto Tribunal Federal de Recursos veio a editar a sua Súmula nº 182, estabelecendo que "é ilegítimo o lançamento do Imposto de Renda arbitrado apenas em extratos bancários" (DJU 28.V.1987). Como consequência desta orientação jurisprudencial, foi editado o Decreto-lei nº 2471/88, que dispôs: [...].

Uma vez reconhecida a ilegalidade da presunção "iuris et de jure" de que toda movimentação financeira seria renda do contribuinte, os interesses fazendários tornaram a tentar simplificar a ação fazendária, mediante a criação de uma nova presunção, esta "jús tantum". Para tanto, veio ao mundo o art. 42 da Lei 9430/96, que substituiu a presunção rechaçada pelo antigo TFR, transferindo ao contribuinte o ônus de provar que os depósitos identificados em suas contas bancárias não são rendimentos tributáveis.

A partir da nova sistemática, ou o contribuinte prova que os depósitos havidos em suas contas não são renda, ou presume-se que sejam e, assim, incide o IRPJ/CSLL.

A PRESUNÇÃO DO ART. 42 DA LEI 9430/96 APÓS A LC 105/2001

Dentro deste contexto, delineado a partir da norma do art. 42 da Lei 943J/96, é fundamental ter presente a edição da Lei Complementar nº 105/2001, que autoriza a quebra do sigilo bancário do contribuinte em sede administrativa.

Ou seja, com a LC 105/01, passou a ser franqueado ao Fisco o mais amplo acesso a todas as movimentações financeiras dos contribuintes, de modo que, para a fiscalização fazendária, tudo passou a ser devassável.

A questão a ser enfrentada, portanto, é saber se o Fisco, após a vigência da Lei Complementar nº 105/01 e fazendo uso dela, pode ainda se valer da presunção

relativa do artigo 42 da Lei 9430/96, que considera o depósito bancário, por si só, como omissão de rendimento ou receita, até que o contribuinte prove o contrário.

Conforme o § 4º do artigo 5º da LC 105/01, a Autoridade Fiscal poderá promover a quebra do sigilo bancário do contribuinte, em virtude de vislumbrar a existência de "indícios de omissão de receitas, movimentação financeira expressiva, e não apresentação dos extratos bancários solicitados". Por outro lado, o citado § 4º do artigo 5º da LC 105/01 determina que "a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar" para "realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos".

Ou seja, a LC 105/01 estabelece que havendo indícios de omissão de rendimentos o Fisco pode quebrar administrativamente o sigilo bancário do contribuinte e, se assim o faz, deve requisitar todas as informações que julgar conveniente "para a adequada apuração dos fatos".

Ora, se o Fisco pode e deve requisitar todos os documentos que julgar necessários à adequada apuração dos fatos, como determina a LC 105/01, impõe-se que a tributação seja real e efetiva, acerca da omissão de rendimentos ou receitas, as quais devem ser identificadas e comprovadas pelo Fisco, não se podendo aceitar que venha a tributar os depósitos bancários com base na presunção do artigo 42 da Lei 9.430/96, transferindo ao contribuinte o ônus probatório que lhe incumbe!

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Ademais, observando-se os princípios da legalidade cerrada em matéria fiscal, da capacidade contributiva e da isonomia tributária, previstos na Constituição, é forçoso concluir que sempre deve prevalecer a apuração real da base de cálculo dos tributos em detrimento de apuração presumida, como adotada pelo Agente Fiscal no caso em tela. [...] Ou seja, o uso das presunções em matéria fiscal sofre as limitações impostas pelos princípios constitucionais enunciados, além de não impedir a modificação da matriz constitucional de incidência tributária. No presente caso, portanto, não poderia o Agente Fiscal, com base no artigo 42 da Lei 9.430/96, transformar "movimentação bancária" em "renda" que tem definição em lei complementar material (CTN, art. 43), segundo o qual, "renda" é sempre um plus, quer por representar a disponibilidade de um produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, quer por representar um acréscimo de patrimônio em determinado período de tempo. [...]

Desta forma, o depósito bancário é um mero indício de aquisição de disponibilidade de renda ou proventos de qualquer natureza e, como tal, jamais poderia ser considerado pelo Agente Fiscal como "renda" no conceito constitucional consoante delineado pelo CTN. Sendo assim, não há como se tolerar o arbitrário procedimento chancelado pelo v. acórdão recorrido.

NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DE SINAIS EXTERIORES DE RIQUEZA ART. 6º DA LEI 8021/90

Outro aspecto que merece destaque é que, mesmo diante presunção legal do art. 42 da Lei 9430/96, os tribunais pátrios jamais deixaram de exigir que, além da identificação das movimentações bancárias, o Fisco demonstre, junto ao contribuinte, os "sinais exteriores de riqueza" aptos a revelar sua capacidade contributiva, para que, somente assim, possa validamente tributar tais valores. Tal entendimento decorre da sistemática estabelecida pelo art. 6º da Lei 8021/90, conforme se pode verificar pelo seguinte julgado: [...]

No caso em tela, portanto, a Autoridade Fiscal jamais poderia ter simplesmente considerado como "renda" todos os depósitos havidos nas contas bancárias da Recorrente e, assim, arbitrariamente, impor uma estratosférica exação fiscal, muitas vezes superior a todo o universo patrimonial da contribuinte.

Cumpria à Autoridade Fiscal observar o art. 6º da Lei 8021/90: [...]

Ou seja, para que fosse minimamente válido o procedimento adotado pelo Agente Fiscal, este deveria ter promovido a notificação da contribuinte para, somente após, instaurar o "devido procedimento fiscal de arbitramento" (§3º), onde seriam examinados os seus sinais exteriores de riqueza e, adotando a modalidade que mais o favorecesse (§6º), fossem apurados eventuais valores não-recolhidos.

Ou seja, o devido procedimento fiscal foi suprimido pelo Agente Fiscal, o que torna imprestável, porque nulo, todo o procedimento que redundou na lavratura do Auto de Infração ora impugnado e, conseqüentemente, inválida a exigência fiscal.

AUSÊNCIA DE PATRIMÔNIO COMPATÍVEL COM A EXAÇÃO: VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

No exame do caso concreto, a ilegalidade da exação imposta ao contribuinte torna-se absolutamente clara, na medida em que a imposição fiscal, relativa a apenas um exercício fiscal (2005), corresponde quase quatro vezes o patrimônio do contribuinte (!!!), conforme se pode verificar pelos documentos de que dispunha o Agente Fiscal.

Caso o Agente Fiscal tivesse observado o devido procedimento fiscal de arbitramento, teria constatado, que a microempresa autuada é uma firma individual que tem como titular é um humilde pescador, cujo patrimônio é quase quatro vezes menor do que o valor que está sendo exigido pelo Auto de Infração ora impugnado, conforme comprovado à fls. 220.

Ou seja, o Recorrente não apresenta qualquer sinal de riqueza compatível com a exigência fiscal que está a lhe ser imposta, no vultoso valor de R\$ 802.844,37! Ou seja, o Auto de Infração ora impugnado pretende impor ao contribuinte - com base em uma presunção legal - uma cobrança quase quatro vezes superior ao valor de todo o seu patrimônio, o que, por si só, viola frontalmente o princípio da capacidade contributiva!!! Resta claro, portanto, que o patrimônio do Recorrente é absolutamente compatível com a renda por ele declarada nos exercícios fiscais em questão, tornando ainda mais evidente a insubsistência das conclusões externadas pelo acórdão.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui que:

Ante o exposto, requer seja recebido, processado e integralmente acolhido o presente Recurso Voluntário por este e. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, consoante os fundamentos ora delineados, por ser medida de evidente Justiça.

De ordem, por designação como redatora *ad hoc*, cabe formalizar a presente decisão, dado que o relator original não mais compõe o colegiado, nos termos art. 17 e do art. 18, ambos do Anexo II do Regimento Interno do CARF.

Está registrada na Ata da Reunião de Julgamento formalizada no processo nº 15169.000109/2011-62:

Aos oito dias do mês de maio do ano de dois mil e quatorze, às nove horas, Pauta de julgamento dos recursos das sessões ordinárias a serem realizadas nas datas a seguir mencionadas, no Setor Comercial Sul, Quadra 01, Edifício Alvorada, Andar, Sala , em Brasília - Distrito Federal , reuniram-se os membros da 3ªTE/4ªCÂMARA/1ªSEJUL/CARF/MF/DF, estando presentes CARMEN FERREIRA SARAIVA (Presidente), MEIGAN SACK RODRIGUES, SERGIO RODRIGUES MENDES, WALTER ADOLFO MARESCH, SERGIO LUIZ BEZERRA PRESTA, VICTOR HUMBERTO DA SILVA MAIZMAN, ARTHUR JOSE ANDRE NETO e eu, MARISTELA DE SOUSA RODRIGUES, Chefe da Secretaria, a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária. [...]

Relator(a): VICTOR HUMBERTO DA SILVA MAIZMAN

Processo: 17698.000047/2009-11

Recorrente: S M FELIPPE & CIA LTDA ME

Acórdão 1803-002.201

Decisão: Por unanimidade de votos negaram provimento ao recurso voluntário.

Votação: Por Unanimidade Questionamento: RECURSO VOLUNTARIO Resultado: Recurso Voluntário Negado Crédito Tributário Mantido

Toda numeração de folhas indicada nessa decisão se refere à paginação eletrônica dos autos em sua forma digital ou digitalizada.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Redatora Designada *Ad Hoc*

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele tomo conhecimento, inclusive para os efeitos do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional.

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos.

Cabe ao Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, no exercício da competência da RFB, em caráter privativo constituir o crédito tributário pelo lançamento. Esta atribuição é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, ainda que ele seja de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo. É a autoridade legitimada para proceder ao exame da escrita fiscal da pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador.

Nos casos em que dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário, os Autos de Infração podem ser lavrados sem prévia intimação à pessoa jurídica no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do seu estabelecimento, os quais devem estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. Estes atos administrativos, sim, não prescindem da intimação válida para que se instaure o processo, vigorando na sua totalidade os direitos, deveres e ônus advindos da relação processual de modo a privilegiar as garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes¹.

As manifestações unilaterais da RFB foram formalizadas por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos que lhe conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade, ou seja, para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente. Tratando-se de ato vinculado, a Administração Pública tem o dever de motivá-lo no sentido de evidenciar sua expedição com os requisitos legais².

Os Autos de Infração foram lavrados por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, que verificou a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo, aplicou a penalidade cabível e determinou a exigência com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-la ou impugná-la no prazo legal, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional.

A autoridade tributária tem o direito de examinar a escrituração e os documentos comprobatórios dos lançamentos nela efetuados e a pessoa jurídica tem o dever de exibi-los e conservá-los até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram, bem como de prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos³.

O ato de exclusão foi emitido com base na legislação de regência da matéria (Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

¹ Fundamentação legal: inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 142 e art. 195 do Código Tributário Nacional, art. 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, art. 9º, art. 10, art. 23 e 59 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, Decreto nº 6.104, de 30 de abril de 2007, art. 2º e art. 4º da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999 e Súmulas CARF nºs 6, 8, 27 e 46.

² Fundamentação legal: art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

³ Fundamentação legal: art. 142 e art. 195 do Código Tributário Nacional, art. 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, art. 10 e art. 59 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e art. 2º e art. 4º da Lei nº 9.784

As Autoridade Fiscais agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. 4 Desse modo, não tem validade jurídica a alegação da Recorrente.

A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente e da qual a pessoa jurídica foi regularmente cientificada. Ainda, na apreciação da prova, a autoridade julgadora formou livremente sua convicção, em conformidade do princípio da persuasão racional⁵.

Em relação à omissão, vale ressaltar que esse instituto, em termos de embargos de declaração, é a falta de manifestação do julgado sobre ponto em que se impunha o seu pronunciamento de forma obrigatória, dentro dos ditames da causa de pedir.

O argumento referente à suposta omissão na decisão de primeira instância não prevalece. Sobre a matéria a Constituição Federal prevê:

Art. 93 [...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...].

O Supremo Tribunal Federal como “guardião da constituição” em seu sítio institucional indica jurisprudência como parâmetro de interpretação dos dispositivos da Carta Magna no ícone “A Constituição e O Supremo”⁶. Sobre o mencionado inciso IX do art. 93 da CF tem cabimento colacionar os seguintes entendimentos:

“Não há falar em negativa de prestação jurisdicional quando, como ocorre na espécie vertente, ‘a parte teve acesso aos recursos cabíveis na espécie e a jurisdição foi prestada (...) mediante decisão suficientemente motivada, não obstante contrária à pretensão do recorrente’ (AI 650.375-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 10-8-2007), e ‘o órgão julgante não é obrigado a se manifestar sobre todas as teses apresentadas pela defesa, bastando que aponte fundamentadamente as razões de seu convencimento’ (AI 690.504-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJE de 23-5-2008).” (AI 747.611-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 13-10-2009, Primeira Turma, DJE de 13-11-2009.) No mesmo sentido: AI 811.144-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 28-2-2012, Primeira Turma, DJE de 15-3-2012; AI 791.149-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 17-8-2010, Primeira Turma, DJE de 24-9-2010; AI 791.441-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010; AI 701.567-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 1º-6-2010, Primeira Turma, DJE de 27-8-2010. [...]

⁴ Fundamentação legal: art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal.

⁵ Fundamentação legal: art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 02 dez.2014. Autenticado digitalmente em 25/06/2015 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 25/06/2015 por CARMEN FERREIRA SARAIVA

Não viola o art. 93, IX, da CF o acórdão que adota os fundamentos da sentença de primeiro grau como razão de decidir.” (HC 98.814, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 23-6-2009, Segunda Turma, DJE de 4-9-2009.) No mesmo sentido: HC 94.384, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 2-3-2010, Primeira Turma, DJE de 26-3-2010. Vide: AI 789.441-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 9-11-2010, Primeira Turma, DJE de 25-11-2010; AI 664.641-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 16-9-2008, Primeira Turma, DJE de 20-2-2009; MS 25.936-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-6-2007, Plenário, DJE de 18-9-2009; HC 86.533, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 8-11-2005, Primeira Turma, DJ de 2-12-2005. [...]

A falta de fundamentação não se confunde com fundamentação sucinta. Interpretação que se extrai do inciso IX do art. 93 da CF/1988.” (HC 105.349-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 23-11-2010, Segunda Turma, DJE de 17-2-2011.) [...]

O art. 93, IX, da CF exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.” (AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 23-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010, com repercussão geral.) No mesmo sentido: AI 737.693-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 9-11-2010, Primeira Turma, DJE de 26-11-2010; AI 749.496-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 18-8-2009, Segunda Turma, DJE de 11-9-2009; AI 697.623-AgR-ED-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 9-6-2009, Primeira Turma, DJE de 1º-7-2009; AI 402.819-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 12-8-2003, Primeira Turma, DJ de 5-9-2003. [...]

A CF não exige que o acórdão se pronuncie sobre todas as alegações deduzidas pelas partes.” (HC 83.073, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 17-6-2003, Segunda Turma, DJ de 20-2-2004.) No mesmo sentido: HC 82.476, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 3-6-2003, Segunda Turma, DJ de 29-8-2003, RE 285.052-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 11-6-2002, Segunda Turma, DJ de 28-6-2002.

Assim, o Ato Declaratório Executivo DRF/Pelotas/RS nº 19, de 13.08.2009, fl. 344, os Autos de Infração, fls. 242-284 e o Acórdão da 6ª TURMA/DRJ/POA/RSA nº 10-32.725, de 07.07.2011, fls. 382-399, contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos no processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos, em observância às garantias ao devido processo legal. O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício. A proposição afirmada pelas defendentes, desse modo, não tem cabimento.

A Recorrente suscita que o ato de instauração do procedimento fiscal contém vício.

Na atribuição do exercício da competência da RFB, em caráter privativo, cabe ao Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, no caso de verificação do ilícito, constituir o crédito tributário pelo lançamento, cuja atribuição é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. Esses procedimentos são instaurados mediante Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) objetivando a verificação do cumprimento das obrigações tributárias, por parte da pessoa jurídica, mediante termo circunstanciado do qual será dada ciência ao sujeito passivo.

As decorrentes de inclusão, exclusão ou substituição da autoridade fiscal, bem como dos tributos a serem examinados ou do período de apuração são procedidas mediante emissão de ato complementar. Verificado que o fato ilícito também é uma situação definida em lei como necessária e suficiente à ocorrência de fato gerador de tributos diversos e a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova, estes são considerados incluídos no procedimento de fiscalização, independentemente de menção expressa.

O MPF tem validade por cento e vinte dias prorrogáveis quantas vezes sejam necessárias, observando em cada ato o prazo de 60 sessenta dias, cujas informações ficam disponíveis da pessoa jurídica na *internet* independentemente notificações sucessivamente formalizadas. A sua extinção ocorre com a conclusão do procedimento fiscal registrado em termo próprio. Este ato é *interna corporis* de controle interno e eventuais vícios são consideradas meras irregularidades, que não têm efeito de contaminar de nulidade do crédito constituído pelo lançamento de ofício⁷.

No presente caso, o procedimento está regular, uma vez que o Delegado da Receita Federal do Brasil Adjunto de Pelotas/RS expediu o MPF nº 10.1.02.00-2008-00148-4, fl. 381, foi prorrogado quatro vezes, sendo que a última prorrogação foi até 21.03.2009. Como a ciência do Auto de Infração deu-se em 03.02.2009, não ocorreu a extrapolação do prazo. A proposição mencionada pela defendente, por conseguinte, não tem validade.

A Recorrente solicita a realização de todos os meios de prova.

Sobre a matéria, vale esclarecer que no presente caso se aplicam as disposições do processo administrativo fiscal que estabelece que a peça de defesa deve ser formalizada por escrito incluindo todas as teses e instruída com os todos documentos em que se fundamentar, precluindo o direito de a Recorrente praticar este ato e apresentar novas razões em outro momento processual, salvo a ocorrência de quaisquer das circunstâncias ali previstas, tais como fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos⁸.

Embora lhe fossem oferecidas várias oportunidades no curso do processo a Recorrente não apresentou a comprovação inequívoca de quaisquer inexactidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo constantes nos dados informados à

⁷ Fundamentação legal: art. 142 do Código Tributário Nacional. art. 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, art. 10 e 23 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e Decreto nº 6.104, de 30 de abril de 2007.

⁸ Fundamentação legal: art. 16 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e art. 170 do Código Tributário

RFB ou ainda quaisquer fatos que tenham correlação com as situações excepcionadas pela legislação de regência.

A realização desses meios probantes é prescindível, uma vez que os elementos probatórios produzidos por meios lícitos constantes nos autos são suficientes para a solução do litígio. A justificativa arguida pela defendente, por essa razão, não se comprova.

A Recorrente discorda da apuração da omissão de receitas com base em depósitos bancários.

A autoridade fiscal tem o direito de examinar a escrituração e os documentos comprobatórios dos lançamentos nela efetuados e a pessoa jurídica tem o dever de exibí-los e conservá-los até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram que modifiquem ou possam vir a modificar sua situação patrimonial, bem como de prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

O pressuposto é de que a pessoa jurídica deve manter os registros de todos os ganhos e rendimentos, qualquer que seja a denominação que lhes seja dada, independentemente da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorram de ato ou negócio. A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor dela dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais. Fica sujeita a todas as presunções de omissão de receitas existentes na legislação tributária a pessoa jurídica optante pelo Simples.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido denominado Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) é mensal e uma opção do sujeito passivo para todo ano-calendário, desde que observados os requisitos legais, devendo ser manifestada mediante a alteração cadastral no prazo previsto em lei.

É determinado pela aplicação do percentual correspondente ao valor acumulado mensalmente da receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos. Abrange o IRPJ, Pis, CSSL, Cofins, INSS e IPI, se for estabelecimento industrial.

Está dispensada de escrituração comercial desde que mantenha o Livro Caixa, no qual deve estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária, o Livro de Registro de Inventário, no qual deve constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário, bem como todos os documentos e demais papéis que serviram de base para sua a escrituração⁹.

Caracteriza omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Positivada em uma norma com os atributos de ser abstrata, geral, imperativa e impessoal, há presunção de ocorrência do fato gerador da

⁹ Fundamentação legal: art. 195 do Código Tributário Nacional, art. 51 da Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985, art. 9º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, art. 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 1º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 e art. 2º e art. 5º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

obrigação tributária, o que afasta a obrigatoriedade de a Fazenda Pública comprovar a relação de causalidade entre o fato e o ilícito tributário.

Cabe à pessoa jurídica o ônus de provar a veracidade de fatos registrados na sua escrituração de modo a desconstituir inequivocamente a relação jurídica presumida. Assim, se o ônus da prova, por presunção legal, é da Recorrente, cabe a ela comprovar a origem dos recursos informados para acobertar a movimentação financeira.

É determinada mensalmente pelo somatório de cada crédito, que deve ser analisado de forma individual, observando que os depósitos de um mês não servem para comprovar a origem de depósitos havidos em meses subsequentes. A sua titularidade, via de regra, pertence à pessoa jurídica indicada nos dados cadastrais. Podem ser excluídos, mediante demonstração inequívoca, os créditos decorrentes de transferências de outras contas do própria pessoa jurídica, de mútuos destinados a fins econômicos, de cheques objeto de devolução e de resgates de aplicações financeiras. Assim, é regular o procedimento de fiscalização que, após a análise da sua escrituração, examina os documentos referentes à sua movimentação financeira para verificar a compatibilidade entre as informações.

Ademais, a presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996 dispensa o Erário de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada tampouco se pauta por sinais exteriores de riqueza. Na tributação da omissão de rendimentos ou receitas caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, os depósitos de um mês não servem para comprovar a origem de depósitos havidos em meses subsequentes, em conformidade com as Súmulas CARF nºs 26 e 30.

Constatada a disparidade a pessoa jurídica é intimado a demonstrar a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito. Os valores, em relação aos quais não foram evidenciadas as origens, presumem receitas omitidas, o que dispensa a autoridade administrativa de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada¹⁰.

Em relação à possibilidade jurídica de obtenção dos dados bancários pela autoridade tributária da RFB tem-se que no caso em que há processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso o agente fiscal pode examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, desde que tais exames sejam considerados indispensáveis. É certo que o resultado dos exames, as informações e os documentos devem ser conservados em sigilo¹¹.

Prevalece o entendimento de que o sigilo bancário, fundado constitucionalmente no direito à privacidade¹², não se reveste de caráter absoluto, possibilitando a lei o seu afastamento em determinadas hipóteses. Não há que se confundir quebra de sigilo bancário com solicitação de informações cadastrais lastreada em processo administrativo fiscal regularmente instaurado e subscrita por autoridade administrativa competente.

¹⁰ Fundamentação legal: art. 195 do Código Tributário Nacional, art. 51 da Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985, art. 9º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, art. 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 1º e art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 2º, art. 5º e art. 18 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996 e Súmulas CARF nºs 06, 30, 32 e 61.

¹¹ Fundamentação legal: art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 e janeiro de 2001.

¹² Fundamentação legal: incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal.

A matéria (art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001) é objeto de recuso extraordinário com repercussão geral em análise no Supremo Tribunal Federal (STF), tema de nº 225, sem trânsito em julgado (art. 543-B do Código de Processo Civil - CPC)¹³ e por essa razão não vincula o agente público, enquanto não houver decisão definitiva sobre a matéria.

Ressalte-se que o exame dos dados financeiros afigura-se como medida necessária e não afeta esfera de privacidade da pessoa jurídica, mormente quando há previsão legal permissiva expressa e esta se destina a identificar a materialidade do ilícito tributário. Além disso esses dados devem ser mantidos em sigilo pela autoridade fiscal. Assim, não há que se falar em obtenção de prova por meio ilícito.

Havendo procedimento administrativo instaurado, a prestação, por parte das instituições financeiras, de informações solicitadas pelo órgão fiscal tributário não constitui quebra do sigilo bancário, mas de mera transferência de dados protegidos pelo sigilo bancário às autoridades obrigadas a mantê-los no âmbito do sigilo fiscal.

Feitas essas considerações normativas, tem cabimento a análise da situação fática tendo em vista os documentos já analisados pela autoridade de primeira instância de julgamento e aqueles produzidos em sede de recurso voluntário.

Está registrado no Relatório de Verificação Fiscal, fls. 226-241, cujas informações estão comprovadas nos autos e cujos fundamentos cabem ser adotados de plano:

Em cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal nº 1010200-2008-00148, verificamos, por amostragem, o cumprimento das obrigações tributárias pelo contribuinte supracitado referente ao ano-calendário 2.005, e efetuamos o presente lançamento de ofício, nos termos do artigo 926 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99), tendo em vista que foram apuradas as infrações abaixo descritas:

1- Da Empresa Fiscalizada

A empresa fiscalizada, constituída sob a forma de firma mercantil individual, possui como titular o Sr. Sidnei Martins Felipe, CPF nº 218.424.009/59.

Tem por objeto social o comércio atacadista, importação e exportação de pescados e frutos do mar, e também atividades e serviços relacionados à pesca, industrialização do pescado, crustáceos e moluscos.

Anexamos cópia do requerimento de empresário, firmado em 14/05/2004, correspondente à constituição da empresa.

2- Do Início da Ação Fiscal

Ao ser efetuado cruzamento de informações disponíveis nos sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) com as prestadas pelo próprio contribuinte, para o ano de 2.005, observou-se grande divergência entre o valor que serviu de base de cálculo para a cobrança de CPMF e o informado na

¹³

Disponível

em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2689108&numeroProcesso=601314&classeProcesso=RE&numeroTema=225>>. Acesso em 16 ago. 2014.

Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica (DSPJ). Foi então emitido o MPF 1010200-2008-00148.

O procedimento fiscal teve início em 12/06/2008, com a ciência, via postal, comprovada através do Aviso de Recebimento - AR nº RC 45276592 9 BR, da Intimação nº 009/2008. Através desta foi solicitada a apresentação dos seguintes elementos:

Contrato Social/Registro de Constituição da empresa e alterações posteriores;

Livros contábeis (Diário e Razão) e/ou Livro Caixa;

Livro Registro de Apuração do ICMS ou do ISS;

Recibos de entrega de DCTFs;

Extrato de todas as contas bancárias mantidas no ano de 2005.

Rogamos também, ao contribuinte, informar a existência de ação judicial referente a tributos e contribuições federais.

3 - Da Análise da Documentação

O contribuinte, em atendimento à intimação supra, e à Intimação 016/2008 (pela qual foi reintimado a apresentar os extratos bancários), apresentou os seguintes documentos:

Requerimento de empresário;

Registro de Entradas e Saídas;

Registro de Apuração do ICMS;

Extratos com a movimentação da conta-corrente em 2005, nas seguintes instituições: Banco do Brasil, Unibanco, Banrisul e Banco Santander.

Analisando os elementos apresentados, verificamos que:

a empresa apresentou Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - Simples (DSPJ);

a DSPJ foi entregue com os valores de faturamento zerados para todo o ano de 2005;

no Registro de Apuração do ICMS, os valores das saídas correspondem ao CFOP 6.102 (venda de mercadoria adq./rec. de terceiros), cujos totais mensais são os mesmos constantes no livro Registro de Saídas, os quais perfazem um total no ano de R\$ 189.143,14;

analisando os extratos bancários apresentados pela empresa, vislumbramos um expressivo quantitativo de créditos durante o ano, superando em mais de 25 vezes as receitas escrituradas, como visualizado a seguir:

2005	Reg ICMS	Reg Saída	DSPJ	Extratos
Jan	0,00	0,00	0,00	253.331,09
Fev	0,00	0,00	0,00	223.542,03

Mar	0,00	0,00	0,00	264.449,58
Abr	47.601,00	47.601,00	0,00	279.607,10
Mai	53.942,00	53.942,00	0,00	807.825,69
Jun	10.050,00	10.050,00	0,00	409.324,58
Jul	9.409,00	9.409,00	0,00	590.039,65
Ago	16.892,00	16.892,00	0,00	658.200,88
Set	7.988,00	7.988,00	0,00	462.144,10
Out	16.926,86	16.926,86	0,00	565.791,23
Nov	17.186,64	17.186,64	0,00	550.942,21
Dez	9.147,64	9.147,64	0,00	496.005,97
Total	189.143,14	189.143,14	0,00	5.561.204,11

Com o propósito de se esclarecer as divergências entre o escriturado e a movimentação bancária, emitiu-se a Intimação nº 026/2008, para que fossem justificadas as origens de tais créditos através de documentação hábil e idônea. Ressalte-se que, nesta ocasião, foram desconsiderados os créditos relativos a transferências entre as contas de mesma titularidade, empréstimos obtidos, devoluções de cheques e estornos de débitos.

Em resposta, por escrito, a contribuinte - basicamente - informou que os valores movimentados em conta-corrente da Pessoa Jurídica referem-se à comercialização de produtos da atividade de produtor rural da Pessoa Física relativos ao ano de 2.004, sendo utilizada uma conta de pessoa jurídica por ter maiores vantagens em relação a uma conta de pessoa física, em relação a juros, taxas e limite de créditos.

Não tendo, ao nosso ver, havido a justificativa pedida, foi o contribuinte novamente instado a justificar os créditos apurados, pela Intimação 031/2008, sendo cientificado de que a não comprovação ensejaria lançamento de ofício por omissão de rendimentos, com base no art. 42 da Lei nº 9.430/96. Desta vez, pela reanálise do histórico descrito em cada operação, onde foi possível a identificação, desconsideramos os créditos provenientes das transferências das contas do titular da empresa (Sidnei Martins Felipe).

O total de créditos a justificar nas duas intimações citadas é o seguinte:

	Crédito anual a justificar
1. Intimação 026/2008	4.413.222,99
2. Intimação 031/2008	4.257.522,99
3. Valor desconsiderado	155.700,00

Interessante observar que tal diferença (linha 3) é bem próxima do valor declarado e tributado pelo titular da empresa em sua Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física/2006 como receita bruta da atividade rural (R\$ 119.643,00). Assim sendo, e segundo o alegado em sua resposta, acima referida, este valor ora desconsiderado é oriundo da atividade da pessoa física, e assim tributado, restando não comprovado o valor constante na linha 2.

Mais uma vez, agora em resposta à intimação 031, a contribuinte atribuiu a movimentação bancária constante dos extratos apresentados à atividade de produtor

rural do seu titular no ano anterior, apresentando, para tal, planilha elaborada por Auditor-Fiscal quando da realização de ação fiscal contra a pessoa física no ano de 2.004, na qual este apurou emissão de notas fiscais do produtor no montante anual de RS 1.672.771,80. De novo, não vislumbramos justificativa ao solicitado.

Tendo em vista, porém, que quando de sua última resposta, solicitou o agendamento de horário para fazer esclarecimentos, emitimos a Intimação 037/2008, na qual ratificamos o pedido de justificativa dos valores creditados nas contas bancárias da empresa em 2.005 e nos colocamos à disposição, na Agência da Receita Federal, para quaisquer esclarecimentos que desejasse fazer.

Após o prazo estipulado na intimação para atendimento, o contribuinte apresentou, por escrito, duas manifestações. Na primeira, apresentada em 12/12, alega que os valores sob análise referem-se à comercialização de produtos da pessoa física e que esta já foi objeto de ação fiscal, a qual parcelou. Na segunda, apresentada em 15/12, apresenta cópias de proposição de ação monitoria proposta por Sidnei Martins Felipe, titular da empresa auditada, contra SUL TRADING EXPORTAÇÃO IMPORTAÇÃO E NEGÓCIOS DA PESCA LTDA; cheques emitidos por SUL TRADING EXP IMP E NEGÓCIOS P LTDA;

Termo de Audiência de Instrução e Julgamento, com homologação de acordo entre as partes.

Os cheques estão a seguir resumidos, ordenados por data de apresentação: [...]

Não encontramos correspondência entre banco, data e valor nos extratos bancários.

Novamente, concluímos não ter ocorrido a competente justificativa aos créditos apurados durante o ano de 2.005, já que em nenhum momento, durante a realização do procedimento, a fiscalizada promoveu a ilação entre os créditos apurados e o alegado, o que deve ser feito mediante documentos hábeis e idôneos, os quais guardem com aqueles coincidência entre datas e valores.

Todavia, verificamos que algumas operações de devoluções de cheques não foram devidamente deduzidos na conciliação feita até o momento. Em vista disto, procedemos a exclusão de tais operações, as quais, juntamente com as exclusões anteriormente realizadas (créditos relativos a transferências entre as contas de mesma titularidade, empréstimos obtidos, devoluções de cheques, estornos de débitos e créditos provenientes das transferências das contas do titular da empresa), resultaram nos seguintes valores mensais de créditos sem comprovação de origem: [...]

Então, por disposição legal, não tendo a contribuinte, em nosso entendimento, conseguido comprovar as origens de tais créditos, consideramos estes como receitas efetivas da empresa, oriundas do exercício das atividades constantes de seu objeto social.

4 - Da omissão de rendimentos Em relação a tributação de depósitos bancários, estabelece a Lei nº 9.430/96:

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

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

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

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

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

Como descrito no item anterior, após várias solicitações feitas à contribuinte para que justificasse, mediante documentação hábil, a procedência dos valores creditados em suas contas-correntes em 2.005, em nosso entendimento, a mesma não logrou tal êxito.

Então, por disposição legal, não havendo a comprovação das origens dos créditos apurados após as conciliações feitas, consideramos estes como receitas omitidas pela empresa.

Como já descrito, verificamos que a contribuinte, no ano-calendário 2.005, apresentou a Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica com os valores de faturamento zerados.

Fizemos, então, o cálculo do Simples devido para o ano em referência, levando-se em consideração as receitas apuradas. Tal cálculo pode ser visualizado na planilha a seguir:

	DSPJ			Extratos bancários		
	Receita bruta	Rec. Bruta acumul.	% utilizado	Rec. Bruta apurada	RB Acumul. apurada	% a aplicar
Jan	0,00	0,00	0,00	120.000,00	120.000,00	5,00
				62.014,02	182.014,02	5,40
Fev	0,00	0,00	0,00	206.737,19	388.751,21	6,20
Mar	0,00	0,00	0,00	209.327,70	598.078,91	6,60
Abr	0,00	0,00	0,00	246.101,52	844.180,43	7,80
Mai	0,00	0,00	0,00	355.819,57	1.200.000,00	8,60
				186.540,95	1.386.540,95	10,32
Jun	0,00	0,00	0,00	346.782,90	1.733.323,85	10,32
Jul	0,00	0,00	0,00	465.536,58	2.198.860,43	10,32
Ago	0,00	0,00	0,00	453.681,18	2.652.541,61	10,32
Set	0,00	0,00	0,00	306.170,90	2.958.712,51	10,32
Out	0,00	0,00	0,00	341.799,93	3.300.512,44	10,32
Nov	0,00	0,00	0,00	349.787,21	3.650.299,65	10,32
Dez	0,00	0,00	0,00	294.890,15	3.945.189,80	10,32

Então, por haver divergências entre os valores de tributos declarados pela contribuinte e aqueles apurados por esta fiscalização, procedemos ao presente lançamento, para exigir, de ofício, tais diferenças.

O cálculo dos tributos devidos, multas de ofício e juros, bem como os respectivos enquadramentos legais constam dos Autos de Infração dos quais este relatório faz parte.

O presente lançamento de ofício visa resguardar os interesses da Fazenda Nacional com relação aos fatos descritos, não impedindo a realização de novas fiscalizações nesta ou em outras operações dentro do prazo decadencial.

Assim, verifica-se que foram excluídos todos os valores creditados em conta corrente mantida junto à instituição financeira, que a Recorrente é titular cujas origens foram comprovadas, mediante documentação hábil e idônea.

A omissão de receita foi determinada mensalmente pelo somatório de cada crédito, que foi analisado de forma individual, procedimento que foi rigorosamente observado pelas autoridades fiscais, de modo que cada valor creditado em conta de depósito ou de investimento mantida junto às instituições financeiras, a Recorrente titular foi regularmente intimada não comprovou com novos documentos, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Não foram produzidos no processo novos elementos de prova, de modo que o conjunto probatório já produzido evidencia que o procedimento de ofício está correto. A inferência denotada pela defendente, nesse caso, não é acertada.

A Recorrente discorda da incidência de juros de mora equivalentes à taxa Selic.

O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, e se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês¹⁴. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) para títulos federais, nos termos da Súmula CARF nº 4.

Por conseguinte, os débitos tributários não pagos nos prazos legais são acrescidos de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic, seja qual for o motivo determinante da falta. Este é o entendimento constante na decisão definitiva de mérito proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em recurso especial repetitivo nº 1.111.175/SP, cujo trânsito em julgado ocorreu em 09.09.2009¹⁵ e que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF¹⁶. A proposição afirmada pela defendente, desse modo, não tem cabimento.

A Recorrente discorda da aplicação da multa de ofício proporcional.

¹⁴ Fundamentação legal: art. 161 do Código Tributário Nacional.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Repetitivo nº 1111175/SP. Ministra Relatora: Denise Arruda. Primeira Seção, Brasília, DF, 10 de junho de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=892437&sReg=200900188256&sData=20090701&formato=PDF>. Acesso em: 31 ago.2011.

¹⁶ Fundamentação legal: art. 161 do Código Tributário Nacional, art. 5º e art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; Súmulas CARF nºs 4 e 5 e art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF.

Via de regra, a norma jurídica secundária impõe uma sanção em decorrência da inobservância da conduta prescrita na norma jurídica primária. A multa de natureza tributária é uma penalidade procedente da lei em razão do inadimplemento de uma obrigação legal principal ou acessória e expressa a obrigação de dar determinada quantia em dinheiro ao sujeito passivo.

A aplicação da multa de ofício proporcional pressupõe a constituição do crédito tributário pelo lançamento direito, diante da constatação da falta de pagamento ou recolhimento, pela falta de declaração e pela declaração inexata de obrigações tributárias pelo sujeito passivo. Tem como requisito necessário a comprovação, de plano, da conduta culposa do agente, que é a falta cometida contra um dever, por ação ou omissão, de forma a evidenciar a inobservância de diligência que deveria ser observada quando da prática de um ato a que se está obrigado. No lançamento de ofício está afastada a aplicação da multa de mora que pressupõe o pagamento espontâneo do tributo antes do início de qualquer procedimento fiscal em relação à matéria e ao período tratados nos autos¹⁷. No presente caso, houve constituição do crédito tributário pelo lançamento direito, de modo que está correta a aplicação da multa de ofício proporcional.

Tem-se que a multa de ofício proporcional pode ser reduzida nos seguintes percentuais, se o sujeito passivo, uma vez notificado, efetuar o pagamento, a compensação ou o parcelamento dos tributos lançados de ofício:

– 50% (cinquenta por cento), se efetuar o pagamento ou a compensação no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que foi notificado do lançamento;

– 40% (quarenta por cento), se requerer o parcelamento no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que foi notificado do lançamento;

– 30% (trinta por cento), se efetuar o pagamento ou a compensação no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que foi notificado da decisão administrativa de primeira instância; e

– 20% (vinte por cento), se requerer o parcelamento no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que foi notificado da decisão administrativa de primeira instância¹⁸.

No presente caso, houve constituição do crédito tributário pelo lançamento direito e a Recorrente não efetuou o pagamento, a compensação ou o parcelamento dos tributos lançados de ofício até a notificação da decisão administrativa de primeira instância, de modo que está correta a aplicação da multa de ofício proporcional no percentual de 75% (setenta e cinco por cento). Nesse sentido não cabem reparos à aplicação da multa de ofício proporcional. A contestação aduzida pela defendente, por isso, não pode ser sancionada.

A Recorrente discorda da exclusão do Simples.

¹⁷ Fundamentação Legal: art. 142, art. 149 e art. 150 do Código Tributário Nacional, art. 44 e art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 e art. 21 do Decreto-lei nº 401, de 30 de dezembro de 1968, bem como art. 7º do Decreto 70.235, de 06 de março de 1972.

¹⁸ Fundamentação legal: art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 14 de julho de 2007 e art. 6º Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991 com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido denominado Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) é mensal e uma opção do sujeito passivo para todo ano-calendário, desde que observados os requisitos legais, devendo ser manifestada mediante a alteração cadastral no prazo previsto em lei.

O pressuposto é de que não pode optar pelo Simples, a pessoa jurídica, que a receita bruta total ultrapasse o limite legal¹⁹.

O limite legal que se impõe no período de 01.01.1997 a 31.12.1998, é que na condição de empresa de pequeno porte, tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior ao da opção, receita bruta superior a R\$720.000,00 e no início de atividade o valor de R\$60.000,00 multiplicados pelo número de meses de funcionamento naquele período, desconsideradas as frações de meses. No período de 01.01.1999 a 31.12.2005, tenha auferido receita bruta superior a R\$1.200.000,00 e no início de atividade o valor de R\$100.000,00 multiplicados pelo número de meses de funcionamento. A partir de 01.01.2006 tenha auferido receita bruta superior a R\$2.400.000,00 e no início de atividade o valor de R\$200.000,00 multiplicados pelo número de meses de funcionamento.²⁰

Está registrado no Parecer DRF/PEL/SACAT nº 217/2009, fls. 340-342, cujas informações estão comprovadas nos autos e cujos fundamentos cabem ser adotados de plano:

Trata o presente Parecer de Representação Fiscal efetuada por auditor da RFB, que verificou, no curso do procedimento fiscal relativo ao MPF nº 10.1.02.00-2008-00.148, a ocorrência de situação de vedação ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, relativamente ao contribuinte em epígrafe, por ter auferido, no ano-calendário de 2005, receita bruta em valor superior a limite previsto no artigo 2º da Lei nº 9.317/96.

Através do referido procedimento fiscal foi constatada a omissão de receitas no ano-calendário de 2005, apurada com base na movimentação bancária do contribuinte naquele ano (em conformidade com o item 4 do Relatório de Verificação Fiscal, com cópia às fls. 223/238). Da confrontação entre as informações constantes da Declaração Simplificada PJSI/2006 e os créditos bancários do contribuinte cuja origem não foi comprovada, resultou o lançamento de ofício de que trata o presente processo (Autos de Infração às fls. 247/281).

Passa-se ao exame dos fatos e à fundamentação.

Consultado o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), verificou-se que a empresa foi constituída em 10/08/1994, tendo constado como optante do SIMPLES no período de 01/01/1997 a 30/06/2007 - quando aquela sistemática de tributação deixou de vigorar, em razão do advento do SIMPLES NACIONAL. O contribuinte está cadastrado como microempresa optante do Simples Nacional e com a atividade econômica de "comércio atacadista de pescados e frutos do mar" (CNAE 4634-6-03). Também foi verificado que foram entregues declarações PJ-Simples referentes aos anos-calendário de 1997 c de 2004 a 2006, e declarações PJ-Inativa para os anos-calendário de 1998 a 2003; não há registro de entrega de declaração de

¹⁹ Fundamentação legal: art. 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

²⁰ Fundamentação legal: Lei nº 5.194, 24 de dezembro de 1996, art. 2º e art. 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996; Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999 e Lei nº 11.307, de 19 de maio de 2006.

rendimentos para o 1º semestre do ano-calendário de 2007 (conforme docs. juntados às fls. 333/336).

A legislação tributária prevê diversas situações de vedação à utilização da sistemática simplificada de tributação pelas empresas. No presente caso, deve-se destacar o dispositivo da Lei nº 9.317/96 (c/ a redação dada pela Lei nº 9.732/98), que trata da limitação de receita bruta para fins de opção/permanência no SIMPLES:

Art. 9º- Não pode optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

- na condição de microempresa, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais);

- na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais);

(...)

Cabe registrar que os limites estabelecidos nos incisos I e II acima transcritos foram alterados, pela Lei 11.307/2006. para R\$240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e R\$2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais), respectivamente. Essa alteração, porém, somente passou a vigorar a partir de 01/01/2006; portanto, não afetaria o presente caso.

A Lei nº 9.317/96 dispõe, ainda, que a ocorrência de situação excludente enseja a exclusão obrigatória do optante do SIMPLES (artigo 13, inciso II), mediante comunicação do contribuinte ou, se não o fizer, de ofício (artigo 14, inciso I).

Os efeitos da exclusão estão estabelecidos no artigo 15 da citada Lei, a seguir transcrito parcialmente:

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

(...)

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

(...)

Em conformidade com os dispositivos legais acima referidos, a Instrução Normativa SRF nº 355/2003 determinava que o contribuinte não poderia permanecer no SIMPLES a partir do ano-calendário subsequente àquele em que tivesse ultrapassado o limite de receita bruta estabelecido (inciso IV do artigo 24). Essa determinação persiste na Instrução Normativa SRF nº 608/2006 (inciso VI do artigo 24).

O Fisco constatou que a empresa auferiu no ano-calendário de 2005 receita bruta total de R\$3.945.189,80 (tres milhões, novecentos e quarenta e cinco mil, cento e oitenta e nove reais, e oitenta centavos) — montante esse correspondente ao somatório dos valores de receita apurada a partir dos extratos bancários da empresa, consolidados na planilha constante no item 4 do Relatório de Verificação Fiscal (à fl. 327) -. ultrapassando os limites de receita bruta anual previstos no artigo 2º e no

artigo 9º da Lei nº 9.317/96. e tendo, portanto, irregularmente mantido a condição de optante do SIMPLES no ano-calendário de 2006.

Sendo assim, impõe-se seja determinada a exclusão do contribuinte do SIMPLES, de ofício, a partir de 01/01/2006, em conformidade com o disposto no art. 14, inciso I c/c artigo 15, inciso IV, da Lei nº 9.317/96.

CONCLUSÃO

Diante do constante dos autos e da legislação aqui mencionada, proponho seja determinada a exclusão do contribuinte do SIMPLES, com data-efeito de 01/01/2006, pela ocorrência de situação excludente prevista no inciso II do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, observado o disposto no parágrafo 3º do seu artigo 15. Sendo assim, a declaração PJ-Simples relativa ao ano-calendário de 2006 deverá ser cancelada e o contribuinte deverá cumprir, sob outra forma de tributação, as obrigações tributárias referentes ao período a partir do qual será excluído, em conformidade com o previsto no artigo 16 daquela Lei.

Por todo o exposto resta efetivamente comprovado que o procedimento fiscal de excluir a Recorrente do Simples está correto, por estar comprovado que a receita bruta total no ano-calendário de 2005 no montante de R\$3.945.189,80, ultrapassa o limite da circunstância prevista em lei.

Não foram produzidos no processo novos elementos de prova, de modo que o conjunto probatório já produzido evidencia que o procedimento de ofício está correto. A inferência denotada pela defendente, nesse caso, não é acertada.

A Recorrente discorda do efeito retroativo da exclusão.

A norma trata o ato da exclusão do Simples como declaratório de uma circunstância impeditiva preexistente expressamente prevista em lei, permitindo a retroação de seus efeitos, independentemente se efetuado por comunicação da pessoa jurídica ou de ofício. Tendo em vista a falta do procedimento voluntário, a exclusão de ofício deve ser efetivada por ato declaratório da autoridade fiscal que jurisdicione o sujeito passivo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo administrativo fiscal. No caso da pessoa jurídica que ultrapasse o limite da receita bruta no ano-calendário de 2005a exclusão do Simples nessa condição surte efeito a partir do ano-calendário subsequente, ou seja a partir de 01.01.2006.

A partir da data dos efeitos do ato, a pessoa jurídica fica sujeita às demais normas de tributação. Este é o entendimento constante na decisão definitiva de mérito proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial Repetitivo nº 1124507/MG21, cujo trânsito em julgado ocorreu em 16.06.2010 e que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF22. A inferência denotada pela defendente, nesse caso, não é acertada.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Repetitivo nº 1124507/MG. Ministro Relator: Benedito Gonçalves, Primeira Seção, Brasília, DF, 28 de abril de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=9771400&sReg=200900296277&sData=20100506&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 31 ago.2011.

²² Fundamentação legal: art. 12, art. 13, art. 14, art. 15 e art. 16 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais indicados pela Recorrente, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso²³. A alegação relatada pela defendente, conseqüentemente, não está justificada.

Atinente aos princípios constitucionais que a Recorrente aduz que supostamente foram violados, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade²⁴.

Tem-se que nos estritos termos legais o procedimento fiscal está correto, conforme o princípio da legalidade a que o agente público está vinculado (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972). A proposição afirmada pela defendente, desse modo, não tem cabimento.

O nexó causal entre as exigências de créditos tributários, formalizados em autos de infração instruídos com todos os elementos de prova, determina que devem ser objeto de um único processo no caso em que os ilícitos dependam da mesma comprovação e sejam relativos ao mesmo sujeito passivo²⁵. Os lançamentos de PIS, de CSLL, de COFINS e de INSS sendo decorrentes das mesmas infrações tributárias, a relação de causalidade que os informa leva a que os resultados dos julgamentos destes feitos acompanhem aqueles que foram dados à exigência de IRPJ.

Em assim sucedendo, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva

²³ Fundamentação legal: art. 100 do Código Tributário Nacional e art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

²⁴ Fundamentação legal: art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e Súmula CARF nº 2.

²⁵ Fundamentação legal: art. 9º do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Processo nº 17698.000047/2009-11
Acórdão n.º **1803-002.201**

S1-TE03
Fl. 482

CÓPIA