



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

Processo nº 18088.720389/2011-17
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1803-002.464 – 3ª Turma Especial
Sessão de 25 de novembro de 2014
Matéria SIMPLES
Recorrente FURLAN DISTRIBUIDORAS DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2008

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.

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.

MULTA DE OFÍCIO PROPORCIONAL QUALIFICADA.

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

DOUTRINA. 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, dar provimento em parte ao recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Relatora e Presidente

Composição do colegiado. Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sérgio Rodrigues Mendes, Arthur José André Neto, Fernando Ferreira Castellani, Antônio Marcos Serravalle Santos, Meigan Sack Rodrigues e Carmen Ferreira Saraiva.

Relatório

I - Contra a Recorrente acima identificada foi lavrado o Auto de Infração às fls. 615-621, com a exigência do crédito tributário no valor de R\$15.961,82, a título de Imposto Sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), juros de mora e multa de ofício proporcional qualificada, 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 junho do ano-calendário de 2007.

Consta na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal:

001 - OMISSÃO DE RECEITAS DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS

Valor apurado conforme relatório de fiscal às fls 595/603 do e-processo. [...]

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.

002 - INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

Insuficiência de valor recolhido apurada conforme relatório de fiscalização [...]

Art. 5º da Lei nº 9.317/96 c/c art. 3º da Lei nº 9.732/98.; Arts. 186 e 188, 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. 622-628 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$11.528,00 a título de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), 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

Valor apurado conforme relatório de fiscal às fls 595/603 do e-processo. [...]

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. [...]

002 - INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

Insuficiência de valor recolhido apurada conforme relatório de fiscalização [...]

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; art. 5º da Lei nº 9.317/96; Art. 3º da Lei nº 9.732/98.

III – O Auto de Infração às fls. 629-636 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$19.029,93 a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), juros de mora e multa de ofício proporcional.

Consta na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal:

001 - OMISSÃO DE RECEITAS DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS

Valor apurado conforme relatório de fiscal às fls 595/603 do e-processo. [...]

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.

002 - INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

Insuficiência de valor recolhido apurada conforme relatório de fiscalização [...]

Art. 1º da Lei nº 7.689/88; art. 5º da Lei nº 9.317/96. Art. 3º da Lei nº 9.732/98.

IV – O Auto de Infração às fls. 637-644 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$56.719,42 a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), 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

Valor apurado conforme relatório de fiscal às fls 595/603 do e-processo. [...]

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.

002 - INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

Insuficiência de valor recolhido apurada conforme relatório de fiscalização [...]

Art. 1º da Lei Complementar nº 70/91; art. 5º da Lei nº 9.317/96. Art. 3º da Lei nº 9.732/98.

V - O Auto de Infração às fls. 645-652 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$154.859,21 a título de Contribuição para a Seguridade Social (INSS), 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

Valor apurado conforme relatório de fiscal às fls 595/603 do e-processo. [...]

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.

002 - INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

Insuficiência de valor recolhido apurada conforme relatório de fiscalização [...]

Art. 5º da Lei nº 9.317/96. Art. 3º da Lei nº 9.732/98.

Cientificada, a Recorrente apresenta a impugnação, fls. 669-695, com as alegações abaixo sintetizadas.

Tece esclarecimentos sobre a ação fiscal e suscita que:

PRELIMINARMENTE

A fiscalização a qual resultou no Auto de Infração referente ao período de Janeiro a Junho de 2007 (SIMPLES FEDERAL), ora impugnado, também procedeu a elaboração de mais 2 (dois) Autos de Infração de números 18088.720390/2011-41 (período de Julho a Dezembro de 2007 - SIMPLES NACIONAL) e 18088.720391/2011-96 (PAGAMENTO SEM CAUSA/OPERAÇÃO NÃO COMPROVADA);

Diante disso, requer-se o julgamento em conjunto dos Autos de Infração acima mencionados, pois possuem como fundamento o mesmo fato (a suposta cessão de conta corrente de pessoa física para pessoa jurídica Impugnante).

I - DO LANÇAMENTO [...]

Os depósitos bancários tidos por não escriturados foram acrescidos às receitas declaradas, ocasionando o surgimento de nova base de cálculo que foi submetida aos percentuais determinantes das incidências dos impostos e contribuições compreendidos no Simples Federal (IRPJ, CSLL, COFINS, PIS e INSS), e em função do reajuste do valor das receitas, formalizou-se a exigência rotulada de insuficiência de recolhimentos.

A descrição dos fatos noticia o início do procedimento fiscal na pessoa física de Joel Marciano, que juntamente com Maria Sônia Marciano Furlan eram titulares de conta bancária nº 010050-1, mantida junto ao Banco Bradesco, Agência 192, cuja movimentação apresentara-se incompatível com os rendimentos declarados.

Intimado a justificar a origem dos créditos/depósitos efetuados na referida conta, o Sr. Joel Marciano informou que a mesma era utilizada exclusivamente em negócios de interesse da outra titular, sua filha. Esta, por sua vez, confirmou a circunstância, acrescentando ter operado a movimentação financeira mediante descontos habituais e sistemáticos de cheques pré-datados de terceiros, adquiridos da empresa da qual era sócia, no caso, a autuada.

Em resposta a nova indagação fiscal, aduziu que a atividade, mesmo se exercida de maneira informal, como é o seu caso, não demanda apenas a saída de recursos da conta bancária analisada, mas também o depósito de valores concernentes aos cheques/títulos adquiridos cujos vencimentos vão se operando a cada dia, o que, como é sobejamente conhecido, propicia a continuidade das operações.

Com base nessa realidade, de domínio público, salientou o engodo semeado mediante a falsa premissa de ser necessária a disponibilidade antecipada e imediata de R\$2,2 milhões de reais, para justificar a prática dessas operações de fomento mercantil, que realizadas no curso de determinado ano reproduziram a movimentação bancária daquele valor. O raciocínio concebido pela fiscalização descarta, sumariamente, o giro normal desse tipo de negócio.

E para evidenciar o fato, a intimada demonstrou que no ano examinado as operações dessa natureza envolveram R\$1.769.422,77 de cheques emitidos e R\$309.401,48 de pagamentos debitados, o que totaliza R\$2.078.824,25 de saídas da conta, enquanto os depósitos efetuados no mesmo período, representados pelos cheques adquiridos, somaram R\$2.218.149,52, números por si só suficientes para desacreditar a afirmação do item 4, do Termo de Intimação nº 003 173 2011, que

assegura ter a fiscalizada ANTECIPADO R\$2,2 milhões à empresa da qual faz parte, sem ter declarado o referido valor.

Destacou, ainda, que os lançamentos constantes dos extratos bancários, de um lado cheques emitidos e pagamentos autorizados, e de outro, depósitos na mesma conta dos valores correspondentes aos cheques vencidos, evidenciam o vínculo desses novos depósitos com as liquidações (recebimentos) de cheques/títulos adquiridos anteriormente, e a utilização dos recursos depositados em nova compra de direitos creditórios.

Sob a ótica fiscal, essa vinculação é fantasiosa e desprovida de lógica matemática, afirmação que se afigura totalmente descabida e tendenciosa, a revelar total despreparo na apreciação de movimentação bancária oriunda da atividade de factoring.

O Relatório da Fiscalização informa que devidamente intimada, a Impugnante confirmou a efetivação dessas operações, mas além de não comprová-las, também não as escriturou no livro Caixa a que está obrigada.

Também acrescenta que em diligências efetuadas junto a fornecedores constatou o pagamento de obrigações da pessoa jurídica mediante cheques emitidos pelos titulares da conta conjunta.

Destaca, por fim, ter constatado a existência de 27 cheques nominais a Reginaldo Furlan, filho dos sócios e também funcionário da empresa. Intimado, este declarou que fora encarregado de cumprir serviços bancários, efetuar pagamentos de boletos emitidos por fornecedores da empresa, e também promover retiradas ordenadas por sua progenitora, sendo que por vezes o Caixa do banco exigiu que seu nome constasse como beneficiário dos cheques e após endossado no verso.

Ante o exposto, a fiscalização concluiu pela cessão para uso da empresa da conta conjunta nº 0192-10050-1, de titularidade de Joel Marciano e Maria Sônia Marciano Furlan, mantida junto ao Banco Bradesco, com ofensa ao princípio contábil da Entidade, porque mistura o patrimônio dos sócios com o da pessoa jurídica. [...]

Enfatiza, uma vez mais (item 21), que o contribuinte não cumpriu o dever de escriturar toda a movimentação financeira inclusive bancária, apesar de intimado a refazer a escrituração do livro Caixa, para que TODAS essas operações fossem registradas.

Justifica, finalmente, não ter compensado os créditos bancários atribuídos à empresa com as receitas por ela declarada porque a tributação decorre de recursos que ingressaram na empresa através de conta bancária, cuja comprovação das origens não foi feita, e também porque dentro do faturamento declarado pelo contribuinte há valores que presumidamente foram recebidos em espécie (dinheiro), e, "como não houve a regular escrituração dos livros, não há como se saber, dentre os R\$ 1,02 milhões declarados, o que o contribuinte recebeu em cheque (ou depósito bancário), e o que foi recebido em dinheiro não depositado nas contas bancárias utilizadas pela mesma".

Com essas conclusões, imputou à pessoa jurídica, a título de omissão de receitas, todos os créditos/depósitos bancários registrados nas contas 10196-6 e 10050-1, Agência 192, do Banco Bradesco, no período de janeiro a dezembro de 2007, formalizando a exigência dos tributos e contribuições alcançados pelo

SIMPLES FEDERAL (janeiro a junho/2007) e SIMPLES NACIONAL (julho a dezembro/2007).

O crédito tributário foi constituído com multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, § 1º da Lei nº 9.430/96, penalidade também aplicada no lançamento de imposto de renda na fonte, a título de pagamento sem causa/operação não comprovada prevista no artigo 674 do RIR/99.

II - DA IMPUGNAÇÃO

1. Preliminarmente

1.2 Erro na Identificação do Sujeito Passivo

A síntese da narrativa constante do Relatório Fiscal deixa latente o afastamento do Sr. Joel Marciano do pólo passivo da ação, providência corretamente tomada pelo servidor que presidiu os trabalhos.

Todavia, não agiu com o mesmo tirocínio em relação ao tratamento adequado das operações praticadas pela outra titular da conta conjunta nº 10050-1, mantida na Agência 192, do Banco Bradesco, Sra. Maria Sônia Marciano Furlan.

Os esclarecimentos por ela prestados contemplam declaração expressa de que a movimentação financeira ocorrida na indigitada conta repousa no exercício informal e contínuo da atividade de descontos de cheques/títulos de terceiros mediante pequeno deságio.

Essas operações, também confirmadas pela Impugnante, foram não só confessadas, mas também demonstradas mediante o confronto da soma de cheques emitidos e pagamentos debitados na aludida conta (R\$2.078.824,25) com os créditos nela ingressados (R\$2.218.149,52).

Ademais, a grande quantidade de depósitos (mais de 250 efetuados em cheques e em dinheiro), o volume de cheques emitidos (mais de 600), cheques depositados e devolvidos (691), por si só apontam para a existência de uma atividade econômica explorada de forma empresarial, ainda que de maneira informal. Essa movimentação não pode ser imputada à Impugnante, mesmo que por razões de conveniência e oportunidade a iniciativa dessa atividade tenha objetivado atender suas necessidades financeiras.

Inequivocamente, a utilização da conta bancária para a efetivação reiterada de negócios envolvendo a compra de direitos creditórios, recebimentos dos valores a eles pertinentes e o depósito desse produto configuram operação de natureza empresarial, de iniciativa e responsabilidade da mencionada co-titular, e não da empresa beneficiária dos descontos de cheques pré datados.

Mesmo diante dos esclarecimentos prestados desde o início dos trabalhos, a ação fiscal preferiu ignorar o enquadramento da atividade exercida e a correta identificação do sujeito passivo de eventual obrigação tributária.

O fato de a empresa utilizar os cheques recebidos daquela pessoa física para quitar obrigações contraídas com fornecedores não descaracteriza a natureza dos negócios praticados, mas substancial economia de CPMF. O mesmo se diga em relação aos débitos autorizados por aquela titular, com idêntico objetivo.

A pretensão indisfarçável da ação fiscal era obter da empresa borderôs de desconto de cheques, como se aquelas operações fossem praticadas por instituições

financeiras ou pessoas jurídicas regularmente constituídas para a prática de operações de envolvendo a aquisição de direitos creditórios.

Talvez desconheça que em se tratando de operações informais, materializadas em simples troca de cheques e títulos, esses documentos não são emitidos.

Tendo demonstrado, à exaustão, o desenvolvimento da atividade econômica de fomento mercantil, aflora a nítida e determinante providência indispensável para a equiparação daquela pessoa física à pessoa jurídica, para tributação da atividade exercida segundo os contornos da legislação aplicável.

Deixando de promover a tributação mediante equiparação da pessoa física à jurídica em razão do confessado e comprovado exercício da atividade empresarial que envolveu a conta bancária assinalada, a fiscalização incidiu em erro na identificação do sujeito passivo, pois as operações que ensejaram os créditos bancários verificados no período auditado são de titularidade de pessoa física e não da Impugnante.

E, a evidência dos fatos econômicos que ensejaram os depósitos/créditos bancários impede a tributação dos mesmos não só na Impugnante, mas também na pessoa física da co-titular da conta bancária, em respeito ao artigo 150, inciso II, do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99. [...]

Como se verifica, a atribuição de titularidade de conta bancária a terceiro não prescinde do afastamento irrecusável e definitivo de qualquer outra explicação para a movimentação bancária, realizada sob o patrocínio da pessoa física titular de direito.

Destituída de provas concretas, robustas e objetivas, não pode prosperar a infundada denúncia fiscal de participação conjunta em situação deliberada de omitir do fisco parte da receita auferida, visando o interesse econômico de reduzir tributos.

O erro na identificação do sujeito passivo macula o lançamento de vício insanável, impondo-se o reconhecimento de sua nulidade.

O procedimento açodado da fiscalização exorbita os contornos do razoável. Atende julgamento precipitado e interesse subjetivo no desfecho do procedimento até mesmo na noticiada Representação Fiscal para Fins Penais, onde arrola, além do Sr. Joel Marciano afastado pólo passivo, o funcionário da empresa Reginaldo Furlan encarregado da execução de serviços bancários e Antonio Valdeci Jacob, sócio de cliente da Impugnante, pessoas estas totalmente estranhas ao pretenso fato gerador do tributo.

2. O Mérito do Lançamento

2.1 Movimentação financeira não contabilizada

Segundo a fiscalização, a Impugnante, optante pelo Simples é a titular de fato da conta bancária nº 010050-1, mantida por Maria Sônia Marciano Furlan, junto ao Banco Bradesco, agência 192, que no ano calendário de 2007 teria movimentado cerca de R\$ 2,2 milhões, sem qualquer escrituração no livro Caixa.

Em reiterados tópicos, entre eles os itens 14 e 15, o Relatório Fiscal denuncia afronta ao Princípio da Entidade que impõe autonomia patrimonial da empresa em relação aos sócios, e também ao artigo 7º, § 1º, "a", da Lei nº 9.317/96, e artigo 26, § 2º, da Lei Complementar nº 123/2006, "que determina que toda a movimentação da empresa, INCLUSIVE BANCÁRIA, deve ser escriturada no livro Caixa".

Acrescenta nos itens 16 e 21 que mesmo estando obrigada a tais registros, a Contribuinte não o fez. Por isso, foi intimada a refazer a escrituração do livro Caixa, para que TODA a movimentação financeira fosse efetivamente registrada, mas não providenciou essa regularização sob o argumento de não ser a titular da conta e também tendo em conta o caráter informal das operações de desconto de cheques.

A fiscalização não considerou os esclarecimentos prestados tanto pelas pessoas físicas Maria Sônia Marciano Furlan (também nominada no Relatório Fiscal Sônia Maria Marciano Furlan e Sônia Maria Camargo Furlan) e Reginaldo Furlan, como pela Impugnante em resposta as diversas e ameaçadoras intimações formalizadas, e imputou a esta a titularidade da conta bancária nº 010050-1, e também o IRRF sobre Pagamento Sem Causa ou Operação Não Comprovada.

Desse procedimento resulta a denúncia de violação ao artigo 7º, § I o, "a", da Lei 9.317/1996 e artigo 26, § 2º da Lei Complementar nº 123/2006, que encerram a obrigatoriedade de as empresas optantes pelo Simples manterem escrituração da movimentação financeira, inclusive bancárias, no livro Caixa. [...]

Ao denunciar reiteradamente que a escrituração da Impugnante não reflete a realidade da movimentação financeira, inclusive bancária, realizada no período, porque não registra movimento da conta nº 10050-1, do Bradesco, o Relatório Fiscal deixa latente o descumprimento da obrigação a que estava subordinada a pessoa jurídica.

Tendo o Fisco tomado a iniciativa de atribuir a titularidade da conta bancária à Impugnante, e em consequência formalizar a acusação de afronta a dispositivos que regem a escrituração das empresas optantes pelo Simples, também deveria submeter a apuração do imposto aos critérios estabelecidos na legislação tributária, promovendo, de imediato, sua exclusão do Simples e lançamento com base no arbitramento de lucros. [...]

Tendo a legislação pátria alçado a escrituração da movimentação bancária como um dos pressupostos básicos a condicionar a permanência no Regime Simplificado e Arrecadação de Tributos e Contribuições, a inobservância desse requisito basilar configura ofensa ao critério legal de apuração dos tributos e contribuições compreendidos nessa modalidade.

Como se verifica, ao não escriturar a movimentação bancária assinalada, a empresa teria incorrido em falta, cuja essência é determinante para o arbitramento de lucros, não se permitindo ao servidor encarregado de presidir os trabalhos fiscais esposar alternativa diferente.

Resta consagrado pela doutrina e jurisprudência administrativa que a falta dessa escrituração macula de forma irremediável a manutenção da tributação pelo Simples, quer Federal ou Nacional, impondo ao Fisco excluir o sujeito passivo dessa sistemática de tributação, e *ex officio*, adotar o regime do arbitramento.

A incidência dessa hipótese prevista objetivamente em comando legal específico da legislação tributária, não pode passar despercebida às autoridades lançadoras e julgadoras, em tudo e por tudo subordinadas ao princípio da legalidade.

Mesmo quando a pessoa jurídica tenha determinado seus resultados sob qualquer outro regime tributário, este não pode prevalecer em face de constatação da deficiência destacada na ação fiscal, notadamente quando a empresa declara não ter condições de refazer sua escrituração para incluir pretensa movimentação bancária que lhe é atribuída. [...]

O contexto da decisão guarda perfeita sintonia com o caso vertente, cabendo ressaltar a inaplicabilidade do artigo 24 da Lei nº 9.249/95, ante a disposição impositiva do arbitramento de lucros. [...]

A condição da regular escrituração contemplando toda a movimentação financeira, inclusive bancária, seja em livro Caixa ou através de contabilidade comercial é suficiente para descaracterizar não só a apuração do lucro real. Também alcança as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido e na sistemática do Simples, quer Federal, quer Nacional, que devem ser subordinadas ao arbitramento do lucro no próprio ano da ocorrência da falta. [...]

Não tendo a autoridade administrativa promovido a exclusão *ex officio* do Simples, quer Federal quer Nacional, mediante a edição de Ato Declaratório específico, e a indispensável reversão do regime tributário de Simples para lucro arbitrado, os lançamentos não podem prosperar.

Por outro lado, afigura-se impossível postergar para o exercício seguinte os efeitos da exclusão motivada pela acusação delineada nos autos, "falta da escrituração da movimentação financeira inclusive bancária", pois as determinações constantes dos artigos 14, 15 e 16, da mesma Lei nº 9.317/96, [...].

Segundo a fiscalização, a irregularidade motivadora dos lançamentos, denunciada em seu Relatório, configura procedimento continuado, repetido a cada movimentação da conta bancária, o que compreende todos os meses do ano calendário de 2007, circunstancia inequivocamente enquadrada como prática reiterada da pretensa infração.

A qualificação dos fatos, sua tributação mediante fato gerador mensal, a aplicação da multa exasperada de 150% e a elaboração de Representação Fiscal para Fins Penais são providências resultantes desse enfoque de prática reiterada de infração I I à legislação tributária, prevista no inciso V desse artigo 14.

E, a consequência legal desse enquadramento é a exclusão de ofício imediata do Sistema Integrado de Pagamentos de Tributos e Contribuições - SIMPLES, não sendo permitido compatibilizar a incidência dos fatos denunciados com a permanência da pessoa jurídica no regime.

Essa a determinação constante do artigo 15, da mencionada Lei nº 9.317/1996, e artigo 24, da Instrução Normativa nº 608/2006. [...]

A objetividade dos textos legais espanca qualquer dúvida. Verificada a prática reiterada de infração à legislação tributária, os fatos verificados pelo servidor encarregado dos trabalhos serão objeto de representação ao Sr. Delegado da Receita Federal, que promoverá a exclusão de ofício, mediante Ato Declaratório Executivo, assegurado o contraditório e ampla defesa.

E, os efeitos dessa exclusão operam-se a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior, isto é, a partir do próprio mês de janeiro de 2007, quando a fiscalização verifica sucessivos depósitos na conta bancária cuja titularidade atribuiu à Impugnante, não escriturados.

Nos termos do artigo 16, já a partir daquele o mês de janeiro de 2007, a empresa deveria ser desenquadrada do Simples, e submetida aos regimes de tributação aplicáveis as demais pessoas jurídicas, no caso o arbitramento de lucros.

A sucessão de equívocos patrocinados pela autoridade fiscalizadora afeta a legalidade da tributação, tornando insubsistentes seus fundamentos.

2.2 A Receita Declarada [...]

Ancorado no interesse subjetivo em produzir crédito tributário de elevada monta, já manifestado através de intimações ameaçadoras e também demonstrado na insegurança quanto a correta identificação do sujeito passivo, apuração e enquadramento da matéria tributável, o servidor autuante produziu os sofismas abaixo:

"...não há de se falar em "descontar" dos valores a serem tributados aqueles DECLARADOS pelo contribuinte, haja vista que estamos TRIBUTANDO os recursos que ingressaram na empresa através de conta bancária, cuja comprovação das origens não foi feita". [...]

Tamanha falácia não pode prosperar, pois foi da própria fiscalização a iniciativa de atribuir a titularidade da conta bancária à Impugnante.

Tendo a empresa movimentado apenas UMA conta bancária (nº 10196-6), com movimento de apenas R\$53 mil, obviamente o faturamento registrado e declarado mensalmente não transitou por ela, não se podendo presumir que a receita recebida e oferecida à tributação, não tenha transitado por contas bancárias. [...]

Tendo a empresa declarado no primeiro semestre de 2007, ainda sob a égide do Simples Federal, receitas da ordem de: R\$47.436,26 em janeiro; R\$54.617,14 em fevereiro; R\$100.005,68 em março; R\$86.239,70 em abril; R\$97.882,34 em maio e R\$87.486,57 em junho, e recolhido os tributos sobre elas incidentes, não se afigura lícito presumir a volatilização desses recursos.

No âmbito da tributação de depósitos bancários, a pacífica e remansosa jurisprudência administrativa tem sido pródiga em acolher rendimentos tempestivamente declarados por pessoas físicas e jurídicas fiscalizadas, como aptos a justificar a origem de recursos depositados/creditados em contas bancárias. [...]

Se os recursos ingressaram na empresa através da conta bancária nº 10050-1 como assegura a fiscalização (item 23.2), evidentemente tornaram-se disponíveis para depósito, mesmo se recebidos em dinheiro ou cheques.

Se ela própria confirma que não há como saber, dentre os R\$1,02 milhões declarados, o que foi recebido em cheque (ou depósito bancário) ou em dinheiro, e o que foi depositado, não há como legitimar o fantasioso raciocínio engendrado pela ação fiscal para negar a inclusão dos valores pertinentes a receita declarada na movimentação da conta bancária.

Não bastassem todas as contradições, incertezas, dúvidas e inseguranças que permeiam os lançamentos perpetrados, também nesse aspecto a base de cálculo eleita pela fiscalização não condiz com os preceitos da legalidade, pois encontra-se majorada mensalmente em importância equivalente a receita declarada.

2.3 Multa Qualificada

A latente improcedência das exigências formalizadas através dos autos de infração de IRPJ, CSLL, COFINS, PIS e INSS, aos quais estendem-se os argumentos esposados na presente constatação, determina o cancelamento integral da multa porque é parte integrante do crédito tributário constituído à revelia da legislação aplicável.

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:

Expostas e comprovadas as razões determinantes da nulidade das exações, postula a Impugnante o acolhimento de seu pleito, por configurar homenagem ao Direito e a Justiça!

Todavia, a nulidade pode deixar de ser declarado, pois no mérito todos os lançamentos são improcedentes.

Está registrado como ementa do Acórdão da 3ª TURMA/DRJ/RPO/SP nº 14-38.224, de 15.07.2012, fls. 703-712:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007

ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. NULIDADE.

Incabível a nulidade do lançamento por erro na identificação do sujeito passivo, quando devidamente demonstrado nos autos que a pessoa jurídica autuada tem relação direta com a situação que constitui o fato gerador do tributo.

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

Ano-calendário: 2007

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITO BANCÁRIO.

Por presunção legal, os depósitos efetuados em conta bancária, cuja origem dos recursos depositados não tenha sido comprovada pelo contribuinte, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, caracterizam omissão de receita.

REGIME DE TRIBUTAÇÃO.

Apurada omissão de receita e estando a empresa submetida às regras de tributação do Simples, já que dele não houve a exclusão para o período fiscalizado, os lançamentos devem ser realizados de acordo com as regras dessa sistemática de tributação, relativa ao período de apuração a que corresponder a receita omitida.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Notificada em 17.09.2012, fl. 723, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 17.10.2012, fls. 726-738 e 751, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Acrescenta que:

I - DOS FATOS

O litígio foi instaurado em decorrência de autuação formalizada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil para exigência dos tributos compreendidos no Simples Federal, relativos ao período de janeiro a junho de 2007.

A autuação fundamenta-se em suposta omissão de receitas caracterizada por movimentação de recursos da empresa em conta bancária de sócio sem o correspondente registro contábil a ela pertinente, o que ensejou o lançamento do tributo acrescido da multa de 150%.

II - DA IMPUGNAÇÃO

Irresignada, a Recorrente apresentou Impugnação tempestiva onde suscita, preliminarmente, erro na eleição do polo passivo da obrigação tributária, tendo em vista que apenas socorreu-se de descontos de cheques e outros direitos creditórios junto a sócia Maria Sônia Marciano Furlan, que exercia a atividade habitual de fomento mercantil, caracterizada mediante operações de desconto de cheques pré-datados e outros efeitos comerciais, prática determinante de sua equiparação à pessoa jurídica.

A movimentação financeira foi efetuada no interesse da própria titular da conta bancária, mesmo quando utilizados para quitar obrigações da pessoa jurídica. E, o volume de depósitos, cheques emitidos, cheques depositados e devolvidos, bem como o diferencial existente entre o montante de depósitos e saques da aludida conta, R\$139.325,27, evidenciam, por si só, a prática da atividade empresarial.

A equivocada atribuição de titularidade da movimentação financeira, em detrimento da equiparação da pessoa física à jurídica prevista no artigo 150, inciso II, do RIR/99, reflete no lançamento questionado, configurando o vício material consubstanciado em erro na identificação do sujeito passivo, mácula suficiente para decretar sua nulidade.

Na sequência, reclama que a fiscalização ignorou os esclarecimentos prestados desde o início dos trabalhos reveladores da atividade exercida pela titular, recusando o enquadramento legal correspondente e a correta identificação do sujeito passivo de eventual obrigação tributária.

Aduziu que o fato da empresa utilizar os cheques recebidos da pessoa física para quitar obrigações com fornecedores não descaracteriza a natureza dos negócios por ela praticados, sendo descabida a pretensão da existência de borderôs de descontos de cheques, como se aquelas operações fossem praticadas por instituições financeiras ou pessoas jurídicas regularmente constituídas com o objetivo de praticar a aquisição de direitos creditórios.

Colacionando ementas de diversos acórdãos desse Colegiado, defende que a atribuição de titularidade de conta bancária a terceiro não prescinde do afastamento irrecusável e definitivo de qualquer outra explicação para a movimentação bancária realizada sobre o patrocínio da pessoa física titular da conta.

No mérito, salienta a contradição assumida na conclusão do procedimento fiscal, que após atribuir a conta bancária à pessoa jurídica Recorrente aponta infração ao artigo 7º, § 1º, "a", da Lei nº 9.317/96, decorrente da não escrituração obrigatória daquela movimentação bancária no livro Caixa, mesmo após intimada a refazer tais registros.

No entanto, apesar da reiterada denuncia esposada nos autos de que a escrituração não reflete a realidade da movimentação financeira, inclusive bancária,

deixou de promover a exclusão ex officio do Simples Federal e exigir os tributos segundo o critério do arbitramento de lucros, tal como previsto no artigo 530, inciso II, "a", do RIR/99, que conjugado com o artigo 7º §1º, "a", da Lei nº 9.317/96, constitui procedimento impositivo e não faculdade.

O artigo 47, da Lei nº 8.981/1995, não usa a expressão "o lucro poderá ser arbitrado", mas sim "o lucro será arbitrado" Ilustrando seu questionamento com ementas de acórdãos desse E. Colegiado, argumenta que a falta de escrituração da movimentação financeira, inclusive bancária, constitui prática reiterada de infração à legislação tributária, eleita pelos artigos 14 e 15 da Lei nº 9.317/1996, como circunstância determinante da imediata exclusão do Simples Federal, a partir, inclusive, do mês da ocorrência desse fato.

O detalhamento mais analítico das articulações constantes da peça vestibular afiguram-se inevitáveis ante a omissão do voto condutor no enfrentamento das questões colocadas a seu juízo.

Com efeito, em apenas dois parágrafos aborda o alegado erro na identificação do sujeito passivo, limitando-se a afirmar que a conta bancária nº 010050-1, ag. 192, mantida no Banco Bradesco, sob a titularidade de Joel Marciano e Maria Sônia Marciano Furlan é utilizada pela pessoa jurídica, sendo a movimentação financeira nessa conta oriunda de suas atividades operacionais. Nada mais além disso.

Nenhuma alusão a atividade habitual de fomento mercantil exercida pela Sra. Maria Sônia Marciano Furlan e a equiparação dessa pessoa física à pessoa jurídica, com fundamento no artigo 150, inciso II, do Regulamento do Imposto de Renda.

O confessado exercício da atividade empresarial de compra de direitos creditórios, recebimentos dos valores a eles pertinentes e o depósito desse produto podem ser constatados pelo expressivo volume de depósitos, cheques emitidos e também daqueles depositados e devolvidos, a revelar a exploração de uma atividade econômica, ainda que de maneira informal, distinta do objeto social da pessoa jurídica e que participa.

E como já salientado, o fato da empresa utilizar os cheques recebidos da pessoa física na contrapartida dos descontos para quitar suas obrigações normais de funcionamento não descaracteriza a natureza dos negócios com ela realizados, mas substancial economia de CPMF.

Também ficou demonstrado na inauguração do contraditório que o confronto entre a soma dos cheques sacados e pagamentos debitados na aludida conta (R\$2.078.824,25) com os depósitos nela efetuados (R\$2.218.149,52), resulta em importância equivalente ao redito das operações de fomento praticadas durante o ano de 2007.

À míngua do enfrentamento por parte da decisão recorrida, vem reiterar o questionamento lançado as fls. 10 e 11, da impugnação, nos termos seguintes.

"Deixando de promover a tributação mediante equiparação da pessoa física à jurídica em razão do confessado e comprovado exercício da atividade empresarial que envolveu a conta bancária assinalada, a fiscalização incidiu em erro na identificação do sujeito passivo, pois as operações que ensejaram os créditos bancários verificados no período auditado são de titularidade de pessoa física e não da Impugnante.

E, a evidência dos fatos econômicos que ensejaram os depósitos/créditos bancários impede a tributação dos mesmos não só na Impugnante, mas também na pessoa física da co-titular da conta bancária, em respeito ao artigo 150, inciso II, do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99. [...]

Como se verifica, a atribuição de titularidade de conta bancária a terceiro não prescinde do afastamento irrecusável e definitivo de qualquer outra explicação para a movimentação bancária, realizada sob o patrocínio da pessoa física titular de direito.

Destituída de provas concretas, robustas e objetivas, não pode prosperar a infundada denúncia fiscal de participação conjunta em situação deliberada de omitir do fisco parte da receita auferida, visando o interesse econômico de reduzir tributos".

2. Exclusão do Simples e Arbitramento de Lucros

Na análise do mérito do lançamento a Turma Julgadora limita-se precariamente a defender, a tributação com depósitos bancários, prevista no artigo 42, da Lei nº 9.430/1996, acrescentando ao dispositivo o imperativo de coincidência de datas e valores.

Resvala no questionamento da Impugnação apenas para mencionar que o artigo 7º, § 1º, "a", da Lei nº 9.317/1996, determina que toda a movimentação financeira da empresa, inclusive a bancária, deve ser escriturada no livro Caixa. Nada mais acrescenta.

Essa omissão no enfrentamento das questões colocadas a seu juízo, constitui a tônica de todo o voto condutor. Nenhuma menção a incidência dos motivos determinantes da exclusão de ofício do Simples e tributação com base no arbitramento de lucros já a partir do primeiro mês em que não escriturada a movimentação financeira, inclusive bancária, argumentos substancialmente enfocados na impugnação. [...]

Evidentemente compete ao Fisco proceder a exclusão da contribuinte do Simples. Todavia, a negligência nesse proceder não pode ser invocada como sustentáculo para manter tributação formalizada sob critério incompatível com a legislação vigente.

A exclusão de ofício não é uma faculdade concedida ao servidor que preside os trabalhos fiscais, mas uma imposição da norma legal quando presente a prática reiterada da infração, no caso, a suposta interposição de pessoa e não escrituração da movimentação financeira, inclusive bancária.

Se a Recorrente utilizou interposta pessoa para movimentar recursos financeiros, não escriturou em seu Livro Caixa essa movimentação, omitiu em todos os meses do ano calendário receitas operacionais, tais suportes táticos não podem ser descartados na aplicação das normas determinantes da exclusão do Simples, previstas nos artigos 14 a 16 da Lei nº 9.317/1996 e reproduzidos na Impugnação e também na Instrução Normativa SRF nº 608/2006.

A previsão de tributação pelo lucro arbitrado é consequência natural dos fatos denunciados pela fiscalização, pois tem previsão expressa no artigo 530, inciso II, "a", do RIR/99.

3. A Receita Declarada

Também nesse enfoque as razões de decidir limitam-se a informar que a contribuinte não comprovou que a origem dos depósitos listados pelo Fisco correspondem a receitas declaradas, não sendo possível presumir que tais valores tenham transitado nas contas bancárias auditadas.

Com uma só frase a Turma Julgadora espanca o equilíbrio e o desinteresse subjetivo na solução da lide.

Inadmissível é presumir que os valores ingressados na conta bancária atribuída à pessoa jurídica e até mesmo na conta onde ela figura como titular são estranhas ao faturamento declarado e tributado.

A contradição permeia não só o lançamento mas também as débeis conclusões do voto condutor, que um uma vez mais invade a competência da autoridade lançadora para introduzir inovações e aperfeiçoar o feito.

Os fatos denunciados foram eleitos para respaldar a tributação e justificar a aplicação da multa qualificada de 150%, mas mesmo continuados afiguram-se inócuos para determinar a exclusão da pessoa jurídica do Simples Federal.

Inegavelmente o raciocínio engendrado pela fiscalização e homologado pela Turma Julgadora agride o bom senso. No entender de ambas os recursos movimentados na conta bancária são presumidamente de titularidade da Recorrente, mas embora os saques e demais débitos nela efetuados correspondam ao pagamento de obrigações de sua responsabilidade, os créditos presumem-se não originados de receitas faturadas.

Nos esclarecimentos prestados e também na Impugnação, a Recorrente argumentou que a receita declarada pela pessoa jurídica no primeiro semestre de 2007, da ordem de R\$473 mil não poderia ser descartada na apuração da pretensa omissão de receita.

Eis as razões esposadas:

"Tendo a empresa declarado no primeiro semestre de 2007, ainda sob a égide do Simples Federal, receitas da ordem de: R\$47.436,26 em janeiro; R\$54.617,14 em fevereiro; R\$100.005,68 em março; R\$86.239,70 em abril; R\$97.882,34 em maio e R\$87.486,57 em junho, e recolhido os tributos sobre elas incidentes, não se afigura lícito presumir a volatilização desses recursos.

No âmbito da tributação de depósitos bancários, a pacífica e remansosa jurisprudência administrativa tem sido pródiga em acolher rendimentos tempestivamente declarados por pessoas físicas e jurídicas fiscalizadas, como aptos a justificar a origem de recursos depositados/creditados em contas bancárias. [...]

Se os recursos ingressaram na empresa através da conta bancária nº 10050-1 como assegura a fiscalização [...], e ficou demonstrada que a demonstração financeira nessa conta origina-se da atividade da pessoa jurídica autuada como salienta o voto condutor, evidentemente aí se inclui o faturamento declarado e tributado mesmo se recebido em dinheiro ou cheques.

Se ela própria confirma que não há como saber, dentre os R\$1,02 milhões declarados no ano de 2007, o que foi recebido em cheque (ou depósito bancário) ou em dinheiro, e o que foi depositado, não há como legitimar o fantasioso raciocínio engendrado pela ação fiscal para negar a inclusão dos valores pertinentes à receita declarada na movimentação da conta bancária."

A decisão também noticia que o motivo da aplicação da multa de 150% não foi aquele apontado pela Impugnante. Todavia, não traduz qual o motivo por ela alegado.

Por fim, resta notar outra infidelidade da decisão recorrida no desfecho do relatório assumido pelo voto condutor. Ali diz que as pessoas físicas não se manifestaram sobre a responsabilidade tributária.

E nem poderiam fazê-lo, já que o Relatório Fiscal e os Autos de Infração não cogitam dessa responsabilidade solidária, inexistindo nesses documentos qualquer menção de sujeição passiva solidária e intimação aos sócios da pessoa jurídica e a seu funcionário Reginaldo Furlan.

4. Multa Qualificada

Embora haja presunção legal para a tributação da parcela de depósitos bancários cuja origem não foi suficientemente comprovada, não prospera a presunção simples de titularidade da conta bancária para justificar a multa de 150%, inexigível quando constatadas presunções relativas.

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:

Expostas as razões determinantes para o reconhecimento da nulidade do auto de infração e a consequente reforma do julgador recorrido, postula a Recorrente o acolhimento de suas razões, para, mesmo se não decretada a nulidade seja reconhecida a improcedência do lançamento perpetrado.

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, Relatora

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.

No que se refere ao argumento da Recorrente de que foi excluída no Simples, tem-se que nos presentes autos essa situação não é ocorrente na espécie e por não ser objeto desse procedimento de ofício não pode aqui ser analisada.

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.

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

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

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. Assim, os Autos de Infração, fls. 605-654 e o Acórdão da 3ª TURMA/DRJ/RPO/SP nº 14-38.224, de 15.07.2012, fls. 703-712, 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 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 autos⁶.

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

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

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, CSLL, 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 escrituração⁷.

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

A Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, determina:

Art. 18º Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições de que trata esta Lei, desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas.

⁷ 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.

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. 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 comprovada⁸.

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 sigilo⁹.

Prevalece o entendimento de que o sigilo bancário, fundado constitucionalmente no direito à privacidade¹⁰, 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.

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 -

⁸ 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.

⁹ Fundamentação legal: art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 e janeiro de 2001.

¹⁰ Fundamentação Legal: incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal.

CPC)¹¹ e por essa razão não se pode aplicar o art. 62-A do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009.

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.

A Recorrente sendo optante pelo Simples a autuada sujeita-se às determinações contidas na alínea “a” do § 1º do art. 7º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, que determina que toda sua movimentação financeira, inclusive bancária, seja devidamente escriturada no Livro Caixa. Entretanto tal procedimento não se verificou, conforme está registrado no Relatório de Fiscalização – Simples Federal de 01/2007 a 06/2007, fls. 656-664, cujas informações estão comprovadas nos autos e cujos fundamentos cabem ser adotados de plano:

1) Este procedimento teve como origem a auditoria fiscal no contribuinte JOEL MARCIANO (MPF 08122 2011 00021), pai da sócia MARIA SONIA MARCIANO FURLAN, onde se constatou movimentação financeira no Banco Bradesco, agência 192, Conta 010050-1 incompatível com os rendimentos declarados.

2) Cabe frisar que a citada conta corrente era conjunta entre JOEL MARCIANO e SONIA MARIA MARCIANO FURLAN. Não tendo o titular da conta atendido a intimação para entregar os extratos bancários – termo 01/21/2011 de 12.01.2011 (fls 163) e respostas às fls 164/165, eles foram requisitados diretamente à instituição financeira através de Requisição de Movimentação Financeira (RMF) – Lei Complementar 105/2001 – fls. 166/169. As informações foram requisitadas com fulcro no artigo 3º, incisos VII e XI do Decreto nº 3.724/2011.

3) Analisando os extratos bancários (fls. 170/213), constatou-se:

3.1 Mais de 250 depósitos (feitos em cheques e em dinheiro) cuja soma resultou em valores totais superiores a R\$2,2 milhões – anexo 2 do termo 02/021/2011 – fls 229/233

3.2 Mais de 600 cheques compensados e/ou pagos em dinheiro, num valor total de cerca de R\$1,7 milhões. Cabe frisar que na declaração de IRPF do ano de

¹¹

Disponível

em:

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

2007 não consta aquisição de bens pelos titulares da conta – anexo 1 do termo 02/021/2011 – fls 216/228

3.3 Vinte e sete (27) débitos com a rubrica “pagamento de contas” num valor total de cerca de R\$309 mil – anexo 4 do termo 02/021/2011 – fls 235.

3.4 Seiscentos e noventa e um (691) cheques depositados e posteriormente devolvidos, num total de cerca de R\$141 mil.

4) O Sr. Joel Marciano foi intimado - item 5.1 do termo 02/021/2011 (fls 214/215) a esclarecer se tinha cedido suas contas correntes para o uso de terceiros (pessoa física ou jurídica). Em caso positivo, deveria informar o nome, CPF/CNPJ e endereço de quem, de fato, se utilizou a conta corrente. Também foi intimado a apresentar:

4.1) Cópias dos cheques emitidos constantes no anexo 1 (item 5.2 da intimação)

4.2) Cópias dos cheques depositados na conta constantes no anexo 2 (item 5.3)

4.3) Informar quem foi/foram os beneficiários dos pagamentos constantes no anexo 4 (item 5.5)

5) Em resposta à intimação feita por este auditor (fls 237/238), o Sr. Joel Marciano informou que a conta era conjunta com Maria Sonia Marciano Furlan e ainda, textualmente: “não me consta a utilização da referida conta por terceiros ou em negócios alheios aos interesses da outra titular”. Declarou também que não possuía cópia dos documentos solicitados e nem guardava registro dos pagamentos.

6) Também devidamente intimada – termo 01/173/2011 (fls 126/127), a sócia Maria Sonia declarou (fls 148/150) que a movimentação da conta era exclusivamente de sua responsabilidade e que “operou-se para atender a negócios relacionados com meus interesses particulares, constituindo-se de descontos de cheques pré-datados da empresa em que participo”

7) Declarou ainda que se tratava de “prática informal e continuada de operações de factoring”. Não apresentou quaisquer documentos que corroborassem tal assertiva. Não justificou como praticou operações de factoring na ordem de mais de R\$ 2,2 milhões sem recursos declarados em sua declaração de IRPF.

8) A movimentação da conta corrente é totalmente incompatível com os rendimentos declarados pelo Sr. Joel Marciano e pela Sra. Maria Sonia Marciano Furlan.

9) Ainda denotou-se movimentação bancária típica de pessoa jurídica na citada conta, como “pagamento a fornecedores”, pagamento de contas, etc.. Deve-se salientar que a única pessoa jurídica que a Sra. Sonia participa é a empresa Furlan Distribuidora de Produtos Alimentícios Ltda.

10) O própria pessoa jurídica ora fiscalizada, devidamente intimado através do termo 03/407/2011 (fls 86/87), também alegou (fls 89/92) que a movimentação era de “factoring”, mas não logrou comprovar tais operações. Também não escriturou tais operações no livro caixa a que estaria obrigado.

11) Centenas de cheques da conta conjunta de Joel Marciano e Maria Sonia (fls 246/531) foram emitidos para pagamento de fornecedores da empresa

fiscalizada, conforme rol constante na planilha às fls. 216/228. Em procedimento de diligência junto aos fornecedores do contribuinte, os mesmos confirmaram os pagamentos e os vincularam às notas fiscais emitidas contra Furlan Distribuidora de Produtos Alimentícios Ltda, conforme abaixo discriminado:

11.1) Ponto de Dose Comercial e Distribuidora de Produtos Alimentícios – Resposta ao termo de intimação 02/428/2011 (fls 93/94). Confirmou (fls 107) o recebimento de 15 cheques emitidos da conta 10050-1 (conta corrente de Joel Marciano e Sonia), vinculando-os a 37 (trinta e sete) notas fiscais emitidas à empresa Furlan.

11.2) Kambé Industria e Comércio de Embalagens Ltda – Resposta ao termo de intimação 02/442/2011 (fls 100), onde declarou (fls 108/110) que os cheques recebidos num valor total de R\$12.326,18 foram recebidos como pagamento de prateleiras vendidas à empresa Furlan.

11.3) Sukest Indústria e Comércio de Alimentos Ltda – resposta ao termo de intimação 02/430/2011 (fls 95) – declarou (fls. 111/113) que tem como tradição receber cheques de terceiros nas transações.

11.4) Ki Kakau Indústria e Comércio de Chocolates Ltda – resposta ao termo 02/440/2011 (fls 98) – Declarou (fls. 106), através de seu sócio ANTONIO VALDECI JACOB, que “tomou emprestados cheques pré-datados” de Joel Marciano e descontou os títulos. Declarou que tinha uma amizade particular com o Sr. Joel.

11.4.1 Porém, o sr. Joel foi devidamente intimado através do termo 03/02/2011 (fls. 534) a esclarecer se conhecia o Sr. Antonio Valdeci Jacob e já havia feito negócios com o mesmo.

11.4.2 Em resposta (fls. 536/537) o Sr. Joel declarou que “não se lembrava da fisionomia do Sr. Antonio Valdeci Jacob”. Disse ainda que “pode ser que eu o conheça, mas não se trata de pessoa que eu mantenha freqüente relacionamento, seja de amizade ou de qualquer outra natureza”

11.4.3 Ficou claro então a incongruência da resposta dada pela pessoa jurídica Ki Kakau, que se beneficiou de cheques emitidos pela conta de Joel Marciano, num total de R\$24.827,49 e declarou que “pegou emprestado” e o “mutuante”, Sr Joel, não se lembra do fato.

12) Constam também 27 cheques sacados da conta conjunta de Joel e Maria Sonia, num valor total de R\$125.972,02 (fls 381/531 e rol constante no termo 01/458/2011 – fls 116/117). Os cheques eram nominais a Reginaldo Furlan, filho dos sócios da pessoa jurídica.

12.1 Devidamente intimado (fls 116/117) , o mesmo declarou (fls. 119/120) que, “na qualidade de filho da Sra. Sonia e funcionário da empresa, fui encarregado de efetuar pagamentos por ela selecionados e também promover as retiradas em dinheiro mediante cheques por ela emitidos”. Vale salientar que o Sr. Reginaldo Furlan tem vínculo empregatício com a empresa fiscalizada.

12.2 Posteriormente, através do termo 02/458/2011 (fls. 121) o mesmo foi INTIMADO a esclarecer: a quem se destinavam tais pagamentos e se os valores retirados pertenciam à Sra. Sonia ou à empresa.

12.3 Em resposta, declarou que “fui apenas encarregado de fazer pagamentos e retiradas”, “não mantive controles individuais ou quaisquer outros registros...”

13) De todo o exposto nesse termo, infere-se que houve a cessão, para USO pela pessoa jurídica FURLAN DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA, da conta corrente do Banco Bradesco nº 0192/10050-1, cujos titulares são JOEL MARCIANO e MARIA SONIA MARCIANO FURLAN

14) Assim, destaca-se a afronta ao princípio contábil da Entidade (Resolução 750/93 do Conselho Federal de Contabilidade) que determina a autonomia patrimonial, ou seja, o patrimônio dos sócios não pode se misturar com o patrimônio de empresa.

15) Destaca-se ainda a afronta ao artigo 7º, parágrafo 1º, “a”, da Lei 9.317/96 e artigo 26, parágrafo 2º da Lei Complementar nº 123/2006, que determina que toda a movimentação da empresa, INCLUSIVE BANCÁRIA, deve ser escriturada no livro caixa.

16) Isso posto, sendo constatada a utilização da conta do sócio pela pessoa jurídica, o contribuinte foi devidamente intimado através do termo 03/407/2011, de 21/06/2011 (fls 86/87), a refazer a escrituração do livro caixa, para que TODA a movimentação financeira da empresa fosse devidamente registrada. Em resposta (fls 89/92), o contribuinte declarou que as operações eram “informais” e que impossibilitaria promover a re-escrituração.

17) A empresa fiscalizada, devidamente intimada, apresentou extratos relativos a UMA conta corrente em nome da pessoa jurídica, no Banco Bradesco, Agência 0192, conta 10196-6 (fls 564/576) . Nessa conta consta movimento de apenas R\$53 mil, apesar do faturamento declarado pelo contribuinte no AC de 2007 ter sido de R\$473 mil (1º semestre – SIMPLES FEDERAL – fls 577/588) e de R\$547 mil (2º semestre – SIMPLES NACIONAL – fls 589/594), totalizando cerca de R\$1,02 milhões.

18) Finalizando, devido à cessão da conta corrente já citada no item 13, o contribuinte foi intimado através do termo 05/407/2011 de 24.10.2011 (fls 538/542) a, num prazo de 30 (TRINTA) dias, a contar da ciência, a:

18.1 Comprovar, com documentos hábeis e idôneos, as ORIGENS dos recursos creditados na conta corrente 10050-1 (titularidade de Joel Marciano e de Sonia Maria Marciano Furlan) e na conta corrente 10196-6 (titularidade da pessoa jurídica). Os créditos, num total de 278, foram listados no anexo 1 da intimação, numerados de 1 a 278 – fls. 543/548.

18.1.1 As justificativas deveriam ser feitas de forma INDIVIDUAL e o contribuinte deveria trazer elementos comprobatórios, coincidentes em datas e valores, para CADA crédito a comprovar.

18.1.2 Constou ainda na intimação que a falta de comprovação do item 18.1 acarretaria na tributação dos valores como OMISSÃO DE RECEITAS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO COMPROVADOS – artigo 42 da Lei 9.430/1996

18.2 Justificar e comprovar, com documentos hábeis e idôneos, quem foram os beneficiários dos 27 pagamentos listados no anexo 2 da intimação (fls 549), num valor total de R\$309.401,48.

18.2.1 Constou ainda na intimação que a falta de comprovação deste item acarretaria na tributação dos respectivos valores como “Omissão de Receitas - Falta de escrituração de pagamentos efetuados”, conforme artigo 281, II do RIR/99.

18.3 Na mesma intimação o contribuinte foi INTIMADO a justificar e comprovar (com documentos hábeis e idôneos) o motivo pela qual emitiu os

cheques abaixo listados, cujo beneficiário foi REGINALDO FURLAN, conforme descrito no item 12:

DATA	CHEQUE	CHEQUE VALOR
04/09/2007	8561	4.979,55
05/11/2007	8685	4.000,00
05/11/2007	8686	4.000,00
05/11/2007	8687	4.000,00
05/11/2007	8688	4.781,68
07/11/2007	8689	6.762,47
12/12/2007	8741	10.065,11
13/12/2007	8742	4.812,48
13/12/2007	8743	4.812,48
13/12/2007	8744	4.812,48
14/12/2007	8761	4.359,82
14/12/2007	8762	4.000,00
14/12/2007	8763	4.000,00
14/12/2007	8764	4.000,00
17/12/2007	8765	4.000,00
17/12/2007	8766	4.000,00
17/12/2007	8767	4.000,00
18/12/2007	8768	4.366,00
18/12/2007	8769	4.366,00
18/12/2007	8770	4.366,00
18/12/2007	8771	4.366,00
18/12/2007	8772	4.366,00
18/12/2007	8773	4.366,00
18/12/2007	8774	4.367,45
28/12/2007	8780	4.674,00
28/12/2007	8789	4.674,00
28/12/2007	8790	4.674,00
TOTAL		125.972,02

18.3.1 Consta ainda na intimação que a falta de comprovação do item 18.3 acarretaria na tributação, sobre os respectivos valores, com base de cálculo reajustada, do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) –pagamento sem causa e/ou a beneficiários não identificados, conforme artigo 674 do RIR/99.

19 Findo o prazo, o contribuinte apresentou a resposta às fls. 551/555, porém não apresentou as comprovações solicitadas pela fiscalização e tampouco justificou quaisquer itens do termo 05/407/2011. Declarou que a pessoa jurídica não era titular da conta 10050-1 de Joel Marciano. Também voltou a alegar que “negociou direitos da empresa com os titulares da conta”.

20 Não há como prosperar as alegações do contribuinte, pois ficou claro que a conta corrente da pessoa física era utilizada para movimentar recursos da pessoa jurídica. Isso se prova:

20.1 pelos vultosos valores movimentados e pelos “pagamento a fornecedores” e pagamento de contas, os quais indicam que a conta bancária utilizada foi efetivamente utilizada por pessoa jurídica;

20.2 pela circularização feita com os fornecedores que receberam cheques oriundos da conta 10051-1 (de Joel Marciano e Sonia Maria Camargo Furlan). Tais

cheques foram utilizados para pagamento de notas fiscais emitidas contra a empresa fiscalizada;

20.3 nem o Sr. Joel Marciano nem a Sra. Sonia Maria Camargo Furlan comprovaram que exerciam outras atividades (atividade rural, prestação de serviços como autônomo etc) que dessem origem à movimentação de R\$2,2 milhões na conta bancária cujo os mesmos figuram como titulares e

20.4 nem o Sr. Joel Marciano nem a Sra. Sonia Maria Camargo Furlan comprovaram ter realizado qualquer tipo de operação de alienação de bens móveis e imóveis que dessem origem à movimentação de R\$2,2 milhões na conta bancária cujo os mesmos figuram como titulares.

21 Assim, era dever do contribuinte escriturar toda a movimentação financeira da empresa (inclusive bancária), mas não o fez. Cabe salientar que no curso do procedimento fiscal o contribuinte foi intimado (através do termo 03/407/2011, de 21/06/2011 – fls. 86/87), a refazer a escrituração do livro caixa, para que TODA a movimentação financeira da empresa fosse devidamente registrada. Em resposta (fls 89/92), o contribuinte declarou que as operações eram “informais” e que impossibilitaria promover a re-escrituração.

22 Cabe aqui também discorrer sobre os argumentos levantados pela sócia Sonia acerca da movimentação financeira da conta 10051-1 (cuja a mesma é co-titular).

22.1 Em resposta à intimação 01/173/2011 (fls. 126/127), declarou (fls. 148/150) que a movimentação da citada conta era de sua inteira responsabilidade.

22.2 Em resposta à intimação 02/173/2011 (fls. 151), declarou (fls. 153/156) que a “movimentação da conta examinada operou-se para atender a negócios relacionados com meus interesses particulares, constituídos de descontos de cheques pré-datados recebidos pela empresa na qual participo”

22.3 Em resposta à intimação 03/173/2011 (fls. 157/158), onde foi intimada a esclarecer as ORIGENS dos recursos utilizados para descontar tais cheques, não conseguiu explicar, apesar da prolixa resposta, como fez tais operações sem recursos declarados no IRPF. Declarou (fls. 160/162) que as origens dos recursos eram os próprios recursos recebidos, um argumento totalmente fantasioso e desprovido de lógica matemática, semelhante ao “quem veio primeiro, o ovo ou a galinha”

DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO COMPROVADOS

23 De todo exposto, conforme já relatado no item 13, caracterizada a CESSÃO da conta corrente da pessoa física para a jurídica e NÃO COMPROVADO a origem dos valores creditados na citada conta, estou tributando os valores listados nas fls. 558/563 como OMISSÃO DE RECEITAS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO COMPROVADOS. Os valores foram totalizados mês a mês. Na planilha abaixo consta o resumo, onde foram excluídas as devoluções:

Mês	Créditos Bancários	(-) Devoluções	= Valor Líquido a Tributar
Jan/07	199.788,66	(10.203,92)	189.584,74
Fev/07	144.920,86	(10.748,20)	134.172,66
Mar/07	166.733,43	(11.200,23)	134.172,66
Abr/07	283.398,15	(25.920,23)	257.477,92

Mai/07	177.207,82	(20.925,21)	156.282,61
Jun/07	164.132,27	(10.912,67)	153.219,60

23.1 Em resposta ao termo 05/407/2011 (fls. 538/542) o contribuinte declarou (fls. 551/555) que o faturamento declarado não “poderia ser ignorado” no desfecho do procedimento.

23.2 Porém, salienta-se que não há de se falar em “descontar” dos valores a serem tributados aqueles DECLARADOS pelo contribuinte, haja vista que estamos TRIBUTANDO os recursos que ingressaram na empresa através de conta bancária, cuja comprovação das origens não foi feita.

23.3 Obviamente que dentro do faturamento declarado pelo contribuinte há valores que foram recebidos em espécie (dinheiro). Assim, como não houve a regular escrituração dos livros, não há como se saber, dentre os R\$1,02 milhões declarados, o que o contribuinte recebeu em cheque (ou depósito bancário) e o que foi recebido em dinheiro não depositado nas contas bancárias utilizadas pela mesma.

FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE PAGAMENTOS EFETUADOS - PAGAMENTOS ESCRITURADOS COM RECURSOS ESTRANHOS À ESCRITURAÇÃO

24 Não estou tributando os pagamentos listados na planilha às fls 557, totalizando R\$ 309.401,48, os quais, devidamente intimado, o contribuinte NÃO logrou comprovar a que título tais valores saíram do caixa da empresa. Isso porque, os pagamentos saíram da mesma conta em que está sendo feita a tributação dos depósitos bancários. Assim, considerada como OMISSÃO DE RECEITAS os depósitos não comprovados, infere-se que há origem para os citados pagamentos. Caso contrário, estaria incorrendo em bitributação dos valores.

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, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

No que se refere aos valores a serem excluídos do montante dos depósitos tributados, os valores declarados, ressalte-se que a Recorrente foi intimada a comprovar a origem dos depósitos listados pelo Fisco, no anexo 1 da intimação nº 05 407 2011 (fls. 538-548)), não só da conta que lhe foi cedida para movimentação mantida junto ao Banco Bradesco S/A, agência 192, conta-corrente de nº 010050-1, de titularidade do Sr. Joel Marciano e sua filha Maria Sonia Marciano Furlan, mas também a do Banco Bradesco S/A, agência 192, conta-corrente de nº da conta-corrente nº 10196-6, de titularidade da Recorrente.

Embora deva ser observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, 27 de dezembro de 1996, sobre a totalidade dos depósitos cuja origem a Recorrente não logrou comprovar, é possível presumir que os valores a título de receita bruta contidas da DSPJ tenham transitado nas contas bancárias que foram objeto de análise nos presentes autos. Assim sendo, há como acatar a pretensão da Recorrente de excluir da base de cálculo os valores a título de receita bruta informadas da DSPJ, fls. 577-594 no período de janeiro a junho do ano-calendário de 2007, conforme Tabela 1.

Tabela 1 – Receita omitida no período de janeiro a junho de 2007

Ano-Calendário 2007 Mês (A)	Créditos Bancários Líquidos Apurados de Ofício AI R\$ (B)	Valores Informados na DSPJ R\$ (C)	Receita Omitida R\$ D = (B-C)
Jan/07	189.584,74	(47.436,26)	142.148,48
Fev/07	134.172,66	(54.617,14)	79.555,52
Mar/07	155.533,20	(100.005,68)	55.527,52
Abr/07	257.477,92	(86.239,70)	171.238,22
Mai/07	156.282,61	(97.882,34)	58.400,27
Jun/07	153.219,60	(87.486,57)	65.733,03

Devem ser revistos os percentuais de apuração dos tributos do Simples, em face da redução da matéria tributável aqui procedida.

Desse modo que o conjunto probatório produzido evidencia que o procedimento de ofício está correto em parte. A inferência denotada pela defendente, nesse caso, é acertada em parte.

A Requerente diz que houve erro na identificação do sujeito passivo.

Sobre a matéria, o Código Tributário Nacional determina:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

O contribuinte direto é aquele indicado na lei para ocupar o pólo passivo da obrigação tributária é também quem deve recolher o tributo devido.

A conta mantida no Banco Bradesco S/A, agência 192, conta-corrente nº 010050-1, de titularidade do Sr. Joel Marciano e sua filha Maria Sonia Marciano Furlan, é utilizada pela Recorrente, conforme os fatos demonstrados nos autos. Conquanto mantida à margem de sua escrituração ficou demonstrada a movimentação financeira nessa conta, decorrente do exercício da atividade econômica pela Recorrente, conforme diligências realizadas junto a fornecedores e demais informações comprovadas nos autos. Além disso, as alegações da sócia não estão demonstradas de forma, clara precisa e congruente.

Infere-se que houve cessão da referida conta bancária, mantida no Banco Bradesco S/A, agência. 192, conta-corrente nº 010050-1, de titularidade do Sr. Joel Marciano e sua filha Maria Sonia Marciano Furlan para movimentação financeira da Recorrente, à margem da sua escrituração.

Considerando a análise da movimentação bancária e constatada a omissão de receita de que trata o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996 ficou evidenciada a materialidade do fato gerador e o sujeito passivo da obrigação tributária é de fato a Recorrente. A justificativa arguida pela defendente, por essa razão, não se comprova.

A Recorrente afirma que os tributos deveriam ter sido apurados com base no lucro arbitrado.

A autoridade fiscal verificando que a pessoa jurídica deixou de cumprir as obrigações acessórias relativas à determinação do lucro real ou presumido, conforme o caso, deve adotar regime de tributação com base no lucro arbitrado trimestral válido para todo ano-calendário, sendo conhecida ou não a receita bruta, de acordo com as determinações legais. Este regime aplica-se no caso de a pessoa jurídica não manter a escrituração na forma das leis comerciais e fiscais ou a escrituração revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências ou deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal ou optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido ou deixar de escriturar e apurar o lucro da sua atividade separadamente do lucro proveniente do exterior.

Em relação à receita bruta ser conhecida, o lucro arbitrado é determinado pelo somatório do ganho de capital, da receita financeira e das demais receitas auferidas incluindo os valores recuperados correspondentes a custos e despesas inclusive com perdas no recebimento de créditos, bem como do valor resultante da aplicação do coeficiente legal correspondente a sua atividade econômica sobre a receita bruta total auferida no período de apuração fixado para o lucro presumido acrescido de 20% (vinte por cento).

Quando se tratar de pessoa jurídica com atividades diversificadas serão adotados os percentuais específicos para cada uma das atividades econômicas, cujas receitas deverão ser apuradas separadamente. A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia incluído o ICMS. Somente podem ser excluídos da receita bruta as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos e os impostos não cumulativos cobrados destacadamente do comprador dos quais o vendedor ou prestador é mero depositário, uma vez que se presume que uma parcela da receita bruta foi consumida na produção dos rendimentos decorrentes da atividade econômica. Vale esclarecer que permanece a obrigatoriedade de comprovação das receitas efetivamente recebidas ou auferidas.

Este regime não é uma sanção, tanto que a pessoa jurídica, desde que preencha as condições legais, pode optar pelo lucro arbitrado com base na receita conhecida mediante o pagamento da primeira quota ou da quota única do imposto devido correspondente ao período.

No presente caso, não foram identificados os requisitos indispensáveis para que os lançamentos dos tributos fossem apurados com base no lucro arbitrado, mesmo porque a Recorrente, optante pelo Simples, mantinha a escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ainda que de forma incompleta. A alegação assinalada pela defendente, desta forma, não tem fundamento.

A Recorrente discorda da aplicação da multa de ofício proporcional qualificada.

Em relação à aplicação da multa de ofício proporcional qualificada, 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, penalidade que tem como fonte a lei, é imposta 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 qualificada 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 dolosa, que é a vontade livre e consciente de o agente praticar um fato ilícito, ainda que por erro, mas desde de evidenciada a má-fé, da qual decorre prejuízo a outrem.

Caracteriza-se pela sonegação, que é a ação ou omissão dolosa do agente de encobrir fatos tributários da Administração Pública, pela fraude, que é a ação ou omissão dolosa de não revelar a ocorrência do fato gerador do tributo ou pelo conluio, que é o ajuste doloso entre pessoas, seja para encobrir fatos tributários da Administração Pública, seja para não revelar a ocorrência do fato gerador do tributo.

Há que se perquirir se houve simulação, vício ou falsificação de documentos ou a escrituração de livros fiscais ou comerciais, ou utilização de documentos falsos para iludir a fiscalização ou fugir ao pagamento do imposto. A mesma conduta reprovável deve ser reiterada, ou continuada, assim entendida em relação à qual tenham sido lavrados diversos autos ou representações¹².

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 instância¹³.

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.

¹² Fundamentação legal: art. 142 e art. 149 do Código Tributário Nacional, art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 68, art. 70, art. 71, art. 72, art. 73, art. 74 e art. 85 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, art. 13 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e art. 20 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002.

¹³ 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

Está registrado no Relatório de Fiscalização – Simples Federal de 01/2007 a 06/2007, fls. 656-664, cujas informações estão comprovadas nos autos e cujos fundamentos cabem ser adotados de plano:

DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

25 No que tange às infrações descritas, entendo que a conduta do contribuinte enseja a aplicação da multa de ofício duplicada, conforme reza o artigo 44 § 1º da Lei 9.430/1996, com redação dada pela Lei 11.488/2007, pois a omissão de receita descrita caracteriza-se como sonegação e a utilização da conta dos sócios para movimentar recursos à MARGEM da contabilidade é fraude, conforme se depreende da leitura do artigo 71 da Lei 4502/1964, abaixo transcrito:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

26 Mesmo após o início da fiscalização, o contribuinte faltou com a verdade ao responder à intimação do auditor (fls 08/09), alegando que os recursos foram movimentados apenas na conta 10196-6 (de titularidade do contribuinte).

27 Posteriormente, indagado sobre a utilização da conta 10050-1, alegou de maneira falaciosa que “negociou créditos” com a titular da conta. NÃO APRESENTOU quaisquer comprovações do fato. Alegou que a negociação se deu de maneira “informal” apesar de se tratar de R\$2,2 milhões.

28 Na conta citada no item 27 (10.196-6 – de titularidade do contribuinte) houve movimento de apenas R\$53 mil, apesar do faturamento declarado pelo contribuinte ser de R\$1,02 milhões no ano.

29 Assim, não há de se falar em erro, haja vista que está caracterizada a intenção dolosa de esconder do fisco o real movimento financeiro da empresa em conta de terceiros, cujo titular principal é um senhor de 79 anos, pai de um dos sócios da Furlan.

30 Isso posto, estou elaborando a respectiva representação fiscal para fins penais, nos termos da Portaria RFB nº 2.439, de 21 de dezembro de 2010, pelo fato de a conduta do sujeito passivo caracterizar crime contra a ordem tributária, conforme disposto nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, abaixo transcritos:

Art. 1º - Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

31 Na citada representação, estou apondo como responsáveis os sócios da pessoa MARIA SONIA MARCIANO FURLAN e REYNALDO CAMARGO FURLAN; JOEL MARCIANO, titular da conta corrente 10050-1, que foi utilizada para movimentar recursos da empresa à margem da contabilidade; REGINALDO FURLAN, que efetuou saques da conta 10050-1; ANTONIO VALDECI JACOB, sócio da empresa Ki-Kakau, fornecedora da Furlan, por ter prestado falsas informações ao fisco, conforme narrado no item 11.4 32 Esse relatório é parte integrante e indissociável do auto de infração, processo administrativo fiscal digital (e-processo) 18088.720389/2011-17 – SIMPLES FEDERAL.

No presente caso, houve constituição do crédito tributário pelo lançamento direto, de modo que está correta a aplicação da multa de ofício proporcional qualificada pelo grau de reprobabilidade da conduta reiterada de omissão de receitas e ainda por declaração inexata com intenção de omitir sistematicamente dos rendimentos escriturados em seus assentos contábeis referente ao meses de janeiro a junho do ano-calendário 2007. Não se trata assim de simples apuração de omissão de receita, mas restou comprovado o evidente intuito de fraude da Recorrente. A conclusão oferecida pela defendente, porém, não pode subsistir.

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 caso¹⁴. A alegação relatada pela defendente, consequentemente, 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 inconstitucionalidade¹⁵.

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, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 41 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de julho de 2009). A proposição afirmada pela defendente, desse modo, não tem cabimento.

O nexo 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 passivo¹⁶. 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.

¹⁴ Fundamentação legal: art. 100 do Código Tributário Nacional e art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

¹⁵ Fundamentação legal: art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e Súmula CARF nº 2.

¹⁶ Fundamentação legal: art. 9º do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Ressalte-se que devem ser revistos os percentuais de apuração dos tributos do Simples, em face da redução da matéria tributável aqui procedida.

Em assim sucedendo, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva

Declaração de Voto

Conselheiro Sérgio Rodrigues Mendes

Diz a decisão recorrida (fls. 712 – numeração digital - ND):

[...], não sendo possível presumir que os valores relativos à receita declarada tenham transitado nas contas bancárias auditadas. Assim sendo, não há como acatar a pretensão da contribuinte de excluir, do montante considerado omitido, o valor das receitas que foram declaradas na DIPJ.

Indaga-se: se não é possível presumir que os valores relativos à **receita declarada** tenham transitado nas contas bancárias auditadas, o que dizer, então, da presunção de que os valores relativos à **receita omitida** tenham transitado naquelas mesmas contas? Deixaria de existir, embora referendada pela lei?

Ora, da mesma forma que não é admissível a **divisão da prova**, também não o é a **divisão da presunção**: ou se presume o trânsito pelas contas bancárias de todas as receitas auferidas, sejam elas tributadas ou não – de modo a tornar válida e admissível a presunção legal – ou não se presume aquele trânsito. O que não é possível é a “presunção gravosa”, contrária, em todas as situações, ao sujeito passivo.

Do contrário, não se estaria diante de uma **presunção legal** (formada, como se sabe, a partir de uma presunção *hominis*), mas, sim, de uma **ficção legal**, o que não é o presente caso.

De outro lado, o que está a fiscalização fazendo, senão **presumindo** que os valores relativos à **receita declarada** não transitaram nas contas bancárias auditadas, embora reconheça expressamente que, na conta bancária em nome da própria empresa “consta movimento de apenas R\$ 53 mil, apesar do faturamento declarado pelo contribuinte no AC de 2007 ter sido de 473 mil (1º semestre – SIMPLES FEDERAL – fls. 577/588)” (fls. 539, item 12, e 659, item 17 – ND)?

Menciono, por fim, o seguinte precedente, citado pela própria Recorrente:

IRPF. OMISSÃO. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO VALOR DOS RENDIMENTOS DECLARADOS PELO CONTRIBUINTE.

Nos termos da jurisprudência hoje majoritária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, devem ser considerados como origem, para fins de apuração do IRPF devido nos casos em que a tributação se dá nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/96, o valor dos rendimentos declarados pelo contribuinte. Tal medida se justifica pelo fato de que não se pode presumir que os rendimentos recebidos e declarados (e por isso já oferecidos à tributação, quando for o caso) tenham sido utilizados de qualquer outra forma, e não tenham transitado pelas contas bancárias do contribuinte.

(Acórdão nº 2102-00.469 - 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária - Sessão de 03 de fevereiro de 2010).

Dou provimento parcial ao Recurso, acompanhando o Voto da Relatora.

(assinado digitalmente)

Sérgio Rodrigues Mendes