

intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em NEGAR provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Relator.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Presidente.

(assinado digitalmente)

Guilherme Pollastri Gomes da Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Waldir Veiga Rocha, Gilberto Baptista, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Eduardo de Andrade, Helio Eduardo de Paiva Araujo e Alberto Pinto Souza Junior.

Relatório

Trata o presente processo de autos de infração de IRPJ-Simples, PIS-Simples, CSLL-Simples, COFINS-Simples e INSS-Simples, referentes a fatos geradores ocorridos no ano de 2004, incluídos a multa proporcional e juros de mora.

As infrações apuradas correspondem a Omissão de Receitas - Depósitos bancários não escriturados e a Insuficiência de recolhimento. A apuração dos fatos e da base de cálculo consta do Termo de Verificação Fiscal de fls.

Tendo em vista o procedimento fiscal, a autoridade autuante protocolou a Representação Fiscal para Exclusão de Ofício do Simples do contribuinte do regime de tributação Simples, cujo o processo nº 19515.002481/2007-09 foi anexado aos presentes autos, às fls. 589 a 643. Como consequência, foi expedido o Ato Declaratório Executivo Eqcob/Dicat/Derat/SPO nº 190, de 25/09/2007 (fl. 604), onde o contribuinte foi excluído do Simples a partir de 01/01/2005.

Cientificado dos Autos de Infração em 28/08/2007, a Interessada apresentou em 27/09/2007, impugnação tempestiva contra os autos de infração, alegando em síntese o seguinte:

- que o art. 196 do CTN, determina o Decreto nº 70.235/72, ser de 60 dias o prazo para validade do procedimento fiscal iniciado por apreensão de mercadorias, documentos ou livros ou por ato escrito, podendo ser prorrogado sucessivamente com outro ato escrito.

- que a Portaria SRF nº 3.007/2001 determinou prazos e formalidades, como o Demonstrativo de Emissão e Prorrogação de MPF.

- que o AFRF deixou de emitir o competente mandado de prorrogação de MPF, que é nulidade insanável no processo.

- que o mesmo diploma legal em seu art. 16 reza que o decurso do prazo sem a nova emissão e prorrogação do MPF implica em emissão de novo MPF para conclusão do procedimento fiscal. Todavia, proíbe a indicação do mesmo agente fiscal.

- que requer a extinção do MPF, bem como a declaração de nulidade dos atos praticados após o seu vencimento, 07/08/2007.

- que quando da intimação do auto de infração, teve início o prazo para apresentação de impugnação e deveria ter vista dos autos e extraído as cópias, dos autos com as informações dos documentos e informações prestadas.

-que todavia "não havia autos formalizados", os quais seriam materializados em processo apenas após a apresentação da defesa e por isso não foram disponibilizados caracterizando cerceamento ao direito de defesa do Contribuinte, já que impossibilitou o acesso à informações importantes para elaboração de sua defesa.

- que o *caput* do art. 2º da Lei nº 9.784/1999 determina que a administração pública obedecerá aos princípios lá descritos e o inciso II do art. 3º, refere-se ao estrito exercício do direito de acesso à integralidade de dados.

- que para que possa estabelecer o contraditório, se faz necessário que tenha ciência da plenitude dos atos praticados em tempo hábil.

- que com isso a autoridade fiscal infringiu o princípio da legalidade, instituído no art. 37 da Constituição.

- que além da violação aos princípios basilares, infringiu os princípios da publicidade, da motivação e do direito à não auto-incriminação, o réu pode recusar-se a produzir provas que lhe sejam desfavoráveis.

- que requer, seja devolvido o prazo para defesa administrativa.

- que os pagamentos correspondem a saldos credores de caixa comprovadamente feitos pela empresa a terceiros e não registrados em sua contabilidade, em época em que o caixa não possuía recursos.

- que é nulo o auto de infração em face de sua manifesta impropriedade e por inexistência de qualquer ilicitude.

- que a omissão de receita decorrente de extratos bancários deve ser examinada com cautela, pois documentos trazidos por fornecedores não significa dizer que houve pagamentos é mera presunção.

- que o comparativo entre os pagamentos informados nos Livros de Entrada e do Livro Caixa e os créditos auferidos mediante depósito bancário não se presta a possibilitar a subsunção de suas condutas é necessário o nexo de causalidade entre os pagamentos realizados e o enriquecimento ilícito.

- que é imprescindível que seja comprovada a não contabilização dos pagamentos efetuados, visto que, o pagamento acordado entre fornecedores e consumidores de forma diversa à integral, à vista, não constitui fato gerador do imposto de renda, pois não caracteriza disponibilidade econômica de renda.

- que inexistente comprovação de materialidade dos fatos alegados, presumidos como infração por omissão de receitas.

- que à alegada insuficiência de recolhimentos, "não há que se contestar, vez inexistir documentação comprobatória do fato que teria dado ensejo a mencionada infração, desconhecendo, a impugnante a fonte de tal asseveração.

Notificado da decisão que o excluiu do Simples em 08/10/2007, não consta apresentação, de manifestação de inconformidade contra o ADE. Observa-se apenas a apresentação de petições para requerer vistas dos autos e petição questionando a entrega de declarações de rendimentos fora do Simples.

Em 11/10/2007, o contribuinte protocolou petição requerendo o "Aditamento da sua Impugnação", juntamente com os documentos de fls. 365 a 586, onde alega que:

- em 27/09/2007, protocolizou sua impugnação dentro do prazo, sendo que somente agora teve acesso à cópia integral dos autos do processo e os atos praticados em processos devem ser materializados nos autos, tendo suas páginas numeradas seqüencialmente e rubricadas.

- de posse das citadas cópias verificou que não constam dos autos sua petição protocolizada em 10/09/2007.

- transcreve o inciso II do art. 3º, referente ao estrito exercício do direito legalmente previsto de acesso à integralidade de dados.

A 1ª Turma da DRJ/SP1, por unanimidade de votos, através do acórdão nº 16-28.714, julgou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido e a exclusão da contribuinte do Simples a partir de 01/01/2005, conforme ementa a seguir:

Assunto: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/01/2004, 28/02/2004, 31/03/2004, 30/04/2004, 31/05/2004, 30/06/2004, 31/07/2004, 31/08/2004, 30/09/2004, 31/10/2004, 30/11/2004, 31/12/2004

NULIDADE. INOCORRÊNCIA. PRORROGAÇÃO DE MPF.

Não há que se alegar a nulidade do feito em razão de inexistência da prorrogação do Mandado de Procedimento Fiscal quando verifica-se a existência do documento de prorrogação devidamente emitido dentro do prazo de validade do MPF.

NULIDADE. DOCUMENTO ANEXADO.

Verificando-se nos autos que a petição questionada pelo impugnante como ausente nestes mesmos autos encontra-se devidamente juntada no presente processo, em ordem cronológica, tendo suas folhas sido numeradas e rubricadas, não cabe alegar a nulidade dos lançamentos.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Tendo havido, por parte do contribuinte, conhecimento e ciência de todas as peças que compuseram a autuação e contendo o auto de infração suficiente descrição dos fatos e correto enquadramento legal, atendendo integralmente ao que determina a legislação de regência, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa.

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

O decidido quanto à infração que, além de implicar o lançamento de IRPJ implica os lançamentos da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), da Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e da Contribuição para a Seguridade Social (INSS) também se aplica a estes outros lançamentos naquilo em que for cabível.

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

Data do fato gerador: 31/01/2004, 28/02/2004, 31/03/2004, 30/04/2004, 31/05/2004, 30/06/2004, 31/07/2004, 31/08/2004, 30/09/2004, 31/10/2004, 30/11/2004, 31/12/2004

OMISSÃO DE RECEITAS. CONTA BANCÁRIA. VALORES CREDITADOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA.

A Lei nº 9.430/1996, em seu art. 42, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

LIMITE DE RECEITA BRUTA. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

O contribuinte que no ano-calendário ultrapassar o limite de receita bruta permitida deverá ser excluído do Simples, de ofício, com efeitos a partir do ano-calendário subsequente.

Cientificada da decisão da DRJ em 31/08/2011, a Contribuinte apresentou recurso voluntário tempestivo, em 22/09/2011, alegando em apertada síntese o seguinte:

- em preliminar requer a nulidade do auto de infração diante de irregularidades no MPF.

- cerceamento do direito de defesa, tendo em vistas que o agendamento para que a Recorrente tivesse vistas do processo foi posterior a data que expirou o prazo para oferecimento da defesa.

- que o desconhecimento sobre os exatos termos do lançamento, que poderiam ser constatados pela análise do acervo probatório acostado à conclusão dos trabalhos de fiscalização, culminam com o cerceio ao direito de defesa.

- que as movimentações bancárias analisadas representam, em sua maioria, compras efetuadas a prazo, que foram escrituradas em Livro Caixa de exercícios posteriores.

- que a fiscalização não analisou estes livros e simplesmente lançou integralmente os créditos bancários.

- que não comprovada a ocorrência do fato gerador não há que se falar em imposto.

- que reitera os argumentos aduzidos em sede de impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Guilherme Pollastri Gomes da Silva Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72, razão porque dele conheço.

Em relação a todas as alegações apresentadas quanto ao Mandado de Procedimento Fiscal e sua prorrogação, a citada Portaria SRF nº 3.007/2001, não mais vigia quando da emissão do presente MPF, em 09/04/2007. Estava em vigor a Portaria SRF nº 6.087/2005, revogada pela Portaria SRF nº 4.066, de 02/05/2007. O artigo 12 da Portaria SRF nº 6.087/2005 determinou os prazos dos MP nos seguintes termos:

Dos Prazos

Art. 12. Os MPF terão os seguintes prazos máximos de validade:

I - cento e vinte dias, nos casos de MPF-F e de MPF-E; (grifei)

II - sessenta dias, no caso de MPF-D.

Portanto, no caso em questão foi emitido um Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização (MPF-F), cujo prazo máximo de validade é de 120 dias. Tendo em vista que o MPF-F está datado de 09/04/2007, o mesmo encontrava-se válido até 07/08/2007. Como já havia explicado a DRJ.

Após o vencimento foi emitida a prorrogação deste MPF, que por sua vez tem a validade de 60 dias, conforme o disposto no artigo 13 agora da Portaria SRF nº 4.066, de 02/05/2007.

Além disso consta às fls. 02 do processo, a prorrogação do MPF nº 0819000 2007 0183, referente ao presente procedimento fiscal, até 06/10/2007, conforme informação obtida pela DRJ no endereço eletrônico da Receita Federal do Brasil. Assim, não tem qualquer razão o Recorrente ao afirmar que o auditor fiscal deixou de emitir o competente mandado de prorrogação de MPF, pois o mesmo foi emitido, conforme se comprova.

Além do mais a ausência de prorrogações de MPF, por si só, não é suficiente para se declarar a nulidade do procedimento fiscal como quer a defesa, pois no próprio MPF, é informado ao contribuinte o código do procedimento fiscal, para que o interessado acompanhe pelo endereço eletrônico fornecido, o andamento do procedimento fiscal.

Analisando os autos não verifico a existência de qualquer vício insanável, previstos no Processo Administrativo Fiscal, que possam acarretar nulidade do lançamento. A jurisprudência dominante da qual acompanho é no sentido de que os atos anuláveis estão previstos no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, que determina o seguinte:

Art. 59- São nulos:

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

Os Autos de Infração em tela foram lavrados por autoridade competente, respeitando os devidos procedimentos fiscais previstos na legislação tributária e com a correta identificação do sujeito passivo da obrigação tributária.

O Recorrente teve ciência de todos os atos e elemnetos necessários a sua defesa, além do que depreende-se da leitura das impugnações e recurso que conhece plenamente todas as acusações que lhe foram imputadas.

Portanto, não há que se falar em nulidade do procedimento fiscal ou do lançamento fiscal pelas razões aventadas em suas defesas.

Afirma o Recorrente que "não havia autos formalizados", os quais seriam materializados em processo apenas após a apresentação da defesa e que os autos deixaram de ser disponibilizados até a data da apresentação da impugnação, o que impossibilitou o acesso às informações constantes da ação fiscal para elaboração de sua defesa administrativa, cerceando seu direito à ampla defesa.

Aduz, ainda, que dirigiu-se o procurador legal do impugnante ao endereço indicado, onde deveria ter vista dos autos e extrair cópias, "com a finalidade de obter informações acerca dos documentos e informações prestadas por terceiros, as quais teriam incitado o convencimento do agente da infração supostamente cometida".

A DRJ já havia constatado que após a ciência pelo contribuinte do auto de infração, em 28/08/2007, emitiu-se despacho de encaminhamento, em 30/08/2007, à Eqcob/Dicat/Derat/SPO sendo o processo movimentado da Divisão de Fiscalização Comércio para a Equipe de Controle e Cobrança do Crédito Tributário - Eqcob, em 04/09/2007 e lá permaneceu até 22/10/2007.

Assim de acordo com o sistema Comprot, o processo encontrava-se na Eqcob/Dicat/Derat/SPO, local onde o contribuinte deveria tomar vistas dos autos, desde 04/09/2007, é de se estranhar a alegação de que os autos sequer estariam formalizados, pois não há como movimentar fisicamente um processo administrativo sem que o mesmo exista materialmente. E, ainda, verifica-se que na própria capa do presente processo, no campo Movimentações, consta o registro da entrada do processo na Eqcob nesta mesma data, ou seja, 04/09/2007.

Além do mais o Recorrente apresentou, juntamente com a impugnação, a cópia do documento "Solicitação de Cópia de Documentos" cujo formulário é emitido pela Derat/SPO, onde o interessado solicita cópia do presente processo, capa a capa, datado de 19/09/2007, onde consta também no protocolo do Recorrente, a Data Prevista para sua entrega.

Neste ponto, é de se observar que o próprio contribuinte demorou ao protocolizar esta solicitação de extração de cópia do processo, uma vez que o mesmo já se encontrava na Derat/SPO desde 04/09/2007. Note-se, ainda, que se 19/09/2007, o contribuinte percebeu que as cópias seriam entregues somente em 28/09/2007, um dia após o vencimento do prazo para a apresentação da impugnação, o contribuinte poderia perfeitamente ter tomado vistas dos autos, já que não haveria impedimento algum para isso, conforme se depreende do artigo 46 da Lei nº 9.784/1999.

Quanto a alegação de que deveria tomar vistas dos autos "com a finalidade de obter informações acerca dos documentos e informações prestadas por terceiros, as quais teriam incitado o convencimento do agente da infração supostamente cometida", não procede pois no procedimento fiscal levado à efeito, em nenhum momento a autoridade lançadora

utilizou-se de documentos ou informações prestados por terceiros, já que a autuação baseou-se somente em extratos bancários fornecidos pelo próprio interessado.

Além disso, pelas defesas do Recorrente se vê que o mesmo tinha total conhecimento da matéria lançada e a cópia integral do processo em nada influiria na presente decisão.

Portanto, não há que se falar em cerceamento de direito do contribuinte, uma vez que os elementos necessários à sua ampla defesa foram dados ao conhecimento do interessado através do Termo de Verificação Fiscal e dos Autos de Infração.

Não há no processo qualquer documento, cujo desconhecimento implicasse em preterição do direito de defesa, pois dentre os demais documentos juntados ao processo até o lançamento estão: apenas cópia da PJSI 2005-Simples, cópias dos extratos bancários e Termos de Intimação expedidos no curso da ação fiscal, que foram devidamente cientificados pelo Recorrente.

Assim, não assiste razão ao contribuinte ao afirmar que houve violação aos princípios constitucionais ou ao artigo 2º da Lei nº 9.784/1999, apesar do direito de vista dos autos pelo Contribuinte ser totalmente legal.

Além disso o Recorrente juntou um "Aditamento a sua Impugnação", que foi examinada pela DRJ, justamente para evitar cerceamento de defesa.

Alega o requerente que, de posse das cópias dos presentes autos, verificou que não constam dos autos sua petição protocolizada em 10/09/2007, o que comprovaria a total nulidade do presente procedimento.

Contudo, novamente se equivoca o interessado, pois a citada petição foi anexada juntamente com o aditamento da defesa de fls. 365 a 368. Nesta petição o interessado, após invocar os princípios constitucionais citados, requer vistas dos autos do procedimento administrativo nº 19515.002480/2007-56, bem como a extração de cópias dos documentos que o materializam, razão porque não há que se alegar nulidade ou cerceamento de defesa por este motivo.

Quanto às demais colocações referentes aos princípios legalmente previstos e já mencionados, não se observa qualquer desatendimento aos mesmos.

MÉRITO

Aduz a defesa que é nulo o auto de infração em face de sua manifesta impropriedade, por inexistência ilicitude, porém, caso se confirmassem essas assertivas, poderiam causar a exoneração do lançamento e não a sua nulidade, porém não cabe razão ao Recorrente já que o lançamento teve fundamento nos extratos bancários fornecidos por ele mesmo.

Verifico que a autuação foi pautada na legislação tributária vigente sobre o assunto, uma vez que a movimentação bancária não declarada presume-se como omissão, salvo prova em contrário, conforme art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Com a edição da mencionada legislação o que aconteceu foi a instituição da inversão do ônus da prova, autorizando o fisco a presumir a ocorrência do fato gerador pela verificação da situação tipificada na lei.

A caracterização da ocorrência do fato gerador do imposto de renda não se dá pela constatação de crédito bancário, mas sim pela falta de esclarecimentos da origem dos depósitos.

Portanto, equivoca-se o Recorrente ao afirmar que teria havido um comparativo entre os pagamentos informados a partir dos livros Registro de Entrada de mercadorias e do livro Caixa com os créditos auferidos mediante depósito bancário, pois não houve a realização de qualquer comparativo e nem o lançamento foi feito a partir dos pagamentos realizados e, sim, a partir dos valores creditados e não justificados nos extratos bancários.

Não há também quaisquer documentos trazidos aos autos por fornecedores nem o lançamento foi fundamentado em omissão de receitas por passivo fictício, como interpretado pelo Recorrente.

Nestas circunstâncias, a omissão de receitas foi caracterizada por presunção legal, perfeitamente quantificada, foi levada à tributação pelo regime adotado no lançamento, qual seja, o SIMPLES, uma vez que nos termos do artigo 24 da Lei nº 9.249/95, verificada a omissão a autoridade fiscal determinará o valor do imposto a ser lançado de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica.

No tocante ao lançamento realizado por Insuficiência de Recolhimento, o mesmo é devido em razão da forma de tributação adotada, qual seja o Simples.

Conforme estabelecia o art. 5º da Lei nº 9.732/96 com as alterações da Lei nº 9.732/98 e regulamentado pela IN SRF nº 355/2003, eram aplicáveis alíquotas específicas de acordo com a receita bruta mensal acumulada e tendo a autoridade fiscal apurado a omissão de receitas, foi necessário recalcular o valor devido de Simples, somando-se os valores omitidos, resultando assim em diferenças não recolhidas que foram lançadas por Insuficiência de recolhimento.

Em face de todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Guilherme Pollastri Gomes da Silva Relator