



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

Processo nº 19515.002710/2010-82
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-001.798 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de março de 2015
Matéria Simples. Omissão de receitas. Depósitos bancários
Recorrente JRB METAIS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/01/2006, 28/02/2006, 31/03/2006, 30/04/2006, 31/05/2006, 30/06/2006, 31/07/2006, 31/08/2006, 30/09/2006, 31/10/2006, 30/11/2006, 31/12/2006

INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. LEI COMPLEMENTAR 105. CONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF N. 02

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

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Caracteriza omissão de receita os valores creditados em conta de depósito 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.

PRÁTICA REITERADA. ARGÜIÇÃO. INSUBSISTÊNCIA.

O conceito de PRÁTICA REITERADA revela certo grau de indeterminação, de modo que descabe falar em invalidade do lançamento na circunstância em que a autoridade fiscal, identificando omissão de receitas em períodos sucessivos, promove a tributação na sistemática diferenciada e mais benéfica para o fiscalizado. O fundamento para a decretação do cancelamento do lançamento mostra-se ainda mais insubsistente quando se constata que a questão sequer foi suscitada em sede defesa, restando evidente que, no caso, não se está diante de matéria de ordem pública.

MULTA DE OFÍCIO. DESQUALIFICAÇÃO. SÚMULAS CARF N. 14 E 25

A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para reduzir a multa qualificada. Vencidos os Conselheiros Carlos Augusto de Andrade Jenier (Relator), Valmir Sandri e Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior que davam provimento total ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas em relação à manutenção do lançamento relativo aos depósitos bancários.

(Assinado digitalmente)

ADRIANA GOMES RÊGO - Presidente.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator.

(Assinado digitalmente)

PAULO JAKSON DA SILVA LUCAS - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Adriana Gomes Rego (Presidente), Wilson Fernandes Guimarães, Valmir Sandri, Paulo Jakson da Silva Lucas, Edwal Casoni De Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

Por bem descrever as circunstâncias contidas nos autos, extraio do relatório apresentado pela r. decisão de primeira instância o seguinte:

1. Em decorrência de ação fiscal, a contribuinte acima identificada foi autuada em 15/09/2010 (fl. 134) e intimada a recolher o crédito tributário constituído relativo aos tributos abrangidos pelo Simples: IRPJ, contribuição para o PIS, COFINS, CSLL, e Contribuição para a Seguridade Social-INSS, multa proporcional e juros de mora, referentes a fatos geradores ocorridos em 2006.

2. Conforme descrito nos Autos de Infração, no Termo de Constatação - Simples A/C 2006 (fls. 73 a 76) e demonstrativos anexos (fls. 77 a 96), a contribuinte cometeu as seguintes infrações:

2.1. omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários não escriturados cuja origem não foi comprovada pela contribuinte regularmente intimada; e

2.2. insuficiência de recolhimento decorrente da mudança de faixa de alíquota do Simples incidente sobre a receita declarada em função do aumento da receita bruta acumulada devido ao cômputo da receita omitida, conforme demonstrativos de fls. 98 verso a 101 verso.

3. Tendo em vista o apurado, foram lavrados, conforme preceitua o artigo 9º do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, os seguintes Autos de Infração:

3.1. IRPJ (fls. 108 a 110) com base nos artigos 186, 188 e 199 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/1999), 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "a", 5º, 7º, § 1º, e 18 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 3º da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998, formalizando crédito tributário calculado até 31/08/2010 no montante de R\$615.243,54;

3.2. PIS (fls. 113 verso a 115 verso) com base no artigo 3º, alínea "b" da Lei Complementar (LC) nº 07, de 07 de setembro de 1970, combinado com o artigo 1º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 17, de 12 de dezembro de 1973, artigos 2º, inciso I, 3º e 9º da Medida Provisória nº 1.249, de 14 de dezembro de 1995 e suas reedições, artigos 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "b", 5º, 7º, § 1º, e 18 da Lei nº 9.317/1996, e 3º da Lei nº 9.732/1998, formalizando crédito tributário, calculado até 31/08/2010, no montante de R\$449.441,07;

3.3. CSLL (fls. 119 a 121) com base nos artigos 1º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "c", 5º, 7º, § 1º, e 18 da Lei nº 9.317/1996, e 3º da Lei nº 9.732/1998, formalizando crédito tributário, calculado até 31/08/2010, no montante de R\$615.243,54;

3.4. COFINS (fls. 124 verso a 126 verso) com base nos artigos I o e 2 o da Lei Complementar (LC) n° 70, de 30 de dezembro de 1991, 2 o , § 2 o , 3 o , §1o , alínea "d", 5o , 7o , §1o , e 18 da Lei n° 9.317/1996, e 3 o da Lei n° 9.732/1998, formalizando crédito tributário, calculado até 31/08/2010, no montante de R\$1.805.865,86; e

3.5. Contribuição para a Seguridade Social - INSS (fls. 130 a 132) com base nos artigos 2o , § 2o , 3o , §1o , alínea "f", 5o , 7o , §1o , e 18 da Lei n° 9.317/1996, e 3 o da Lei n° 9.732/1998, formalizando crédito tributário, calculado 31/08/2010, no montante de R\$5.228.691,92.

4. Sobre a receita omitida foi aplicada multa de ofício qualificada de 150% e sobre a insuficiência de recolhimento multa de ofício regular de 75%. O enquadramento legal das multa é o artigo 44 da Lei n° 9.430, de 27 de dezembro de 1996, combinado com o artigo 19 da Lei n° 9.317/1996 (fls. 106, 111 verso, 117, 122 verso e 128). O enquadramento legal dos juros de mora é o artigo 61, § 3 o , da Lei n° 9.430/1996 (fls. 106, 111 verso, 117, 122 verso e 128). O auditor fiscal atribuiu responsabilidade tributária aos sócios Juvenal Rodrigo Batista, CPF n° 536.227.238-15, e Anselmo Rodrigo Batista, CPF n° 151.110.218-76 (item 4 do Termo de Constatação - Simples A /C 2006 - fls. 75 a 76), c om base nos artigos 134, inciso VII, 135, inciso I, e 137, inciso II, do CTN. Os sócios também foram cientificados da autuação em 15/09/2010 e 16/09/2010, respectivamente, conforme Aviso de Recebimento e documentos de fls. 135, 136 e 153 a 159.

5. Irresignada com os lançamentos, em 28 de setembro de 2010, a autuada apresentou, representada por sócio administrador (fl. 148), a impugnação de fls. 141 a 148, instruída com os documentos de fls. 149 a 152 (cópias de documentos que comprovam a representação), na qual alega, em síntese, o seguinte:

5.1. "a impugnante, após a conclusão dos trabalhos de fiscalização, pretende pleitear o parcelamento de seus débitos, restabelecendo, dessa forma, sua regularidade fiscal";

5.2. na atual situação econômico-financeira do país nenhuma empresa possui condições de pagar a fortuna de R\$8.714.485,95, que é o total dos tributos cobrados no presente processo;

5.3. requer que seja diminuído o valor de seu débito, pois entre as movimentações ocorreram depósitos de natureza indenizatória e "não existe condições de pagar o auto de infração e imposição de multa em epígrafe";

5.4. o valor da multa (R\$4.459.766,40), absurdo e desprovido de qualquer fundamentação legal, deve ser reduzido e equiparado ao valor do débito apurado (R\$2.980.050,70), conforme artigo 412 do Código Civil, segundo o qual o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal, devendo ser diminuída a um valor justo e pagável;

5.5. o auto de infração possui irregularidades que devem ser sanadas, sob pena de não prosperar diante de uma futura execução;

5.6. "totalmente improcedente a autuação sofrida, mormente quando infirmada por mera suposição da inexistência de 'lançamentos fictícios'";

5.7. "as provas ora apresentadas, mostram, à saciedade, que não houve a pretendida 'omissão de receitas' por parte da impugnante, a justificar a autuação";

5.8. "o Auto de Infração, ora impugnado, além de ser improcedente, é totalmente ilegal e, sobretudo arbitrário, subvertendo o próprio estado de direito";

5.9. a única prova utilizada nos lançamentos são extratos bancários obtidos ilegalmente, pois as informações bancárias obtidas pela Secretaria da Receita Federal referentes a período anterior à edição da Lei nº 10.174/2001, não podem ser utilizadas para a investigação de outros tributos que não a CPMF, e sem qualquer autorização judicial, o que viola a norma contida no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal;

5.10. a impugnante não deixou de cumprir qualquer de suas obrigações em relação aos fatos que lhe são imputados; e

5.11. entende ter sido autuada injustamente, conforme ficou demonstrado nos quadros explicativos, alegações, fundamentações de direito e robustez de provas que instruem a presente defesa.

Analizando esses argumentos, concluiu a douta Iª Turma da DRJ/SP1 pela improcedência da impugnação, em acórdão que, inclusive, assim restou ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/01/2006, 28/02/2006, 31/03/2006, 30/04/2006, 31/05/2006, 30/06/2006, 31/07/2006, 31/08/2006, 30/09/2006, 31/10/2006, 30/11/2006, 31/12/2006

INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. UTILIZAÇÃO. QUEBRA DE SIGILO. INOCORRÊNCIA.

A utilização de informações bancárias obtidas junto às instituições financeiras constitui simples transferência à administração tributária, e não quebra, do sigilo bancário dos contribuintes, não havendo, pois, que se falar na necessidade de autorização judicial para o acesso, pela autoridade fiscal, a tais informações.

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO.

A instituição de uma presunção pela lei tributária transfere ao contribuinte o ônus de provar que o fato presumido pela lei não aconteceu em seu caso particular.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/01/2006, 28/02/2006, 31/03/2006, 30/04/2006, 31/05/2006, 30/06/2006, 31/07/2006, 31/08/2006, 30/09/2006, 31/10/2006, 30/11/2006, 31/12/2006

DEPÓSITO BANCÁRIO. ORIGEM. FALTA DE COMPROVAÇÃO. RECEITA OMITIDA.

Valores depositados em conta bancária, cuja origem a contribuinte regularmente intimada não comprova, caracterizam receitas omitidas.

OMISSÃO DE RECEITAS. DETERMINAÇÃO DO IMPOSTO. REGIME DE TRIBUTAÇÃO.

Verificada a omissão de receita, o imposto a ser lançado de ofício deve ser determinado de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

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

Data do fato gerador: 31/01/2006, 28/02/2006, 31/03/2006, 30/04/2006, 31/05/2006, 30/06/2006, 31/07/2006, 31/08/2006, 30/09/2006, 31/10/2006, 30/11/2006, 31/12/2006

LANÇAMENTO. JULGAMENTO. NORMAS APLICÁVEIS. IMPOSTO DE RENDA.

As normas relativas ao imposto de renda devem ser aplicadas na determinação e exigência dos créditos tributários devidos em conformidade com o Simples.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/01/2006, 28/02/2006, 31/03/2006, 30/04/2006, 31/05/2006, 30/06/2006, 31/07/2006, 31/08/2006, 30/09/2006, 31/10/2006, 30/11/2006, 31/12/2006

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DOLO. MULTA. 150%.

Em lançamento de ofício é devida multa qualificada de 150% calculada sobre a totalidade ou diferença do tributo que não foi pago ou recolhido quando demonstrada a presença de dolo na ação ou omissão do contribuinte.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Intimada a contribuinte do inteiro teor da decisão proferida no dia 31/08/2011, por ela foi então interposto o seu Recurso Voluntário, em 15/09/2011, pretendendo a reforma da decisão e a desconstituição do lançamento, a partir de considerações que aqui podem ser assim sumariadas:

Da Multa em valor superior ao débito

- Que a multa imposta apresenta-se em valor superior ao montante dos tributos devidos, o que, segundo entende, não se pode de forma alguma admitir, devendo ela ser então reduzida a um valor justo e pagável.
- Que a penalidade não pode ser superior ao montante principal devido.
- Que no julgamento proferido restou perfeitamente destacado no Voto Vencido a invalidade da exigência da multa no percentual de 150% (Cento e cinquenta por cento).
- Que esse entendimento, inclusive, hoje se encontra pacífico neste Conselho, tendo em vista a aplicação das disposições da Súmula CARF n. 14.
- Que o dolo somente poderia ser provado ante a específica e própria instauração de processo penal.

-
- Que, diante disso, deve ser afastada a majoração da penalidade aplicada.

Da quebra ilegal de sigilo bancário

- Que a única prova da fiscalização para a imposição da omissão de receitas consiste nos extratos bancários obtidos de forma ilegal.
- Que a quebra do sigilo bancário, sem qualquer autorização jurisdicional, é ilegal, e inadmitida em nosso sistema normativo.
- Que entre os depósitos considerados existiam valores recebidos de natureza indenizatória, e que, portanto, não poderiam ser considerados como base para a incidência dos tributos apontados.

Da presunção legal, com inversão do ônus da prova

- Que o ônus da prova incumbe a quem alega, nos termos do art. 333 do CPC.
- Que a inversão do ônus da prova apontada não pode ser admitida.

Sendo este feito a mim distribuído, na sessão de 13 de Setembro de 2013, concluiu este colegiado pela conversão do julgamento em diligência, determinando o SOBRESTAMENTO do feito nos termos então dispostos nos parágrafos 1º e 2º do art. 62-A do RICARF, tendo em vista que a discussão central mantida nos autos referir-se-ia à análise a respeito da constitucionalidade das disposições da Lei Complementar n. 105, e que, existindo pendência dessa análise no julgado do RE 601.314RG/SP –apreciado sob o regime do procedimento de repercussão geral de que trata o art. 543-B do CPC -, apresentava-se pois, perfeitamente possível.

Nada obstante, tendo sido revogadas as referidas disposições regulamentares, retornam, agora, os autos à análise deste relator.

Em rápida síntese, é o que se tem a relatar.

Voto Vencido

Conselheiro CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER, relator.

Sendo tempestivo o recurso voluntário interposto, dele conheço.

A discussão havida nestes autos, conforme se verifica, refere-se à validade/regularidade do lançamento efetivado, tendo em vista as informações obtidas pelos agentes da fiscalização fazendária em relação às movimentações bancárias da contribuinte, e, a partir daí, apesar de regularmente intimada, a total inexistência de qualquer informação da contribuinte no sentido de desconstituir a aplicação da presunção apontada.

Pois bem.

Sobre a inconstitucionalidade da obtenção de informações bancárias sem a prévia quebra do sigilo bancário por determinação judicial

A primeira ponderação trazida no recurso interposto, refere-se à discussão pretendida pela contribuinte a respeito da inconstitucionalidade das disposições da Lei Complementar nº 105/2001, e, no caso, a obtenção, pelos agentes da fiscalização fazendária, de informações a respeito da movimentação bancária dos contribuintes sem a prévia determinação de quebra de sigilo bancário pelas respectivas autoridades judiciárias.

Antes, entretanto, de qualquer consideração a respeito da matéria, cumpre aqui destacar então o que expressamente previsto na norma em referência, ressaltando, especificamente, a autorização legal de obtenção das referidas informações. Vejamos:

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

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II – o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III – o fornecimento das informações de que trata o §2º do art. 11 da Lei no 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

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

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. (Regulamento)

§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

- I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;
- II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques;
- III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;
- IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança;
- V – contratos de mútuo;
- VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito;
- VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável;
- VIII – aplicações em fundos de investimentos;
- IX – aquisições de moeda estrangeira;
- X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;
- XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior;
- XII – operações com ouro, ativo financeiro;
- XIII – operações com cartão de crédito;
- XIV – operações de arrendamento mercantil; e
- XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

§ 2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

§ 3º Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

A partir da análise dessas disposições, verifica-se que, sob o ponto de vista estritamente legal, não se configura a “quebra do sigilo bancário” a prestação de informações pelas instituições financeiras e bancárias aos agentes da Fiscalização Fazendária quando por eles requerido.

A (in)constitucionalidade dessas disposições, é bem verdade, ainda hoje é tema debatido na doutrina e jurisprudência pátria, estando pendente ainda a apreciação da questão pelo Supremo Tribunal Federal, que, a respeito do assunto, já expressamente

reconheceu a repercussão geral da matéria quando do destaque das disposições do RE 601314 (Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI).

Nada obstante, considerando que a avaliação a respeito da constitucionalidade das normas é competência própria da atuação do Poder Judiciário, aplicando-se, na atuação administrativa, a necessária presunção de validade dos comandos legais, destaca-se, a esse respeito, os dizeres específicos da Súmula CARF nº 2 que assim, inclusive, especificamente já se pronuncia:

Súmula CARF nº 2:

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

Diante dessas razões, afasto a análise a respeito da (in)constitucionalidade das disposições da LC nº 105/2001 pretendida pelo recorrente e, com isso, presumindo válidas as informações contidas nos autos a partir da expedição das competentes *Requisições de Movimentação Financeiras – RMF's* aqui então especificamente retratadas e, por isso, perfeitamente regular as informações utilizadas na presente autuação.

Da aplicação da presunção de omissão de receitas

Continuando suas razões, a contribuinte sustenta também a invalidade da aplicação de presunção de receitas na espécie, destacando, novamente, ofensa a princípios constitucionais como proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, etc.

A aplicação, no caso, da presunção de omissão de receitas, vale destacar, decorrem, especificamente, da aplicação das disposições do Art. 42 da Lei 9.430/96, que, sobre a matéria, assim então especificamente destaca:

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

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

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

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

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

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais). (Vide Lei nº 9.481, de 1997)

§ 4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.

§ 5o Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

§ 6o Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

(destaques nossos)

Por essas disposições, verifica-se que, obtendo os agentes da fiscalização as informações a respeito das movimentações financeiras realizadas nas contas-correntes da fiscalizada e não tendo ela apresentado, ao tempo e modo devido, os específicos e devidos registros dos respectivos montantes em sua contabilidade com a comprovação de sua origem e natureza, perfeitamente válida, mais uma vez, se mostra a aplicação da presunção de omissão de receitas, da forma como efetivada, não se podendo aqui, portanto, deixar-se de observar a específica determinação legal aqui apontada.

À fiscalizada, insista-se, assistiria o direito de efetivamente desconstituir as presunções aplicadas, apresentando, quando devidamente intimada para tanto, as respectivas comprovações a respeito da origem e natureza dos apontados recursos, o que, mais uma vez, não se verifica no presente caso.

Diante disso, perfeitamente válida e regular, no caso, se verifica a aplicação da presunção de omissão de receitas promovida na atuação realizada, não se havendo falar aqui, absolutamente, em qualquer invalidade das disposições do Art. 42 da Lei 9.430/96 (*Súmula CARF nº 2*) e, ainda, em qualquer ofensa a princípios da razoabilidade, proporcionalidade, contraditório, ampla defesa ou qualquer outra disposição constitucional apontada.

Da exclusão do Simples Federal - Configuração de 'Prática Reiterada'

A par de todas as considerações aqui antes apresentadas, em que pese concluirmos, até agora, pela inadmissibilidade das razões sustentadas no Recurso Voluntário interposto, um ponto ainda aqui merece destaque: a identificação própria dos efeitos da exclusão da sistemática do Simples verificada.

Em relação a este ponto, relevante observar que, partindo da análise de extrapolação, pela contribuinte, dos limites anuais de receita determinados pela legislação de regência, os agentes da fiscalização promoveram então a exclusão da contribuinte da sistemática própria do Simples, por meio de ADE que aponta a prática de efeitos a partir do ano seguinte ao da referida extrapolação.

Com essa conclusão, inclusive, os montantes apontados como devidos pela contribuinte foram apurados a partir da aplicação das alíquotas próprias do SIMPLES, da foram como aqui, então, especificamente apontado.

Entretanto, importante ressaltar que, nos presentes autos, trata-se de lançamento decorrente de verificação da efetiva e própria hipótese de "omissão de receitas", identificada **desde o primeiro mês do ano-calendário de 2006**, o que, por força das disposições contidas na própria Lei 9.317/96, imporiam o reconhecimento da chamada **prática reiterada de conduta vedada**, importando, assim, a exclusão de ofício daquela sistemática, nos termos do art. 14 e seguintes. Vejamos:

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

II - embargo à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiver obrigada, bem assim pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Sistema Tributário Nacional);

III - resistência à fiscalização, caracterizada pela negativa de acesso ao estabelecimento, ao domicílio fiscal ou a qualquer outro local onde se desenvolvam as atividades da pessoa jurídica ou se encontrem bens de sua posse ou propriedade;

IV - constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual;

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;

VI - comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

VII - incidência em crimes contra a ordem tributária, com decisão definitiva.

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

I - a partir do ano-calendário subsequente, na hipótese de que trata o inciso I do art. 13;

II - a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - a partir do início de atividade da pessoa jurídica, sujeitando-a ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos impostos e contribuições, devidos de conformidade com as normas gerais de incidência, acrescidos, apenas, de juros de mora quando efetuado antes do início de procedimento de ofício, na hipótese do inciso II, "b", do art. 13;

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

V - a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior.

VI - a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência do ato declaratório de exclusão, nos casos dos incisos XV e XVI do caput do art. 9º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

Art. 16. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

(Grifos e destaques nossos)

A partir dessas considerações, o que se verifica nos autos é que os agentes da fiscalização, identificando a extrapolação da receita bruta auferida pela contribuinte no ano-calendário de 2006, determinaram a exclusão de ofício, a partir daí, simplesmente ignorando todas as demais considerações contidas nos autos, o que, entretanto, não se mostra suficiente para a apuração, da forma como efetivada.

A questão da configuração da “**prática reiterada**” quando da identificação da efetiva operacionalização de “**omissão de receitas**” pela contribuinte é tema hoje pacífico na jurisprudência desse Conselho, verificando-se, a esse respeito, inclusive, diversos precedentes que assim o tem considerado. Vejamos:

Número do Processo 16832.000007/2010-59

Contribuinte IRMAOS AZEVEDO COSTA - OFICINA MULTIMARCAS LTDA.

Tipo do Recurso RECURSO DE OFÍCIO

Data da Sessão 25/09/2014

Relator(a) JOAO OTAVIO OPPERMANN THOME

Nº Acórdão 1102-001.213

Tributo / Matéria

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Documento assinado digitalmente. João Otávio Oppermann Thomé – Presidente e Relator. Participaram do julgamento os Conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, José Evande Carvalho Araujo, Francisco Alexandre dos Santos Linhares, Ricardo Marozzi Gregório, João Carlos de Figueiredo Neto, e Antonio Carlos Guidoni Filho.

Ementa

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples Ano-calendário: 2006 **PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXCLUSÃO DO SIMPLES. A falta de apresentação dos extratos bancários e de todos os demais documentos da escrituração, do Livro de Registro de Inventário, e a falta de declaração e recolhimento dos tributos, constatadas ao longo de todos os meses do ano calendário, caracterizam a prática reiterada de infração à legislação tributária, bastante para a exclusão, do Simples, da pessoa jurídica optante deste regime. EXCLUSÃO DO SIMPLES. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. EFEITOS. DECISÃO DEFINITIVA. A exclusão do Simples, no caso de prática reiterada de infração à legislação tributária, surte efeitos a partir do primeiro mês em que constatada a situação excludente, não havendo exigência de prévia decisão condenatória definitiva relativa ao mesmo tipo de infrações, ou relativa a lançamento tributário decorrente dessas mesmas infrações.**

(Grifos e destaques nossos)

Nessa linha temos já, em diversas outras oportunidades, manifestado o nosso entendimento em julgados nesta própria Turma de Julgamento, existindo, inclusive, em nosso acervo próprio, precedentes em que tal entendimento restara pois devidamente assentado, conforme, inclusive, o aresto abaixo, aqui trazido apenas a título de exemplificação:

Número do Processo 10410.006626/2009-06
Contribuinte LEITE & FEITOSA LTDA - ME
Tipo do Recurso RECURSO VOLUNTARIO
Data da Sessão 12/04/2012
Relator(a) PAULO JAKSON DA SILVA LUCAS
Nº Acórdão 1301-000.890
Tributo / Matéria

Decisão

Os membros da turma acordam, por maioria, **dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Redator designado**. Vencidos o Conselheiro Relator, Paulo Jakson e o Conselheiro Wilson Guimarães. Designado redator o Conselheiro Valmir Sandri.

Ementa:

SIMPLES — EXCLUSÃO - PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA - A omissão de receita comprovada por pessoa jurídica optante pelo SIMPLES, praticada em meses sucessivos, caracteriza a prática reiterada de infração à legislação tributária, bastante para a exclusão da optante do SIMPLES, devendo a tributação se sujeitar às normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas, a partir do próprio ano-calendário da reiterada infração. TRIBUTAÇÃO REFLEXA - SIMPLES - PIS/COFINS/CSLL/INSS. Estende-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que s vincula.

(destaques nossos)

A existência, nos autos, de elementos suficientes para a identificação incontestada da prática reiterada de infrações, pela contribuinte, à específica legislação tributária de regência, impunha a obrigatoriedade de verificação de sua configuração pelos agentes da fiscalização, e, nessas circunstâncias, em estrita observância do comando normativo respectivo, a imputação da imediata exclusão da contribuinte na sistemática própria do Simples, e, nos termos do Art. 16 da lei 9.317/96, **a apuração dos montantes devidos de acordo com as normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, a partir, inclusive, do mês de ocorrência do fato infracional apontado**, o que, entretanto, conforme se verifica, aqui não foi efetivamente observado.

A opção promovida pelos agentes da fiscalização, ao que tudo indica, representa, na verdade, a opção de impor à contribuinte a alternativa mais onerosa, que seria, no caso, a aplicação das disposições da Legislação do Simples Federal (Lei 9.317/96), em circunstâncias em que elas próprias impõem/determinam a tributação pelas regras aplicáveis às demais pessoas jurídicas (não optantes pelo Simples), o que, ao nosso sentir, representaria, no caso, a pretensão de utilização do tributo como “sanção por ato ilícito”, em expressa afronta às disposições do próprio Art. 3º do Código Tributário Nacional.

A atividade de julgamento no Processo Administrativo de Recursos Fiscais, aqui já temos sustentado, é sustentáculo do controle de validade do lançamento fiscal, sendo esse, circunstancialmente, o mote de nossas atuações.

Em face dessas considerações, tendo em vista a inobservância, pelos agentes da fiscalização, das específicas normas de regência (no caso, as disposições da Lei 9.317/96) quando da apuração dos montantes devidos pela contribuinte, e, no caso, a efetiva e válida identificação de materialização da hipótese de “**Prática Reiterada de Infração à Legislação Tributária**”, que, por sua vez, por força das disposições expressas do Art. 16 daquele diploma impunha a apuração dos montantes devidos a partir da aplicação das normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas (não-optantes pelo Simples), entendo como impossível a manutenção do lançamento da forma como efetivado.

Com base nesses fundamentos, na linha da jurisprudência deste CARF, encaminho o meu voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, reconhecendo, no caso, a invalidade do lançamento da forma como efetivado, tendo em vista que, configurada a prática reiterada de infração à legislação tributária, deveria ser então a contribuinte excluída daquela sistemática desde a data da identificação da primeira ocorrência, apurando-se os montantes devidos a partir das normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas, o que, não tendo sido observado pelos agentes da fiscalização, impõe, na presente vertente, a obrigatoriedade de desconstituição do lançamento, nos termos e fundamentos aqui então devidamente apontados.

Da (des)qualificação da multa de ofício aplicada

A par das considerações aqui antes apresentadas, relevante observar que, restando vencido o entendimento sustentado por este relator em relação à completa desconstituição do lançamento, importante ainda observar que, mesmo que mantida a cobrança dos tributos, da forma como efetivada, a imputação de qualificação da penalidade, da forma como apresentada, não se coaduna com a atual e melhor interpretação das disposições de regência.

Isso porque, conforme se verifica, tratando-se, nos presentes autos, de lançamento exclusivamente decorrente de identificação de extrapolação dos limites operacionais do Simples por específica omissão de receitas da contribuinte identificada a partir de sua própria movimentação bancária, descabe, completamente, a majoração da penalidade aplicada, sendo, portanto, nos termos do Voto Vencido da decisão de primeira instância, completamente indevida a exigência de multa no percentual de 150% (Cento e Cinquenta por cento).

Em que pese a histórica discussão a respeito dessa matéria, relevante destacar que hoje, neste Conselho, esse assunto encontra-se já perfeitamente pacificado, constando, inclusive, das expressas disposições das Súmulas CARF n. 14 e 25, que, assim, inclusive, há tempos pronunciam:

Súmula CARF nº 14:

A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Em face dessas considerações, não existindo nos autos outras informações que sustentem a qualificação da penalidade aplicada, entendo que, sendo mantido o lançamento, deve então ser afastada a qualificação da multa de ofício, nos termos e fundamentos aqui, então, especificamente apontados.

Conclusão

Diante dessas razões, tendo sido vencido em relação à desconstituição integral do lançamento da forma como apresentado, encaminho o meu voto no sentido DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, no caso, reconhecendo a invalidade da qualificação da multa de ofício aplicada, com base na inteligência das Súmulas CARF n. 14 e 25, aqui devidamente invocada, devendo ela, assim, ser reduzida ao patamar de 75% (setenta e cinco por cento), nos termos e fundamentos aqui então especificamente apresentados.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas - Redator Designado.

Inobstantes as valiosas considerações do Ilustre Conselheiro Relator, o Colegiado, pelo voto de qualidade, divergiu do entendimento com relação ao que ele denominou "***Da exclusão do Simples Federal - Configuração de 'Prática Reiterada - "invalidade do lançamento"***".

O Ilustre Conselheiro Relator declina o seguinte entendimento, *in verbis*:

A par de todas as considerações aqui antes apresentadas, em que pese concluirmos, até agora, pela inadmissibilidade das razões sustentadas no Recurso Voluntário interposto, um ponto ainda aqui merece destaque: a identificação própria dos efeitos da exclusão da sistemática do Simples verificada.

Em relação a este ponto, relevante observar que, partindo da análise de extrapolação, pela contribuinte, dos limites anuais de receita determinados pela legislação de regência, os agentes da fiscalização promoveram então a exclusão da contribuinte da sistemática própria do Simples, por meio de ADE que aponta a prática de efeitos a partir do ano seguinte ao da referida extrapolação.

Com essa conclusão, inclusive, os montantes apontados como devidos pela contribuinte foram apurados a partir da aplicação das alíquotas próprias do SIMPLES, da forma como aqui, então, especificamente apontado.

Entretanto, importante ressaltar que, nos presentes autos, trata-se de lançamento decorrente de verificação da efetiva e própria hipótese de "omissão de receitas", identificada **desde o primeiro mês do ano-calendário de 2006**, o que, por força das disposições contidas na própria Lei 9.317/96, imporiam o reconhecimento da chamada **prática reiterada de conduta vedada**, importando, assim, a exclusão de ofício daquela sistemática, nos termos do art. 14 e seguintes. (...)

Em face dessas considerações, tendo em vista a inobservância, pelos agentes da fiscalização, das específicas normas de regência (no caso, as disposições da Lei 9.317/96) quando da apuração dos montantes devidos pela contribuinte, e, no caso, a efetiva e válida identificação de materialização da hipótese de "***Prática Reiterada de Infração à Legislação Tributária***", que, por sua vez, por força das disposições expressas do Art. 16 daquele diploma impunha a apuração dos montantes devidos a partir da aplicação das normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas (não-optantes pelo Simples), entendo como impossível a manutenção do lançamento da forma como efetivado.

Nota-se, pois, que, para o Relator, estaria configurada no presente caso a prática reiterada a que alude o inciso V do art. 14 da Lei nº 9.317, de 1996, de modo que caberia à autoridade fiscal promover, de ofício, a exclusão da contribuinte da sistemática do SIMPLES e, a partir daí, submetê-la à tributação segundo as regras previstas para as pessoas jurídicas em geral.

A tese acolhida pelo Ilustre Relator diz respeito ao fato de que, considerados os elementos reunidos ao processo, estaria caracterizada a PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÕES, o que implicaria em tributação nos moldes aplicados às demais pessoas jurídicas, e não na sistemática do SIMPLES.

A argumentação foi rejeitada, primeiramente porque a questão sequer foi suscitada em sede de recurso, não cabendo, no caso, a arguição de que tal matéria seria de ordem pública, obrigando, assim, o Colegiado a conhecê-la de ofício. Com efeito, o conceito de prática reiterada é contaminado de indeterminação, não sendo pacífico o entendimento de que ela resta caracterizada na circunstância versada nos autos.

No mais, restou consignado que o agente fiscal não detém competência para, a partir da caracterização de uma suposta prática reiterada de infrações, decretar a exclusão do contribuinte da sistemática do SIMPLES.

Nos termos do parágrafo 3º do art. 15 da Lei nº 9.317/96, a exclusão de ofício, para que possa surtir os efeitos jurídicos que lhe são próprios, deve ser promovida por meio da expedição de ato declaratório da autoridade fiscal da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurando-lhe o exercício do contraditório e da ampla defesa, nos termos das normas processuais em vigor.

Pelas razões expostas, decidiu o Colegiado, pelo voto de qualidade, afastar a invalidade do lançamento suscitada de ofício pelo Ilustre Conselheiro Relator e, em consequência manter o lançamento com a multa de ofício no percentual de 75%.

“documento assinado digitalmente”

Paulo Jakson da Silva Lucas - Redator