



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

Processo n° 10980.001684/2006-28
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1301-001.621 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de agosto de 2014
Matéria SIMPLES
Recorrente Rafael Selyatici Borges
Recorrida Fazenda Nacional

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

Ano-calendário: 2002

EXCLUSÃO DO SIMPLES - VIOLAÇÃO AO SIGILO BANCÁRIO.

Conforme dispõe § 3º, inciso VI, da Lei Complementar 105/2001, não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos seus artigos 5º e 6º. O CARF não é competente para apreciar a constitucionalidade da Lei Complementar 105 (Súmula CARF nº 2)

EXCLUSÃO DO SIMPLES - EXCESSO DE RECEITA APURADO COM BASE EM MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA - COMPATIBILIDADE ENTRE O ART. 42 DA LEI Nº 9.430/1996 E A LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001.

A falta de comprovação da origem dos recursos creditados em instituição financeira em nome do contribuinte caracteriza omissão de receitas por presunção legal, não podendo o CARF apreciar a constitucionalidade da norma (Súmula CARF nº 2). A Lei Complementar nº 105, de 2001, não trata da mesma matéria do art. 42 da Lei nº 9.430/96, não havendo que se falar de revogação desta por aquela.

EXCLUSÃO DO SIMPLES DE MICROEMPRESA, POR EXCESSO DE RECEITA - POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA INSCRIÇÃO COMO EMPRESA DE PEQUENO PORTE.

Se a microempresa que exceder o limite de receita bruta não proceder à exclusão do sistema mediante alteração cadastral, a exclusão é feita de ofício. A nova inscrição, como empresa de pequeno porte, se o limite da receita o permitir, não pode ser feita pelo fisco, tratando-se de ato de vontade do contribuinte.

Processo nº 10980.001684/2006-28
Acórdão n.º 1301-001.621

SI-CFII
Fl. 3

EXCLUSÃO DO SIMPLES - EFEITO RETROATIVO - DIREITO ADQUIRIDO - IMPERTINÊNCIA.

O ato que exclui a empresa é meramente declaratório, não tendo efeito constitutivo ou desconstitutivo de direito. A lei estabelece expressamente a partir de que data se dá a exclusão, não cabendo ao CARF apreciar alegação de que a previsão legal fere garantias constitucionais e legais dos contribuintes.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2003, 2004

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - NÃO INCIDÊNCIA NO PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO.

Descabe suscitar violação ao princípio do contraditório, eis que tal norma não incide no procedimento fiscalizatório, de índole inquisitiva, sendo aplicável somente na fase litigiosa, que se instaura com a impugnação ao lançamento.

SIGILO BANCÁRIO.

A prestação de informações pelas instituições financeiras, na forma dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar 105/2001, não constitui violação de sigilo, e independem de autorização judicial.

RESPONSABILIDADE DO SÓCIO DE FATO - PROSSEGUIMENTO NA EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE SOCIAL - RESPONSABILIDADE PESSOAL - DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA.

Responde pelos tributos devidos pela pessoa jurídica extinta o sócio de fato que prossegue na exploração da atividade social.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2003, 2004

INSUBSISTÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO POR EXTINÇÃO DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL.

É infundada a alegação de insubsistência do lançamento por extinção do órgão responsável pelo lançamento, uma vez que a Medida Provisória que criou a Receita Federal do Brasil, que perdeu sua eficácia, apenas conferiu nova denominação à SRF.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003, 2004

OMISSÃO DE RECEITAS APURADA COM BASE EM MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA - FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS.

A ausência de comprovação da origem dos depósitos bancários autoriza a presunção de omissão de receitas, não sendo o CARF o foro próprio para discutir se a norma se amolda aos contornos constitucionais.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

É aplicável a multa de ofício qualificada, naqueles casos em que resta constatado o evidente intuito de fraude. A conduta ilícita reiterada ao longo

Processo nº 10980.001684/2006-28
Acórdão n.º 1301-001.621

SI-CFII
Fl. 4

do tempo descaracteriza o caráter fortuito do procedimento, evidenciando o intuito doloso

MULTA AGRAVADA.

A lei prevê o agravamento, que corresponde a acrescê-la em 50%, nos casos de não atendimento pela pessoa fiscalizada, no prazo marcado, de intimação para prestação de esclarecimentos, tipo no qual não se amoldam a falta de apresentação de livros e documentos e a não comprovação da origem dos recursos depositados em contas bancárias.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária** da **PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por unanimidade de votos, dado provimento parcial ao recurso nos termos do voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Valmar Fonsêca de Menezes

Presidente

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri

Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros os Conselheiros: Valmar Fonsêca de Menezes (Presidente), Wilson Fernandes Guimarães, Valmir Sandri, Paulo Jakson da Silva Lucas, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

Cuida-se de recurso impetrado por Rafael Selvatici Borges, contra a decisão da 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Curitiba, que julgou procedente o ato de exclusão do SIMPLES por excesso de receita bruta no ano-calendário de 2002, rejeitou o pedido de exclusão da responsabilidade tributária, e julgou procedentes os lançamentos, mantendo integralmente as exigências de IRPJ, PIS, Cofins e CSLL relativos aos anos calendários de 2003 e 2004, respectivas multas e juros de mora.

Conforme consta dos autos do processo nº 10980.014674/2005-71, pelo Ato Declaratório Executivo DRF/CTA nº 28, emitido em 14/02/2006, do contribuinte Big Wall Comercial Ltda. foi excluído do regime do Simples, por incorrer na vedação prevista no art. 9º, inciso I da Lei nº 9.317, de 1996, tendo sido lançados tributos relativos ao Simples, do ano-calendário de 2002, que são objeto do processo nº 10980.001913/2006-12.

Processo nº 10980.001684/2006-28

SI-CFII
Fl. 5

Acórdão n.º 1301-001.621

O processo de exclusão do Simples foi apensado ao presente, que recebeu os lançamentos relativos aos anos-calendário de 2003 e 2004.

Consta dos autos que o sócio de fato da pessoa jurídica é o Sr. Rafael Selvatici Borges, CPF 004.024.959-00, que figura no polo passivo do auto de infração relativo aos tributos devidos por aquela empresa.

Na manifestação de inconformidade relativa à exclusão do Simples, a interessada, em preliminar, requereu a declaração de insubsistência do Ato Declaratório de exclusão do Simples, por impossibilidade de demonstração de excedente de receita com base em violação do sigilo bancário da contribuinte, e por impossibilidade de lançamento fundado em simples movimentação bancária. Alegou que: (a) o lançamento assim fundamentado redundava em violação ao art. 150, IV da Carta Magna, que veda a instituição de tributos confiscatórios; (b) configura-se confiscatório todo tributo que incida sobre hipótese que não contenha em seu bojo um fato signo-presuntivo de riqueza; (c) o art. 42 da Lei nº 9.430/96, que fundamentou o lançamento, foi revogado pelo art. 5º, §4º da Lei Complementar nº 105/2001, de modo que o fisco não pode mais tributar os depósitos bancários com base em presunção, devendo proceder à tributação real e efetiva da omissão de rendimentos ou receitas, encontrada e provada pelo fisco.

Quanto aos autos de infração, desenvolveu longo arrazoado sustentando, em síntese: (a) Violação do princípio do contraditório em razão de autuação com base em documentos não submetidos à vista do contribuinte; (b) Invalidez dos atos administrativos praticados no presente processo fiscal, em razão da extinção da Secretaria da Receita Federal; (c) Nulidade dos lançamentos por terem se baseado em informações obtidas mediante quebra de sigilo, violando a garantia de proteção à intimidade e à vida privada; (d) Impossibilidade de lançamento fundado em simples movimentação bancária por violação ao art. 150, IV, da CF, que veda a instituição de tributos confiscatórios, e pela revogação do art. 42 da Lei nº 9.430/96 pelo art. 5º, § 4º, da LC 105; (e) Violação do princípio da legalidade, face à inexistência de outro tributos incidentes sobre movimentações financeiras, que não a CPMF; (f) Ausência de responsabilidade da contribuinte nas operações bancárias envolvendo a empresa Big Wall.

Alegou ainda impossibilidade de exclusão da empresa do Simples nos anos calendário de 2003 e 2004 por ausência de demonstração dos requisitos legais para a exclusão, quais sejam: (i) possibilidade de manter a inscrição na condição de empresa de pequeno porte, com faturamento até R\$ 1.200.000,00; (ii) impossibilidade jurídica de invocar a suposta interposição de pessoas (que, inclusive, não teria sido comprovada) para justificar a exclusão; (iii) não configuração de embaraço à fiscalização por constituir, a ausência de apresentação dos documentos requeridos pela fiscalização, exercício regular de direito do contribuinte.

Defendeu a irretroatividade do Ato Declaratório de exclusão e a impossibilidade de aplicação da multa majorada.

A 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Curitiba julgou procedente o ato de exclusão do SIMPLES, rejeitou o pedido de exclusão da responsabilidade tributária, e julgou procedentes os lançamentos, em decisão assim ementada:

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

Ano-calendário: 2002

Ementa: EXCLUSÃO DO SIMPLES. SIGILO BANCÁRIO. DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE. INOPONIBILIDADE A PESSOAS JURÍDICAS. MATÉRIA NÃO SUJEITA À RESERVA DE JURISDIÇÃO.

É improcedente o pedido de insubsistência do ato de exclusão do Simples por violação do sigilo bancário da empresa, eis que o acesso às informações bancárias diretamente pelo fisco é legítimo, não configurando afronta ao direito de intimidade e privacidade, defesas estas que não são oponíveis em face de pessoas jurídicas, e, além disso, o ato de levantamento do sigilo bancário não se insere nas matérias sujeitas à reserva de jurisdição.

EXCLUSÃO DO SIMPLES POR LANÇAMENTO FUNDADO EM SIMPLES MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS FINANCEIROS. COMPATIBILIDADE ENTRE O ART. 42 DA LEI Nº 9430/1996 E A LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001.

É improcedente o pedido de cancelamento do ato de exclusão do Simples por impossibilidade de lançamento fundado em simples movimentação bancária, eis que o verdadeiro fundamento é a falta de comprovação da origem dos recursos financeiros, que se equipara à omissão de receita, por presunção legal, estabelecida pelo art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, dispositivo este que não foi revogado pela Lei Complementar nº 105, de 2001.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. RECEITA APURADA INFERIOR AO LIMITE FIXADO ÀS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (EPP). REENQUADRAMENTO CONDICIONADO À MANIFESTAÇÃO VOLUNTÁRIA.

Correto o ato de exclusão fundado em excesso de receita bruta, ainda que a receita apurada seja inferior ao limite fixado às EPP, cabendo ao contribuinte, conforme expressa previsão legal, a iniciativa do reenquadramento, via alteração cadastral da condição de micro-empresa à EPP, não podendo o fisco efetuar-lo de ofício, por configurar decisão de caráter privado.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITO RETROATIVO. DIREITO ADQUIRIDO. IMPERTINÊNCIA.

A exclusão do Simples surte efeitos retroativos, por previsão legal, descabendo alegar direito adquirido para afastar a eficácia retroativa do ato administrativo, eis que tal instituto jurídico pressupõe existência de direito subjetivo sendo obstado pela superveniência de lei nova, sendo que, no caso concreto, inexistente qualquer direito subjetivo sendo lesado, nem há hipótese de lei posterior revogando anterior.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. INCIDÊNCIA DE MÚLTIPLAS HIPÓTESES DE EXCLUSÃO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DO ATO ADMINISTRATIVO. INAPLICABILIDADE.

Na hipótese de ato de exclusão do Simples, em que o Ato Declaratório de Exclusão fundamenta-se no excesso de receitas, sendo que o autuante comprova também a interposição de pessoas e o embaraço à fiscalização, não cabe invocar a teoria dos motivos determinantes do ato administrativo para afastar os demais motivos, eis que o motivo determinante, consistente no excesso de receitas, não se revela falso, inexistente, nem incorretamente qualificado pelo administrador autuante.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO CARACTERIZADO. OBRIGATORIEDADE DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. MOTIVAÇÃO DA EXIGÊNCIA CONSISTENTE NA PRÓPRIA AÇÃO DE FISCALIZAÇÃO.

O embaraço à fiscalização resta caracterizado pela recusa injustificada de apresentação de livros e documentos fiscais, obrigação esta legalmente prevista, inclusive com respaldo constitucional; além disso, não subsiste a alegação de falta de motivação da exigência, eis que o motivo é a própria ação fiscalizatória, de cuja delimitação o contribuinte teve ciência por constar no corpo do Mandado de Procedimento Fiscal.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2003, 2004

Ementa: PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. NÃO INCIDÊNCIA NO PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO. APLICABILIDADE SOMENTE NA FASE LITIGIOSA DA IMPUGNAÇÃO.

Descabe suscitar violação ao princípio do contraditório, eis que tal norma não incide no procedimento fiscalizatório, de índole inquisitiva, sendo aplicável somente na fase litigiosa de impugnação ao lançamento.

SIGILO BANCÁRIO. DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE. INOPONIBILIDADE A PESSOAS JURÍDICAS. MATÉRIA NÃO SUJEITA À RESERVA DE JURISDIÇÃO.

É improcedente o pedido de insubsistência do auto de infração de IRPJ e reflexos, por violação do sigilo bancário da empresa, eis que o acesso às informações bancárias diretamente pelo fisco é legítimo, não configurando afronta ao direito de intimidade e privacidade, defesas estas que não são oponíveis em face de pessoas jurídicas, e, além disso, o ato de levantamento do sigilo bancário não se insere nas matérias sujeitas à reserva de jurisdição.

RESPONSABILIDADE DO SÓCIO DE FATO. PROSSEGUIMENTO NA EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE SOCIAL. RESPONSABILIDADE PESSOAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA.

Responde pelos tributos devidos pela pessoa jurídica extinta o sócio de fato que prossegue na exploração da atividade social,

Processo nº 10980.001684/2006-28

Acórdão n.º 1301-001.621

SI-CFII
Fl. 8

sob outra razão social, responsabilidade esta que se reveste de natureza pessoal em caso de dissolução irregular da empresa.

Assunto: Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 2003, 2004

Ementa: PERDA DA EFICÁCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA CRIADORA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. EXISTÊNCIA DO ÓRGÃO RESPONSÁVEL PELO LANÇAMENTO. FATO NOTÓRIO.

É infundada a alegação de insubsistência do lançamento por extinção do órgão responsável pelo lançamento, uma vez que a Medida Provisória que criou a Receita Federal do Brasil, que perdeu sua eficácia, apenas conferiu nova denominação à SRF, e ademais, é fato notório que este órgão continua existindo, dispensando-se qualquer comprovação.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica -IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004

Ementa: MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITAS. COMPATIBILIDADE ENTRE O ART. 42 DA LEI Nº 9430/1996 E A LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001.

Correto o lançamento fundado na ausência de comprovação da origem dos depósitos bancários, por constituir-se de presunção legal de omissão de receitas, expressamente autorizada pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996, dispositivo este que não foi revogado pela Lei Complementar nº 105, de 2001.

MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. CRIAÇÃO DE TRIBUTO COM MESMA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA CPMF. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

Descabe alegar violação ao princípio da legalidade, com base em suposta criação de tributo com mesma hipótese de incidência da CPMF, eis que o IRPJ não foi exigido com base na movimentação bancária, mas sim na ausência de comprovação de sua origem.

MULTA QUALIFICADA. MULTA AGRAVADA. EVIDÊNCIAS DE SONEGAÇÃO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DA CONTABILIDADE.

Correta a aplicação da multa qualificada e agravada, quando há evidências inequívocas da figura da sonegação, e o contribuinte se nega, injustificadamente, a apresentar livros e documentos contábeis/fiscais.

Lançamento Procedente

Processo nº 10980.001684/2006-28
Acórdão n.º 1301-001.621

SI-CFII
Fl. 9

Ciente da decisão em 30 de agosto de 2009, o Sr. Rafael Salvatici Borges subscreve recurso protocolizado em 29 de setembro seguinte. Na peça recursal, reedita as razões da impugnação, articulando-as sob os seguintes títulos: (1) Da impossibilidade de exclusão do Simples com base em demonstração de excedente de receita com violação do sigilo a bancário da contribuinte; (2) Exclusão indevida do Simples. Da não configuração de movimentação bancária como receita; (3) Inexistência de previsão legal de exclusão na hipótese examinada - princípio da legalidade - artigos 37, *caput*, e 150, I, da CF/88; (4) Irretroatividade do Ato Declaratório Executivo DRF/CTA 28/2006; (5) Exclusão do Simples em razão de interpostas pessoas e embarço à fiscalização; (6) e (7) Violação ao princípio do contraditório - Autuação com base em documentos não submetidos à vista da contribuinte; (8) Extinção do órgão responsável pelo lançamento; (9) Violação ao sigilo bancário da empresa Big Wall; (10) Ilegalidade do lançamento fundado em simples movimentação bancária; (11) Tributo sobre movimentação financeira. CPMF. Princípio da legalidade; (12) Ausência de responsabilidade do contribuinte; (13) Multa Agravada.

Afinal, requer seja determinada a reinclusão da empresa Big Wall no SIMPLES e sejam declarados improcedentes os lançamentos de IRPJ, Cofins e CSLL, bem como as respectivas multas e, ainda, declarado insubsistente o Auto de Infração lavrado face ao contribuinte.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Valmir Sandri, Relator

O recurso preenche os requisitos para a sua admissibilidade. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Não havendo razões de recurso particularizadas em função do tributo lançado, o que vier a ser decidido sobre o principal (IRPJ) aplica-se a todos os lançamentos litigados.

Inicialmente, observo que não compete a este Conselho julgar a lei, mas apenas sua aplicação ao caso concreto, traduzida no auto de infração, se feita adequadamente. Assim, alegações relacionadas à inconstitucionalidade da norma (tais como, vedação ao confisco, violação ao princípio da capacidade contributiva, etc.) não serão apreciadas. Este tema é objeto da Súmula CARF nº 2, que enuncia: “*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*”.

Estabelecida essa premissa, passo a analisar as questões recursais, na ordem em que foram apresentadas no recurso.

1- Da impossibilidade de exclusão do simples com base em demonstração de excedente de receita com violação do sigilo a bancário da contribuinte.

Alega a Recorrente que sua exclusão do SIMPLES e o lançamento realizado com base em informações das contas bancárias da empresa Big Wall foram praticados mediante violação do disposto no artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal, já que a fiscalização quebrou o sigilo bancário da empresa sem autorização judicial para tanto.

Todavia, não houve nenhuma “violação de sigilo”.

O art. 1º da Lei Complementar 105/2001 determina que as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados, dispondo, seu § 3º, inciso VI, que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos, entre outros, nos artigos 5º e 6º.

O artigo 6º dispõe que os agentes fiscais poderão examinar os livros, documentos e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

O referido art. 6º da Lei Complementar foi disciplinado pelo Decreto nº 3.724/2001. O artigo 2º do Decreto regulamentador estabelece que as autoridades somente podem requisitar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis.

O artigo 3º, por seu turno, estabelece que serão considerados indispensáveis, entre outras hipóteses, a presença de indício de que o titular de direito é interposta pessoa do titular de fato.

Portanto, no caso, a requisição das informações financeiras observou as disposições legais e regulamentares (Lei Complementar 105 e Decreto 3.724/2001), e foi feita na forma prevista, mediante Requisição de Movimentação Financeira devidamente motivada.

Questionamentos quanto à constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001, que se encontra legitimamente inserida no ordenamento jurídico pátrio, não podem ser apreciados por este CARF.

2- Exclusão indevida do Simples. Da não configuração de movimentação bancária como receita.

Alega a Recorrente não ser razoável interpretar isoladamente cada ingresso nas contas bancárias do contribuinte como sendo representativo de um incremento patrimonial, e sobre ele lançar tributo com base em presunção legal. Afirma que a Constituição Federal somente admite a tributação de incremento patrimonial, e que não pode o legislador fugir dos princípios constitucionais e instituir presunção de receita a ser tributada. Lembra que a movimentação bancária do contribuinte não é exclusivamente composta por créditos, nem se depreende, dela, a existência de qualquer renda que não tenha sido objeto de declaração ao Fisco.

Como já dito, não cabe analisar a adequação da presunção estabelecida pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96 aos contornos constitucionais. O foro para esse fim é o Poder Judiciário.

A presunção estabelecida pela lei autoriza que o fisco considere como receita omitida os valores creditados para os quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprove a origem dos recursos utilizados.

Processo nº 10980.001684/2006-28

SI-CFII
Fl. 11

Acórdão n.º 1301-001.621

Apenas os créditos são objeto de verificação, e a fiscalização os analisa individualizadamente, desconsiderando os decorrentes de transferências de outras contas da própria jurídica. Portanto, não tem relevância o fato de a conta não comportar apenas créditos. A Súmula 26 do CARF enuncia *que a presunção legal estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários de origem não comprovada.*

O limite de R\$ 12.000,00, referido no recurso, aplica-se exclusivamente a contribuintes pessoas físicas, conforme dispõe expressamente o inciso II do § 3º do art. 42 da lei questionada.

Diz, ainda, a Recorrente, que o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, teria sido revogado pelo § 4º do art. 5º da LC 105/2001.

Argumenta que a Lei nº 9.430/96 é anterior à Lei Complementar 105, e que, se nos termos do § 4º do art. 5º desta Lei Complementar, o fisco pode requisitar os documentos que julgar necessários à apuração adequada dos fatos (como manda a lei nova), o conseqüente será a tributação real e efetiva da omissão de rendimentos ou receitas encontradas e provadas pelo fisco, não podendo mais, a administração, tributar os depósitos bancários com base na presunção do artigo 42 da Lei 9.430/96, que considera, *a priori*, os depósitos bancários como omissão de receita ou rendimento, cabendo ao contribuinte a prova em contrário.

Equivocado o entendimento da Recorrente. Não havendo disposição expressa, a lei nova revoga a anterior quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente da matéria tratada na lei mais antiga. E, no caso, nada disso ocorre.

Os artigos 5º e 6º da Lei Complementar tratam de acesso às informações mantidas pelas instituições financeiras relativas aos seus clientes. A lei contém previsão para prestação das informações de suas formas: (a) periodicamente, mediante declaração própria de informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, sem elementos que permitam identificar a origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (art. 5º, disciplinado no Decreto nº 4.489, de 28/11/2002); e (b) particularmente em relação a um determinado cliente, em atendimento a requisição específica (art. 6º, disciplinado no Decreto nº 3.724/2001).

Essas disposições não são incompatíveis com a presunção de omissão de receitas de que trata o art. 42 da Lei nº 9.430/96. As informações obtidas com fulcro nos artigos 5º e 6º da LC 105 são instrumentos que servirão à averiguação de eventual omissão de receitas, que pode, inclusive, ser determinada com base na presunção legal do art. 42 da Lei nº 9.430/96 (se o contribuinte não comprovar a origem dos recursos creditados em seu nome).

Se as duas leis não tratam da mesma matéria e as disposições de ambas não são incompatíveis, não se pode falar em revogação tácita da antiga pela nova.

03-Inexistência de previsão legal de exclusão na hipótese examinada - princípio da legalidade - artigos 37 caput e 150, I, da CF/88.

Argumenta a Recorrente que sua exclusão do Sistema SIMPLES, pelo singelo e suposto excesso de receita, não encontra base legal. Diz que a única hipótese de exclusão por excesso de receita bruta é a do inciso II do art. 9º da Lei nº 9.317/96, que permite

Processo nº 10980.001684/2006-28
Acórdão n.º 1301-001.621

SI-CFII
Fl. 12

que empresas com faturamento de até R\$1.200.000,00 mantenham sua inscrição no SIMPLES, desde que na qualidade de empresas de pequeno porte, em lugar de microempresas.

Invoca vários princípios para combater a possibilidade de exclusão do sistema pelo fato de o contribuinte haver passado de microempresa a empresa de pequeno porte sem alterar os dados cadastrais.

Ocorre que a lei assim o determina. Veja-se:

Das vedações à opção

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

I - na condição de microempresa, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais); (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001)

II - na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais); (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001)

(...)

Da exclusão do SIMPLES

Art. 12. A exclusão do SIMPLES será feita mediante comunicação pela pessoa jurídica ou de ofício.

Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I - por opção.

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

(...)

§ 1º A exclusão na forma deste artigo será formalizada mediante alteração cadastral.

§ 2º A microempresa que ultrapassar, no ano-calendário imediatamente anterior, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), estará excluída do SIMPLES nessa condição, podendo mediante alteração cadastral, inscrever-se na condição de empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso do inciso II e do parágrafo anterior, a comunicação deverá ser efetuada:

a) até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente àquele em que se deu o excesso de receita bruta, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;

(...)

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; (negritos acrescentados)

Como se vê, de acordo com a lei, o contribuinte inscrito como microempresa, que ultrapassar o limite da receita bruta, está obrigado a promover a exclusão mediante alteração cadastral, sendo-lhe facultada nova inscrição na condição de empresa de pequeno porte, se sua receita se contiver no limite para tanto. A exclusão, quando obrigatória e não levada a efeito pelo contribuinte, é feita de ofício pela administração tributária. A nova inscrição, todavia, não pode ser feita pelo fisco, tratando-se de ato de vontade do contribuinte.

Portanto, correta a apreciação do julgador *a quo*, que assim se manifestou:

59. Não pode prevalecer o entendimento da impugnante, no sentido de que, sendo a receita apurada pelo auditor fiscal inferior ao limite de receita bruta anual fixada para as empresas de pequeno porte (R\$ 1.094.150,82 contra R\$ 1.200.000,00), a empresa deveria continuar no regime do Simples, na condição de EPP. O art. 13, §2º da Lei do Simples, acima transcrito é claro ao condicionar a permanência no regime simplificado à manifestação voluntária do contribuinte, que se faz mediante simples alteração cadastral.

60. Não se trata aqui de mera formalidade, como quer a litigante. Não pode o fisco proceder de ofício ao re-enquadramento do contribuinte, passando de microempresa para empresa de pequeno porte, uma vez que esta é uma decisão de caráter privado, de interesse exclusivo da pessoa jurídica envolvida, que pode até mesmo concluir que o regime do lucro real lhe é mais favorável. Não é lícito, em suma, à Administração Tributária substituir a vontade do contribuinte, alterando de ofício seu regime de tributação, cabendo a ele informar ao fisco qualquer mudança nesse sentido.

61. Além disso, também não pode o fisco aceitar que o contribuinte possa ter sua situação cadastral alterada aos sabores de uma eventual ação fiscal. A impugnante menciona a ocorrência de desacerto formal e classificação errônea, insinuando que tivesse incorrido em mero esquecimento quanto ao correto enquadramento do porte da empresa, quando, na realidade, a verdadeira receita bruta somente veio à tona como decorrência do procedimento de fiscalização. Assim, é inaceitável que o contribuinte fique impune diante de atitude reprovável, pois ao invés de declarar toda a receita e assumir a condição de empresa de pequeno porte, preferiu omitir rendimentos para continuar se beneficiando dos percentuais

Processo nº 10980.001684/2006-28

SI-CFII
Fl. 14

Acórdão n.º 1301-001.621

previstos às micro-empresas. Tendo o autuante revelado a receita omitida, pretende agora a impugnante seja reconhecida a qualificação que já deveria ter sido por ela informada. Ora, em resumo, pleiteia a litigante o benefício de sua própria torpeza, pedido este que deve ser negado, por afronta direta a princípio geral de Direito.

4- Irretroatividade do Ato Declaratório Executivo DRF/CTA 28/2006.

Alega a Recorrente que o Ato Declaratório Executivo nº 28/2006, ao excluir a empresa do SIMPLES nos anos-calendário de 2003 e 2004, violou seu direito adquirido, em manifesta afronta ao princípio constitucional instituído no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Todavia, o ato que exclui a empresa é meramente declaratório, não tendo efeito constitutivo ou desconstitutivo de direito. A lei estabelece expressamente a partir de que data fica excluída do sistema a empresa que tenha incorrido em uma das situações previstas como impeditivas da opção. Não cabe a este Conselho apreciar alegação de que a previsão legal fere garantias constitucionais e legais dos contribuintes. Novamente de se mencionar a Súmula CARF nº 2, que enuncia: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

5- Exclusão do simples em razão de interpostas pessoas e embaraço à fiscalização

Na impugnação aos autos de infração a interessada alegou questões referentes à interposição de pessoas e ao embaraço à fiscalização. Afirmou não ter ficado demonstrada a figura da interposição de pessoa, e que o motivo determinante para a exclusão foi o excesso de receitas. Sobre o embaraço à fiscalização, contestou sua caracterização, por entender que este enquadramento, bem como o texto da IN nº 355/2003, não encontram apoio legal.

Manifestou sua posição, no sentido de considerar que a ausência de apresentação dos documentos solicitados implica exercício regular de direito pelo contribuinte, e não embaraço à fiscalização, entendendo que as exigências formuladas pela autoridade fazendária não têm apoio em lei. Invocou a teoria dos motivos determinantes para argumentar que, indicada determinada motivação para a prática de um ato, não pode o administrador, invalidado tal motivo, pretender a subsistência ao ato por outros motivos.

A decisão recorrida apreciou as alegações da então impugnante, afirmou que todos os argumentos por ela construídos são insustentáveis e concluiu que *“é de se manter o ato de exclusão do Simples, não cabendo reparos nem mesmo quanto à caracterização da interposição de pessoas e do embaraço à fiscalização”*.

No recurso são reeditadas as alegações da impugnação, e postulada a reforma da decisão recorrida.

A figura de embaraço à fiscalização, não obstante indicada no Termo de Encerramento da Ação Fiscal, não foi erigida como motivadora da exclusão da empresa do SIMPLES, que se deu, como, aliás, registra a Recorrente, por excesso de receita bruta.

A questão de interposição de pessoa, que também não foi indicada no ato declaratório como motivadora da exclusão do SIMPLES, tem relevância para fins do dimensionamento da penalidade e da responsabilização, e nesse contexto será analisada.

6 e 7¹- Violação ao princípio do contraditório - Autuação com base em documentos não submetidos à vista do contribuinte.

Alega a Recorrente que a condição de sucessor da empresa Big Wall foi obtida com base em documentos e informações ofertados pela empresa Placo do Brasil Ltda., dos quais não teve vistas, nem oportunidade de manifestação, com violação do princípio do contraditório e da ampla defesa.

Contesta a afirmativa da decisão recorrida de que, "*em sede de processo administrativo fiscal, o contraditório não se opera com a mesma amplitude oferecida nos processos judiciais*". Diz que "*se pudesse o Poder Público escolher discricionariamente quando atribuir maior ou menor amplitude ao contraditório e à ampla defesa, de pouca ou nenhuma valia seria sua posituação constitucional*".

Argumenta que "*o ato de lançamento é por si só atentatório contra os direitos do contribuinte, especialmente a liberdade e a propriedade. Logo, deve ser precedido de amplo contraditório e ampla defesa, sob pena de se verificar verdadeira afronta aos direitos fundamentais do recorrente*".

Na verificação do cumprimento dos deveres dos contribuintes, o fisco detém os mais amplos poderes de investigação, podendo obter informações não só junto ao contribuinte, mas também junto a terceiros. Na fase de fiscalização não há que se falar em contraditório, pois o princípio que a rege é o inquisitório. A partir da instauração do processo, com a impugnação, é que passa a ser observado o contraditório.

Leciona Alberto Xavier² que

"o fato de ser assegurada a existência de um direito à defesa e à audiência não envolve necessariamente um modo contraditório do seu exercício, podendo a Administração limitar-se a considerar as razões apresentadas pelo administrado, sem contudo se envolver num diálogo procedimental primário. Dificilmente se concebe, na verdade, que o lançamento tributário deva ser precedido de uma necessária audiência prévia dos interessados. Duas razões desaconselham tal audiência: em primeiro lugar, o caráter estritamente vinculado do lançamento quanto ao seu conteúdo torna menos relevante a prévia ponderação de razões e interesses apresentados pelo particular do que nos atos discricionários; em segundo lugar, o fato de se tratar de um 'procedimento de massas', dirigido a um amplo universo de destinatários e baseado em processos tecnológicos informáticos, tornaria inviável o desempenho da função, se submetida ao rito da prévia audiência individual."

¹ Por equívoco, houve repetição do tema.

² XAVIER, Alberto- *Do lançamento-Teoria geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário-Forense*, 1997, pág.163 e seguintes

A oportunidade para contraditar os documentos e informações colhidos na fase inquisitória se abre de forma ampla com a impugnação, sem qualquer limitação ao contraditório e à ampla defesa.

8- Extinção do órgão responsável pelo lançamento.

Em sua impugnação a contribuinte argüiu a insubsistência do lançamento, sob alegação de que o órgão perante o qual o procedimento foi instaurado e os atos foram praticados (a Secretaria da Receita Federal) foi extinto com a criação, pela MP 258/2005, da Receita Federal do Brasil, para exercício das competências anteriormente atribuídas à Secretaria da Receita Federal. Argumentou a contribuinte que como a referida Medida Provisória perdeu a eficácia a partir de 18/11/2005, conforme o disposto no art. 62, §3º da Constituição Federal, o novo órgão criado cessou de existir na estrutura jurídica brasileira, e todos os atos administrativos praticados no procedimento em análise, desde o termo de início, perderam a validade.

No recurso, alega a Recorrente que a Delegacia de Julgamento rechaçou sua postulação sob argumento de que os atos praticados pelo órgão extinto foram convalidados pela Portaria 6.088/2005, do SRF, porém contrapõe que o defeito de que se trata não comporta convalidação. Diz que os atos praticados pelo órgão extinto são inexistentes que, portanto, não podem ser convalidados.

A decisão de primeira instância não se reportou à Portaria 6.088/2005 para desconstituir os argumentos da contribuinte. Suas razões, que subscrevo, assentam-se no fato de que não ocorreu extinção da Secretaria da Receita Federal, mas apenas alteração de sua denominação.

Confira-se:

107. A argumentação formulada pela impugnante, apesar de criativa, é infundada. A citada Medida Provisória nº 258, de 21/07/2005, assim dispunha em seu art. 1º:

Art. 1º A Secretaria da Receita Federal passa a denominar-se Receita Federal do Brasil, órgão da administração direta subordinado ao Ministro de Estado da Fazenda, mantidas as competências previstas na legislação em vigor na data de publicação desta Medida Provisória.

108. Como se vê, tratou o efêmero instrumento legislativo de conferir nova denominação à Secretaria da Receita Federal, além de atribuir competência de arrecadar e fiscalizar as contribuições previdenciárias. Ao contrário do que pensa a litigante, não há falar-se em novo órgão integrante da Administração Direta, pois o legislador não previu a extinção da Secretaria da Receita Federal nem a criação de um outro órgão.

109. Quanto à alegação de extinção do órgão responsável pelo lançamento, é fato notório que a SRF continua existindo, dispensando, nos termos do art. 334, inciso I do Código de Processo Civil, qualquer comprovação, e maiores comentários.

9- Violação ao sigilo bancário da empresa Big Wall.

Processo nº 10980.001684/2006-28

SI-CFII
Fl. 17

Acórdão n.º 1301-001.621

Afirma a Recorrente que o lançamento realizado com base em informações das contas bancárias da empresa Big Wall violou o disposto no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, já que quebrou o sigilo bancário da empresa sem autorização judicial, e que as leis embasadoras desse procedimento padecem de incontornável vício de inconstitucionalidade.

Como dito no item 1 deste voto, segundo dispõe o § 3º do art. 1º da Lei Complementar 105/2001, a prestação de informações, pelas instituições financeiras, nos termos e condições estabelecidos nos seus artigos 5º e 6º, não caracterizam violação de sigilo, e independem de autorização judicial. E questionamentos quanto à constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001, que se encontra legitimamente inserida no ordenamento jurídico pátrio, não podem ser apreciados por este CARF.

10- Ilegalidade do lançamento fundado em simples movimentação bancária.

Nesse item a Recorrente se reporta ao item 2 do recurso, aduzindo que “os argumentos válidos para afastar a exclusão da empresa Big Wall do Simples em virtude de informações da movimentação bancária também se aplicam para determinar a ilegalidade do lançamento com base nas mesmas informações. Além disso, a presunção legal instituída no artigo 42 da Lei 9430/1996 não pode ser defendida, pois entre o fato conhecido (fato indiciário) e o fato desconhecido (provável) deve estar presente uma correlação segura e direta, será margem de dúvidas sobre a materialização dessa correlação, sob pena desse artifício legal resultar indevido por absoluta inadequação do conceito jurídico escolhido para sua concreção (...)”.

Como já dito neste voto, não cabe analisar a adequação da presunção estabelecida pelo art. 42 da Lei nº 4.930/96 aos contornos constitucionais. O foro para esse fim é o Poder Judiciário.

11- Tributo sobre movimentação financeira. CPMF. Princípio da legalidade

Alega a Recorrente que o tributo que ostenta como hipótese de incidência a movimentação financeira é a CPMF, e que no auto de infração combatido, a pretexto de se apurar Imposto de Renda, está-se lançando outro tributo sobre a movimentação financeira, sem que haja previsão para tanto na ordem jurídica.

Afirma que o lançamento de ofício de IR tendo como base simples movimentação financeira implica criação de uma nova hipótese de incidência, com violação do art. 150, I, da Constituição Federal.

Novamente de se afirmar que pode este órgão julgador, integrante do Poder Executivo, deixar de aplicar lei vigente, pois, como enuncia a Súmula CARF nº 2, “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

12- Ausência de responsabilidade do contribuinte.

A autoridade fiscal atribuiu a responsabilidade tributária ao Sr. Rafael Selvatici Borges, com base nos arts. 132 do CTN e art. 207, IV, do RIR/99, cujas bases legais são o art. 132 do CTN e o art. 5º do Decreto-lei nº 1.598/ 76, que dispõem:

CTN:

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

Decreto-lei nº 1.598

Art 5º - Respondem pelos tributos das pessoas jurídicas transformadas, extintas ou cindidas:

I - a pessoa jurídica resultante da transformação de outra;

II - a pessoa jurídica constituída pela fusão de outras, ou em decorrência de cisão de sociedade;

III - a pessoa jurídica que incorporar outra ou parcela do patrimônio de sociedade cindida;

IV - a pessoa física sócia da pessoa jurídica extinta mediante liquidação que continuar a exploração da atividade social, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual;

V - os sócios com poderes de administração da pessoa jurídica que deixar de funcionar sem proceder à liquidação, ou sem apresentar a declaração de rendimentos no encerramento da liquidação.

(negritos acrescentados)

Nos termos da norma, as condições para atribuir a responsabilização ao sócio remanescente são: (a) que tenha se extinguido a pessoa jurídica por liquidação e, (b) que a pessoa física tenha continuado a exploração de sua atividade social.

A Recorrente alega que não ocorreu a liquidação da Big Wall, e que, pelo fato de ela ter encerrado suas atividades em 26/11/2004 sem apresentar a declaração no ano do encerramento, devem ser responsabilizados os sócios administradores da empresa, e não o contribuinte, somente porque em um determinado momento integrou seus quadros.

Sobre a liquidação da empresa Big Wall, consta dos autos a prova de que a empresa encontra-se baixada no Cadastro da Receita Federal desde 26/11/2004, por motivo de "extinção por encerramento/liquidação voluntária" (fl. 484/485), bem como cópia do distrato social efetivado pela empresa e encaminhado pela Junta Comercial do Paraná, em que se verifica que os sócios de direito Eliazer Prado Machado e Helier Machado, voluntariamente decidiram pela extinção da sociedade em 22/09/2004 (fls. 20/22).

Sobre a continuidade de exploração de sua atividade pelo Sr. Rafael, a fiscalização coligiu os seguintes fatos indicativos de que a empresa Curitiba Gesso Comercial Ltda., constituída pelo Sr. Rafael (juntamente com o sócio Gustavo Gattass de Campos) após extinguir a Big Wall, continuou com a exploração da atividade da extinta: (i) o sistema Sintegra/ICMS (Consulta Pública ao Cadastro de Estado do Paraná) registra, no campo "Informações Complementares", que a atividade econômica principal de ambas as empresas é a mesma, Comércio Varejista de Materiais de Construção não Especificados anteriormente; (ii) as notas fiscais emitidas em nome das empresas Big Wall Comercial Ltda. e Curitiba Gesso Comercial Ltda., apresentadas pela empresa Placo do Brasil Ltda., demonstram que os produtos comercializados pelas duas empresas são os mesmos, o que caracteriza a continuidade da exploração do ramo de negócio pelo sócio remanescente; (iii) questionada, a Placo do Brasil Ltda. informou que respondem pela Big Wall Comercial Ltda. os Srs. João Carlos de Campos e Rafael Selvatici Borges, e pela Curitiba Gesso Comercial Ltda., os Srs. Gustavo Gattass de Campos e Rafael Selvatici Borges; (iv) A Placo não citou como responsáveis pelas empresas as pessoas que figuram como sócios (Eliazer Prado Machado e Helier Machado que a fiscalização identificou como interpostas pessoas).

A coincidência da atividade econômica, dos produtos comercializados, dos responsáveis pela empresa perante o fornecedor, reforçada pelo fato de que a empresa Curitiba Gesso Comercial Ltda. ter sido constituída no mesmo endereço da Big Wall (contratos sociais, às fls. 13 e 24), convergem no sentido de permitir concluir que não houve descontinuidade na exploração das atividades sociais da empresa Big Wall, e que o Sr. Rafael Salvatici Borges prosseguiu na exploração da atividade social antes desempenhada pela extinta pessoa jurídica, sob outra razão social, a partir do momento em que constituiu a empresa Curitiba Gesso Comercial Ltda.

Trata-se de prova indireta, plenamente aceita no direito pátrio, em relação à qual a Recorrente não trouxe um único fato que a pudesse enfraquecer.

13- Multa Agravada.

Sob esse título, refuta a Recorrente a qualificação e o agravamento da multa, que foi aplicada no percentual de 225%;

Inicialmente, não merece acolhida a alegação da Recorrente, de que não se vislumbra a ocorrência de evidente intuito de fraude, que justificaria o percentual de 150%. Os fatos constatados pela autoridade fiscal, e descritos no Termo de Encerramento da Fiscalização, militam em sentido oposto.

A qualificação se impõe quando presentes as figuras de sonegação, fraude ou conluio, definidas na Lei nº 4.502/64, *verbis*:

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.

Processo nº 10980.001684/2006-28

SI-CFII
Fl. 20

Acórdão n.º 1301-001.621

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Às fls. 138/141 a autoridade fiscal alude a um esquema montado pelas empresas Big Wall e a Curitiba Gesso Comercial, envolvendo também a empresa BCR Comercial Ltda., que faz parte do mesmo grupo comercial da autuada, e o fornecedor Placo do Brasil Ltda.. Constatou o autuante que as notas fiscais de venda eram emitidas contra a BCR Comercial Ltda., a qual possui domicílio em Campo Grande/MS, mas as mercadorias eram enviadas a Big Wall Comercial Ltda., em Curitiba, acompanhadas de nota fiscal de simples remessa em nome desta e de nota fiscal simbólica de simples remessa em nome da BCR Comercial Ltda.

Restou demonstrado, contudo, que apesar de não constar nenhuma nota fiscal de venda emitida pelo fornecedor contra a Big Wall, houve pagamentos desta a favor da Placo do Brasil, conforme cópia de cheques, às fls. 337, 378, 390 e 400 do Anexo I, todos assinados pelo sócio Rafael Selvatici Borges. O auditor fiscal infere que tais operações podem ter sido motivadas pela obtenção de redução de tributos estaduais ou municipais. Note-se que à época em que o Sr. Rafael Salvatici Borges assinou os cheques em nome da Big Wall, formalmente ele já havia se retirado da sociedade (fls. 21/24).

A interposição de pessoas no quadro societário restou evidenciada nos autos. Pela alteração contratual datada de 14 de novembro de 2003 (fls. 21/24), os sócios originários da empresa, Srs. Rafael Selvatici Borges e João Carlos de Campos retiraram-se da sociedade, e foram substituídos pelos irmãos Eliazer Prado Machado e Helier Machado. Verificou-se que os novos sócios são pessoas humildes, que residiam próximo ao endereço da sede da empresa, exerciam a profissão de motoristas e não dispunham de condições financeiras ou econômicas para adquirir as cotas de capital, nem escolaridade mínima para gerir um grupo comercial de empresas, compostas por Big Wall Comercial Ltda., MHE Gesso Ltda. e BCR Comercial.

Além disso, os documentos bancários encaminhados pelo Unibanco e Caixa Econômica Federal permitiram constatar que todos os cheques encaminhados pelos bancos, sem exceção, foram assinados por Rafael Selvatici Borges, sem que houvesse instrumento outorgando poderes a pessoas não integrantes do quadro societário para movimentar as contas bancárias.

Ora, a interposição, no quadro societário, de pessoas de inexpressiva capacidade econômica representa, inequivocamente, ação dolosa tendente a impedir o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a o crédito tributário, caracterizando sonegação.

Além disso, como registrou a autoridade fiscal, foram apontadas “(...) *vultosas quantias e a prática reiterada (centenas e valores depositados) entre 01/01/2002 a 31/12/2004, a existência no rol da planilha e créditos de operações de cobrança de títulos, caracterizando ou evidenciando a prática de atos comerciais desprovidos da emissão do correspondente documentário fiscal (nota fiscal), permite concluir que o contribuinte agiu*

Processo nº 10980.001684/2006-28

SI-CFII
Fl. 21

Acórdão n.º 1301-001.621

dolosamente no sentido de impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária do fato gerador do imposto de renda e das contribuições sociais devidas pela pessoa jurídica fiscalizada. (...) Por outro lado, a hipótese de erro escusável fica prejudicada quando há habitualidade na prática da infração. Durante três anos calendário — 2002, 2003 e 2004 — o contribuinte usou o mesmo artifício, praticando inúmeras operações comerciais e financeiras, geradas por suas atividades comerciais, convenientemente mantidas à margem da escrituração contábil e fiscal. Dessa forma, os chamados erros escusáveis se distinguem daqueles cometidos intencionalmente. O contribuinte que, reiteradamente, insere elementos inexatos em sua declaração, afasta a possibilidade de desatenção eventual, justificando a aplicação da multa qualificada prevista no artigo 957, inciso II do Decreto 3000/99 (RIR/99).”

De fato, não há como negar à conduta do contribuinte, apurada pela fiscalização, a intenção de deixar de pagar tributo. A conduta ilícita reiterada ao longo do tempo descaracteriza o caráter fortuito do procedimento, evidenciando o intuito doloso.

O agravamento, que corresponde ao acréscimo de 50% no percentual da multa, está previsto para os casos de não atendimento pela pessoa fiscalizada (sujeito passivo), no prazo marcado, de intimação para prestação de esclarecimentos.

A fiscalização agravou a multa em razão da falta de atendimento às intimações encaminhadas solicitando livros, documentos, extratos bancários, etc. Justificou o autuante que, com este procedimento, o contribuinte fiscalizado dificultou os trabalhos da fiscalização, obrigando-a a socorrer-se de elementos junto a terceiros contribuintes.

A falta de apresentação de livros e documentos fiscais e contábeis justifica o arbitramento dos lucros, não se amoldando ao tipo “não atendimento para prestar esclarecimentos”. Por seu turno, a falta de esclarecimentos e apresentação da prova sobre a origem dos recursos utilizados nos depósitos tem como decorrência ter-se por verdade aquilo que a hipótese legal (art. 42 da Lei nº 4.930/96) presume. Essa não comprovação não obsta a atividade fiscal, pelo contrário a facilita, pois tal conduta do contribuinte coloca a presunção legal contra ele, autorizando o lançamento de ofício.

Assim, entendo como não concretizada a hipótese que autoriza o agravamento da penalidade.

Pelas razões expostas, rejeito as preliminares e dou provimento parcial ao recurso tão somente para afastar o agravamento da multa, reduzindo-a ao percentual de 150%.

É como voto.

Sala das Sessões, em 27 de agosto de 2014.

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri

Processo nº 10980.001684/2006-28
Acórdão n.º 1301-001.621

SI-CFTI
Fl. 22

CÓPIA