



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

Processo nº 18088.000469/2008-57
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1803-000.059 – 3ª Turma Especial**
Data 09 de maio de 2012
Assunto Resolução para Sobrestamento de Processo
Recorrente FUNDIÇÃO & ZINCAGEM SÃO CARLOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em sobrestar o presente processo, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Selene Ferreira de Moraes - Presidente.

(assinado digitalmente)

Meigan Sack Rodrigues – Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Selene Ferreira de Moraes (presidente), Walter Adolfo Maresch, Sergio Rodrigues Mendes, Meigan Sack Rodrigues, Victor Humberto da Silva Maizman e Sérgio Luiz Bezerra Presta.

Relatório.

Trata-se, o presente feito de auto de infração para cobrança de IRPJ, PIS, COFINS, CSLL, IPI, INSS, do sistema SIMPLES, acrescidos de juros mora e multa de ofício de 225%. O procedimento fiscal iniciou-se por meio do qual a recorrente foi intimada a

apresentar, entre outros documentos, os livros Diários, relação de todas as contas bancárias e os respectivos extratos, tudo relativamente aos anos-calendário de 2003 a 2005.

Não atendida a intimação no prazo concedido, foi a contribuinte novamente intimada, desta vez para apresentar o livro Caixa, tendo em vista que a contribuinte, na condição de optante pelo Simples, estava obrigada a escrituração do referido livro. Na mesma data foi cientificada do Termo de Re-ratificação do Termo de Início de Fiscalização. Em resposta, a contribuinte informou que deixava de apresentar os livros Caixa por não estarem escriturados e que já havia solicitado aos Bancos os extratos bancários.

A contribuinte foi novamente intimada a apresentar os documentos solicitados nas intimações anteriores. Apesar de ter solicitado prorrogação por mais 60 (sessenta) dias, a mesma não atendeu a intimação no prazo pleiteado, o que levou a fiscalização a requisitar a movimentação financeira da contribuinte junto às instituições financeiras (fls. 97/116) e, na mesma data, intimou a contribuinte a providenciar, no prazo de 20 (vinte) dias, o Livro Caixa com toda a movimentação financeira, inclusive bancária, Registro de Inventário e todos os documentos que serviram de base para a escrituração, esclarecendo que o não atendimento poderia implicar, entre outros, no agravamento de multa.

A contribuinte solicitou o prazo adicional de 20 (vinte) dias para atendimento à intimação. Não atendida a intimação no prazo, a fiscalização novamente intimou a contribuinte a apresentar os documentos anteriormente solicitados, tendo a mesma permanecido inerte. Em 08/08/2008 foi lavrado o Termo de Intimação de fls. 139/141 para a recorrente comprovar a origem dos valores creditados/depositados em suas contas correntes, conforme constam no Anexo 1, abrangendo os anos-calendário de 2003 a 2005, bem assim apresentar os documentos anteriormente solicitados nas intimações. Foi salientado que a não comprovação implicaria em considerar os valores dos depósitos como receita omitida, nos termos do art. 849 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99).

Foram fornecidos à contribuinte, além do Anexo 1 (relação individualizada dos depósitos bancários), também cópia dos extratos bancários para que pudesse subsidiar a análise e a verificação dos depósitos. Não atendida a intimação, foi a empresa novamente intimada e esta apresentou pedido de prorrogação de prazo, o qual foi indeferido.

Em razão da não comprovação da origem dos valores depositados em suas contas correntes, foram lavrados autos de infração para exigir os impostos e contribuições relativamente ao ano calendário de 2003, decorrentes da tributação da receita omitida caracterizada pelos depósitos bancários de origem não comprovada, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Na autuação foi levada em consideração a opção da contribuinte pelo Simples.

Foram excluídos da relação dos depósitos os valores inferiores a R\$ 999,99, os estornos, cheques devolvidos, financiamentos, empréstimos, financiamento para capital de giro, valores cobrados a maior, etc., enfim, todos os valores que tiveram como fonte a instituição financeira e os relativos à recuperação de valores lançados a débitos, bem como os valores correspondentes à transferência entre contas do mesmo titular. Da relação dos depósitos anteriormente cientificada à contribuinte, a autoridade fiscal ainda excluiu outros valores, relacionados no Termo de Descrição, de forma que o montante dos depósitos ficou reduzido de R\$ 2.610.623,69 para R\$ 2.566.307,50 relacionados, mês a mês, na coluna "Valores a serem lançados" da tabela de fl. 11, os quais foram acrescidos aos valores informados pela recorrente para fins de composição dos cálculos mensais.

Sobre os impostos e contribuições foi aplicada a multa de 225%, por entender que a empresa, além de ter omitido receita com evidente intuito doloso, o que justificaria a multa qualificada de 150%, também deixou de atender às intimações, o que justificaria o agravamento da multa em 50%, passando, dessa forma, ao patamar de 225%.

Após a lavratura dos autos de infração, o autor do procedimento fiscal lavrou a representação de fls. 505/506 propondo a emissão de Ato Declaratório de Exclusão da empresa do Simples, com efeitos a partir de janeiro de 2004, em razão de seu faturamento no ano-calendário de 2003 ter superado o limite de R\$ 1.200.000,00, posto que a receita declarada (R\$ 622.685,21), acrescida da omissão (R\$ 2.566.307,50) totalizava R\$ 3.188.992,71. O Ato Declaratório de Exclusão foi acatado e emitido pela autoridade competente.

Devidamente científica, a empresa recorrente apresenta impugnação de forma tempestiva, alegando de forma sintética o que segue.

Preliminarmente a empresa recorrente alega cerceamento do direito de defesa, haja vista não ter sido encaminhado a mesma, juntamente com o auto de infração, planilha que demonstrasse todos os depósitos bancários que foram tributados, em presunção, como omissão de receita. Refere que a obtenção dos extratos bancários, sem autorização judicial, constitui prova ilícita, o que torna nulo todo o procedimento administrativo.

Já no que diz respeito à omissão de receita, a recorrente alega que não basta a simples presunção *ad hominis*, levantada pela fiscalização, de que houve omissão de receita para dar fundamento ao lançamento, pois é preciso que a fiscalização demonstre, com elementos seguros a omissão de receita, o que não teria sido feito. Insurgiu contra a tributação com base em depósitos bancários alegando, em síntese, que os depósitos não representam aquisição efetiva de disponibilidade econômica ou jurídica, a que se reporta o art. 43 do Código tributário Nacional, não podendo dar margem para a manutenção do lançamento. Ademais, deveriam ser excluídos do lançamento os valores pagos pelo Simples.

Com relação ao PIS e a COFINS alegou que são insubsistentes as exigências por terem se pautado em base de cálculo alargada e alíquota aumentada por lei inconstitucional e ilegal, sendo indevidas as exigências sobre as receitas financeiras (variações cambiais). Acrescenta, ainda, serem indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo dessas contribuições e relativamente ao PIS alega que permanece inalterada a regra de apuração do valor a recolher mediante a aplicação da alíquota de 0,75% do total do faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador.

Em ato contínuo, insurge-se contra a incidência da taxa Selic, posto entender não encontrar respaldo jurídico. Ademais, refere que qualquer exigência de juros em descompasso com o art. 161 do CTN seria totalmente improcedente. Protestou também contra a multa de 225%, alegando que ela ofende aos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade e da proibição ao confisco devendo ser reduzida, no mínimo, ao patamar de 20%, uma vez que não houve qualquer prática de conduta por meio de fraude, eis que se embasou em convicções jurídicas de ampla discussão, sem realizar qualquer fraude e que o simples fato de interpretar uma legislação tributária de forma diferente não tem o condão de sustentar uma prática fraudulenta.

Contra o Ato Declaratório de Exclusão do Simples a recorrente apresentou a manifestação de inconformidade, alegando que é fruto de mera presunção de omissão de receita, sem embasamento em provas, não podendo o mesmo prevalecer. Aduz que as provas

contra a impugnante seriam ilícitas, uma vez que os extratos bancários foram obtidos sem autorização judicial. Argumentou que os depósitos bancários não representam renda não podendo dar margem para manutenção do lançamento e que nem tudo que entra no caixa da empresa pode ser considerado faturamento.

Alega a recorrente que o ordenamento jurídico pátrio não contempla que os efeitos da exclusão do Simples venham a retroagir, devendo os efeitos valer a partir do mês subsequente àquele em que se proceder à exclusão, ou seja, a partir de 23/09/2008 e não a partir de 01/01/2004, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998, que modificou o art. 15, II, da Lei nº 9.317, de 1996. Segundo a empresa, o art. 24, II, da Instrução Normativa nº 250, de 2002, que permitiu a cobrança retroativa, por dispor de forma diferente da lei seria ela inconstitucional e ilegal. Posteriormente, a contribuinte requereu a juntada de cópia de um outro auto de infração do processo de nº 18088.000633/2008-26 com o fim de demonstrar que naquele processo foi apresentado demonstrativo pela fiscalização, especificando, um a um, os depósitos bancários, procedimento este que não ocorreu nos presentes autos com violação ao devido processo legal.

A autoridade julgadora de primeira instância entendeu por bem manter o lançamento sob o argumento de que as alegações da recorrente não procedem. Refere que não houve cerceamento do direito de defesa da recorrente, posto que empresa foi intimada a justificar a origem dos valores depositados, tendo acompanhado a intimação um demonstrativo relacionando cada depósito bancário questionado. Aduz a autoridade que a contribuinte foi cientificada não apenas dos autos de infração, mas também do termo de descrição complementar detalhada dos fatos, no qual foram relacionados os valores dos depósitos que foram desconsiderados para fins de tributação. Por essa razão, entende que a recorrente teve total conhecimento de quais depósitos cujos valores foram levados à tributação, sendo improcedente a alegação de que teve sua defesa prejudicada.

Relata a autoridade julgadora *a quo* que da omissão de receita caracterizada por depósitos não escriturados e de origem não comprovada, tem-se que uma vez verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto de renda a ser lançado de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão. Assim, em sendo a empresa inscrita no Simples e não havendo sua exclusão do referido sistema no ano fiscalizado (2003), os valores devidos mensalmente pela empresa autuada devem ser determinados mediante a aplicação, sobre a receita bruta mensal auferida, dos percentuais definidos na Lei, que foi exatamente o procedimento seguido pela fiscalização, na presente autuação. Portanto, descabida as alegações da empresa de que não procede a tributação efetuada no auto de infração.

Ademais, a Lei nº 9.317, de 1996, dispõe que as pessoas jurídicas optantes do Simples ficam obrigadas a apresentar, além dos livros de escrituração comercial, a Declaração Anual Simplificada. Quanto à possibilidade de tais pessoas jurídicas serem dispensadas da escrituração exigida, a citada Lei estabelece que a empresa optante pelo Simples, dentro do prazo decadencial (cinco anos), tem a obrigação legal de manter a escrituração do livro caixa constando toda a sua movimentação bancária com os respectivos documentos que serviram de base.

À luz, portanto, dos dispositivos legais supracitados, concluiu, a autoridade, que são aplicáveis à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições de que trata a lei

do Simples, desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas as pessoas jurídicas optantes do referido regime de tributação (Lei nº 9.317/96, art. 18), e especificamente a prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, com a alteração da Lei nº 9.481, de 1997. O julgador cita as normas que disciplinam a matéria e refere que as referidas previsões legais determinam que a existência de depósitos não escriturados ou de origens não comprovadas possibilita que se vislumbre uma nova hipótese legal de presunção de omissão de receitas que veio se juntar ao elenco já existente; com isso, atenuou-se a carga probatória atribuída ao fisco, o qual precisa apenas demonstrar a existência de depósitos bancários não escriturados ou de origem não comprovada para satisfazer o *onus probandi* a seu cargo.

E prossegue aduzindo que, sempre que o titular de conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento, está o fisco autorizado/obrigado a proceder ao lançamento do imposto correspondente, não mais havendo a obrigatoriedade de se estabelecer o nexos causal entre cada depósito e o fato que represente omissão de receita. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do princípio da legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente tão somente a inquestionável observância do novo diploma.

Prossegue referindo que, ao fazer uso de uma presunção legal, o fisco está dispensado de provar no caso concreto a omissão. Trata-se da presunção *juris tantum*, segundo o artigo 334 do CPC. Cita doutrina a esse respeito e o artigo 281 do RIR/99, bem como jurisprudência desse Egrégio Conselho de Contribuintes.

Salienta que não se está tributando o depósito bancário ou que este seja o fato gerador do imposto de renda. O que se está tributando é uma importância financeira de propriedade da recorrente que, pelo fato de não estar escriturada, declarada ou justificada, deve ser considerada receita omitida, segundo a legislação acima referida, que presume que este montante na verdade se origina de receita tributável auferida e não declarada. Diante desta presunção legal o ônus da prova se inverte e passa à auçada, que tem a obrigação legal de comprovar a origem dos recursos.

Quanto à inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário, o julgador refere que a alegação da recorrente de que, pelo fato do Fisco ter conseguido os extratos bancários diretamente das instituições financeiras, sem autorização judicial, caracterizaria prova ilícita e, por conseguinte, tornaria nulo o auto de infração e que, em síntese, alegou que a Lei Complementar nº 105/2001, ao estabelecer a quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, violou o art. 5º, X e XII, da Constituição, é de competência exclusiva do Poder Judiciário, sendo defeso aos órgãos administrativos jurisdicionais, de forma original reconhecer a alegada inconstitucionalidade da lei.

A autoridade faz um levantamento da lei que lastreou o lançamento a respeito da Lei Complementar 105/2001 e conclui ser equivocada a interpretação da recorrente, posto que a quebra do sigilo bancário pela Receita Federal sem a apreciação do Poder Judiciário foi devidamente autorizada pela Lei Complementar 105, de 10/01/2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724, de 10/01/2001, conforme discriminado nas Requisições de Informações sobre Movimentação financeira (RMF), dirigidas às Instituições Bancárias, além do que as informações bancárias obtidas regularmente e usadas reservadamente, no processo, pelos agentes do Fisco, não caracterizam violação do sigilo bancário, e estão contempladas pelo ordenamento jurídico vigente, pelo que não podem ser obstadas.

Já no que tange à exclusão dos valores pagos na modalidade do Simples, pleiteadas pela recorrente, observa o julgador que tal providência já foi tomada pela autoridade fiscal, conforme se pode ver nos Demonstrativos de Apuração dos Valores não Recolhidos nos quais constam discriminadamente os valores calculados de cada tributo e/ou contribuição sujeito ao Simples, bem assim os valores pagos sob o mesmo título.

Referindo-se à tributação reflexa, o julgador de primeira instância atenta para o fato de que a recorrente alegou que os lançamentos relativos ao PIS e a COFINS são insubsistentes por terem se pautado em base de cálculo alargada e alíquota aumentada por lei inconstitucional e ilegal, sendo indevidas as exigências sobre as receitas financeiras (variações cambiais), além de ser indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo dessas contribuições e, ainda, relativamente ao PIS alegou que permanece inalterada a regra de apuração do valor a recolher mediante a aplicação da alíquota de 0,75% do total do faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador, pois não poderia uma lei ordinária alterar a base de cálculo do PIS, que é expressamente prevista por Lei Complementar.

Salienta que as irresignações contra dispositivo legal que define base de cálculo do PIS e da Cofins, bem assim as alíquotas, não podem ser apreciadas pelas autoridades julgadoras administrativas. A estas cabe apenas examinar a conformidade do *ato de lançamento* em face das normas fiscais de regência, já que lhes carecem poderes para apreciar pretensos vícios de leis, prerrogativa esta exclusiva do Poder Judiciário. E, no caso, tanto as base de cálculo quanto as alíquotas foram calculadas em conformidade com a legislação de regência (Lei nº 9.317, de 1996, e legislação superveniente).

O julgador discorre sobre a opção pelo Simples e sua tributação, citando as normas referentes ao assunto. E aduz que não pode o contribuinte querer se submeter ora às normas próprias do regime jurídico do Simples, ora às normas do regime geral de tributação, pois, se assim o fizer, estará criando um novo regime jurídico sem base legal. A base de cálculo é única para todos os tributos e contribuições, não podendo, como pretende a contribuinte, excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, por falta de previsão legal, bem assim aplicar alíquotas para o PIS e COFINS diversas daquelas previstas para os optantes pelo SIMPLES, ou ainda querer tomar como base de cálculo do PIS o faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador.

Quanto à insuficiência de recolhimento, afere a autoridade julgadora que em razão da mudança de faixas de receita bruta acumulada provocadas pela constatação de omissão de receitas os valores declarados pela recorrente sofreram mudanças de alíquotas, gerando insuficiência de recolhimento, sendo portanto exigidas de ofício. Mas, observa que os valores de recolhimentos foram considerados na apuração.

Quanto à taxa Selic e juros de mora, refere o julgador que as alegações da recorrente são descabidas, vez que os juros de mora são devidos nos termos do artigo 161 do CTN, o qual é taxativo ao determinar que o crédito não pago no vencimento é acrescido de juros de mora. Completa a autoridade salientando que os juros moratórios estão regulados pelo artigo 161 do CTN, acima transcrito. O parágrafo primeiro do citado artigo determina que os juros moratórios serão de 1%(um) por cento ao mês, se a lei não dispuser de modo diverso. Ocorre que, valendo-se da faculdade legal, o legislador ordinário, por intermédio da Lei nº 9.065/1995, artigo 13, determinou que os juros de mora seriam equivalentes à taxa SELIC. Cita jurisprudência do STJ.

No tocante à multa aplicada, a decisão *a quo* foi no sentido de que a autoridade fiscal justificou a aplicação da multa qualificada de 150% por entender que a disparidade entre as receitas informadas em DIPJ e as omitidas no ano calendário de 2003, cuja disparidade também se verificou preliminarmente nos anos de 2004 e 2005, caracterizaria a tentativa da contribuinte em impedir ou retardar, ainda que parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência dos fatos geradores das obrigações tributárias, ou seja, estaria a configurar a situação fática que se subsume ao tipo previsto no art. 71, I, e o art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. Além disso, a autoridade fiscal agravou a multa de 150% para 225% pela falta de atendimento às intimações.

A contribuinte, por outro lado, alegou que, além de ser a multa confiscatória, não teria ficado comprovada a conduta que pudesse ser qualificada como de evidente intuito de fraude, não podendo agravar a multa por mera presunção ou indício, e quando muito deveria aplicar a multa de 20% prevista na Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, §2º.

Quanto às alegações de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório cabe, mais uma vez, ressaltar que a apreciação dessa matéria escapa à competência da Turma Julgadora. Assim, qualquer pedido ou alegação que ultrapasse a análise de conformidade do ato administrativo de lançamento com as normas legais vigentes, em franca ofensa à vinculação a que se encontra submetida a instância administrativa (art. 142, parágrafo único, do CTN), como a contraposição a princípios constitucionais, somente podem ser reconhecidos pela via competente, o Poder Judiciário.

Em ato contínuo, entende que também a pretensão da recorrente em ver reduzida a multa para 20% é totalmente improcedente, pois esta refere-se à multa de mora prevista para os casos de pagamentos espontâneos, porém fora do prazo, enquanto a penalidade em discussão refere-se aos procedimentos de ofício nos quais verifica-se infração à legislação tributária, sendo portanto inerente ao lançamento de ofício.

Contudo, afere que para aplicar a multa qualificada/agravada não basta simples indícios, é necessário o elemento fundamental de caracterização que é **o evidente intuito de fraudar ou de sonegar**, cuja prova deve ser produzida com acuidade, apta a demonstrar a indelével intenção de cometer um dos três ilícitos descritos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502 de 1964. Cita doutrina, identifica o conceito de fraude.

Ressalta que, qualquer conduta fraudulenta do sujeito passivo, com vistas a reduzir ou suprimir tributo, estará sempre enquadrada em uma das hipóteses previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. Portanto, é irrelevante distinguir se a conduta fraudulenta se configurou em sonegação, fraude ou conluio, bastando apenas que a conduta fraudulenta se enquadre em qualquer um dos tipos infracionais definidos na citada lei.

Entende que esse "animus", vontade de querer o resultado, ou assumir o risco de produzi-lo, ficou evidenciado e provado nos autos, pois, a contribuinte deixou de escriturar a sua movimentação bancária, oferecendo à tributação apenas parte de sua receita, de forma contumaz e durante longo período de tempo. O procedimento adotado pela contribuinte não pode ser considerado mero erro, de ordem meramente material, sem a caracterização de qualquer intuito fraudulento. Mas não é o caso, posto que não se trata de atos isolados, mas reiteradamente praticados pela autuada em todos os meses do período fiscalizado, nos quais deixou de escriturar sua movimentação bancária.

Em sã consciência, diante dos elementos de convicção acostados aos autos, o julgador afere não ter dúvida da intenção da recorrente em reduzir os tributos devidos e se beneficiar, indevidamente, do Simples, uma vez que se a totalidade de suas receitas fosse declarada superaria o limite para usufruir o referido sistema. Portanto, correto o procedimento da fiscalização em aplicar a multa qualificada prevista no art. 44, §1º, da Lei nº 9.430 de 1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007.

Contudo, no seu entendimento e no que concerne ao agravamento da multa por falta de atendimento à intimação para prestar esclarecimentos salienta ser improcedente o agravamento, posto que não se pode dizer que a recorrente deixou de prestar esclarecimentos nos termos do artigo 44, §20, I da Lei 9.430/96, pois ao ser intimada a apresentar o Livro Caixa e os extratos bancários, esclareceu que deixava de apresentar o livro Caixa porque o mesmo não havia sido escriturado e, com relação aos extratos bancários informou que já havia solicitado às instituições financeiras cópia dos extratos.

Completa afirmando que a inexistência e/ou falta de apresentação do livro Caixa deu ensejo ao arbitramento do lucro, mas tal fato não caracteriza desatendimento no prazo à intimação para prestar esclarecimentos, previsão legal que autoriza a majoração da multa. A não comprovação da origem dos recursos depositados em conta corrente implicou em considerar os valores dos depósitos como receita omitida, mas também não pode ser causa da majoração da multa em 50%. Na verdade, deixou a interessada de aproveitar a oportunidade para demonstrar fatos e apresentar documentos capazes de comprovar a inocorrência da infração.

Assim, resta descaracterizada a motivação do agravamento da penalidade, devendo ser reduzido percentual da multa de 225% para 150%.

No tocante ao pedido de diligência/perícia, a autoridade *a quo* indeferiu sob o argumento de que a diligência e a perícia são provas de caráter especial, cabíveis nos casos em que a interpretação dos fatos demanda parecer técnico específico, para o qual o julgador não tenha o conhecimento ou não esteja capacitado ou um procedimento com o objetivo de esclarecer algum ponto obscuro na autuação ou preencher alguma lacuna na descrição dos fatos, o que não é o caso no presente feito.

Refere que o ônus da prova é do contribuinte, que teve oportunidade, durante todo o período, desde o início do procedimento fiscal até a fase impugnatória, de trazer aos autos os documentos probatórios necessários e não se desincumbiu a contento. Assim, conclui afirmando que por considerar munido de todas as informações e documentos necessários e suficientes da convicção para julgar o presente processo, indefere o pedido de diligência e perícia solicitado. Cita doutrina e jurisprudência.

Por fim, o julgador aprecia o ato declaratório de Exclusão do Simples, referindo que as alegações de defesa da recorrente a respeito da omissão de receita e provas (depósito bancários) já foram devidamente analisadas. Assim resta analisar quando surtirá efeito a exclusão do Simples. Observa que a exclusão se deu em virtude da empresa, na condição de empresa de pequeno porte, ter auferido no ano-calendário de 2003 receita bruta superior ao limite de R\$ 1.200.000,00, com fundamento no art. 192 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/94), aprovado pelo Decreto nº3000, de 26/03/1999 (base legal: art. 90, II, da Lei nº9.317, de 1996).

Segundo a Lei 9.317/96, vigente à época dos fatos, a empresa, em determinado ano-calendário, ultrapassar o limite estabelecido para permanência no Simples, deverá solicitar a sua exclusão do referido sistema e não o fazendo ficará sujeita a exclusão de ofício, cujo efeito dar-se-á a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido. Dessa forma, tendo a empresa no caso concreto auferido receita (receita declarada + receita omitida) no ano-calendário de 2003 superior ao limite estabelecido, os efeitos da exclusão operam-se a partir de 01/01/2004. Portanto, nenhum reparo carece o Ato Declaratório, pois o mesmo encontra-se em perfeita consonância com a legislação de regência.

Devidamente cientificada da decisão de primeira instância a recorrente interpõe recurso voluntário, de forma tempestiva, arguindo sinteticamente o que o auto de infração foi lavrado calcado sob mera presunção de omissão, não tendo, a autoridade fiscalizadora, demonstrado os elementos que deram ensejo a ocorrência do fato gerador.

Refere que as notas fiscais deveriam constar do processo sob pena de imprestabilidade da prova e absurda presunção. Aduz ser evidente a necessidade de realização de perícia, posto que em tais condições não seria possível a autoridade administrativa, por meras conjecturas, lavrar auto de infração contra a recorrente. Isso porque a autoridade administrativa preferiu, ao seu livre talante, em detrimento da ordem jurídica, adotar presunção "*ad hominis*", que nem mesmo é legal. Cita doutrina a respeito.

Prossegue salientando que é preciso que a fiscalização apresente elementos comprobatórios seguros da suposta omissão de receitas, o que não foi feito. Aduz tratar-se de um caso em que as autoridades fiscalizadoras buscaram recurso na presunção para fundamentar a autuação imposta à recorrente, o que é arbitrário, inadmissível e ilegal. Pugna pela presunção, caso admitida, que seja a relativa.

Prossegue insurgindo-se e alegando a quebra do sigilo bancário. Frisa que as provas contra a recorrente encontram respaldo na Lei Complementar 105/2001, regulamentada pelo Decreto 3.724/2001, ambos voltados à abertura do sigilo bancário dos contribuintes, como instrumento de "caça aos sonegadores" (no demagógico discurso governista). Tais informações são protegidas pela garantia constitucional do sigilo de dados, estampada no art. 5º, inciso XII, da Constituição da República, razão pela qual se mostra evidente a violação do direito da recorrente, pois está se valendo o Fisco de dados, resguardados por sigilo constitucional, de terceira - pessoa, para, assim, atingir o recorrente. Cita normatização e doutrina a respeito do tema.

Por fim refere que a ordem judicial que é o único instrumento legítimo, imparcial e confiável na avaliação das circunstâncias concretas ensejadoras de uma possível quebra do sigilo bancário.

Entende a recorrente ser cristalina a ordem constitucional que erigiu ao patamar de cláusulas pétreas a inviolabilidade do domicílio (inclusive a do domicílio empresarial); o direito à intimidade de dados; a garantia da expropriação de bens só pela via do devido processo legal; bem como a garantia de ineficácia das provas obtidas por meios ilícitos. Em ato contínuo, que todo o procedimento fiscal já nasceu nulo de pleno direito porque inobservou direitos constitucionais básicos inerentes ao cidadão. Desse modo, requer a nulidade do processo fiscal em epígrafe, já que se valendo de dados obtidos, de forma ilegal, lavrou auto de infração contra a recorrente, tratando-se de evidente utilização de prova ilícita, que no seu sentir contamina todas as demais provas e atos decorrentes.

Explica a recorrente que os valores indicados em extrato bancário correspondem, sempre, à movimentação do dinheiro, e não à "renda" efetivamente percebida. Trata-se da "fotografia" estática de uma situação, que não guarda qualquer correspondência com a identificação da "renda" do correntista. Cita jurisprudência deste Egrégio Conselho que não admite depósito bancário como suposto indicativo de omissão de rendimentos.

Passa a recorrente a discorrer sobre a distinção entre meros ingressos e receita, salientando que mera entrada ou ingresso não se confunde com receita bruta para efeitos da base de cálculo, uma vez que algumas entradas não são definitivas, apenas transitam pelo caixa da empresa para posteriormente serem repassadas para terceiros (detentores jurídicos dos ingressos da impugnante). Cita doutrina sobre o tema e jurisprudência.

Quanto aos efeitos da exclusão do Simples, aduz que na atual sistemática, os efeitos passam a vales a partir do mês subsequente àquele em que se proceder à exclusão. Cita o artigo 15, II, da Lei 9.317/96. Afere que a Lei 9.732/98 que, alterou o art. 15, II, da Lei 9.317/96 está em plena validade, o que nos permite afirmar que os efeitos da exclusão do Simples somente se operam a partir do mês subsequente à aludida exclusão, ou seja, a partir de 23/19/2008 e não a partir de 01/01/2004.

Ademais, as situações jurídicas anteriores ao Ato Declaratório não podem infringir o princípio da irretroatividade das normas. Neste sentido, é imperiosa a aplicação do princípio da irretroatividade da norma, estampado no art. 150, II, a, da Constituição Federal.

Por fim, requer a nulidade do auto de infração.

É o relatório.

VOTO.

Conselheira Meigan Sack Rodrigues O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos legais para sua admissibilidade, dele conheço.

Trata-se o presente feito de auto de infração para cobrança de IRPJ, PIS, COFINS, CSLL, IPI, INSS, do sistema SIMPLES, acrescidos de juros mora e multa de ofício de 225%.

Insurge-se a recorrente sobre a inconstitucional e ilegal quebra de seu sigilo bancário realizado pela autoridade fiscal sem amparo em autorização judicial.

O art. 62-A do Regimento Interno do CARF dispõe:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Processo nº 18088.000469/2008-57
Resolução nº **1803-000.059**

S1-TE03
Fl. 20

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.

Desse modo, fundado nos parágrafos 1º e 2º e considerando o reconhecimento de repercussão geral, por parte do Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE nº 601.314/MG, bem como pela determinação de sobrestamento contida no RE 765.714/SP e alegação de quebra ilegal e inconstitucional do sigilo bancário contida no recurso voluntário, VOTO no sentido de sobrestar o presente processo.

(assinatura digital)

Meigan Sack Rodrigues - relatora