



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

Processo nº 10215.720024/2006-11
Recurso nº 164.254 Voluntário
Acórdão nº 1804-00033 – 4ª Turma Especial
Sessão de 19 de Março de 2009
Matéria IRPJ e OUTRO - Exs.:2004, 2005
Recorrente FERNANDES SEGATTO & SEGATTO LTDA
Recorrida 1ª TURMA/DRJ-BELÉM/PA

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2004, 2005

Ementa: DILIGÊNCIA. INDEFERIMENTO.

Estando presentes nos autos todos os elementos essenciais ao lançamento, é de se indeferir o pedido de perícia e diligência, que não pode suprir a omissão do contribuinte na obtenção de provas, que a ele competia produzir.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não comprovado o óbice ao pleno exercício do direito de defesa, não há que se falar em nulidade do lançamento.

SIMPLES. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA

A omissão de receita por pessoa jurídica optante pelo SIMPLES, praticada em meses sucessivos, caracteriza a prática reiterada de infração à legislação tributária, e, nestes casos, a exclusão surtirá efeito a partir do mês da ocorrência dos fatos.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, o art. 42 da Lei 9.430, de 1996, autoriza a presunção legal de omissão de receitas com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

DECLARAÇÃO RETIFICADORA ENTREGA APÓS O INÍCIO DO PROCEDIMENTO DE OFÍCIO. EFEITOS.

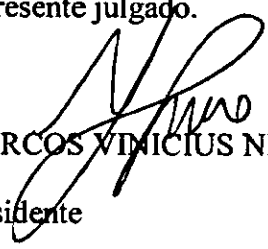
A declaração retificadora entregue após o início do procedimento de ofício não produz quaisquer efeitos sobre o lançamento de ofício, pois a espontaneidade do sujeito passivo é excluída com o a instauração da ação fiscal.

MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA.

É cabível a aplicação da multa de ofício e a incidência de juros de mora nos termos da legislação em vigor.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da 4ª Turma Especial da 1ª Seção do CARF, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA

Presidente


SELENE FERREIRA DE MORAES

Relatora

Formalizado em: 19 JUN 2009

Participou, ainda, do presente julgamento, o Conselheiro Leonardo Lobo de Almeida. Ausente a Conselheira Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira.

Relatório

Trata-se de processo de exclusão do Simples (nº 10215.720013/2006-31) e de autos de infração de IRPJ e CSLL, no montante total de R\$ 63.182,91 (nº 10215.720013/2006-31).

A fiscalização apontou os seguintes fatos:

- Houve movimentação financeira relevante de R\$ 807.176,16 no ano calendário de 2003, mas na declaração do Simples entregue, as receitas brutas estavam zeradas.
- No ano calendário de 2004, o sujeito passivo também não escriturou toda a movimentação financeira exigida pela legislação.
- Houve apresentação de notas fiscais de venda ao consumidor, série D, inidôneas, com o intuito de amparar a escrituração do Livro Caixa no ano calendário de 2004, fato que reforça a tese da imprestabilidade da escrita para apuração da receita bruta tributável no Simples.

- Foi publicado o Ato Declaratório Executivo nº 6/2006, excluindo a fiscalizada de sua opção pela sistemática do Simples, com efeitos a partir de janeiro de 2003, nos termos do inciso V do art. 15 da Lei nº 9.317/1996.
- Amparada pela legislação tributária, e após diversas intimações para que a contribuinte apresentasse documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, comprobatória dos recursos creditados, a fiscalização arbitrou o lucro, com fulcro no art. 530, incisos II e IV do Decreto nº 3.000/1999.
- Com relação a 2004, não houve qualquer movimentação no Livro de Inventário; houve movimentação financeira de R\$ 500.535,25; não foi escriturado o total da movimentação financeira no Livro Caixa e a contribuinte apresentou diversas notas fiscais de venda série “D” rasuradas.
- A fiscalização imputou à contribuinte as seguintes infrações: (i) omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em conta corrente de depósito mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o sujeito passivo, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nas operações; (ii) omissão de rendimentos caracterizada por recebimento de repasses das operadoras de cartão de crédito em conta corrente de depósito mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o sujeito passivo, regularmente intimado, não apresentou os comprovantes dos repasses nem tampouco identificou os créditos recebidos com os lançamentos nos Livros Caixa; (iii) receitas operacionais – valores registrados no Livro Caixa.

Irresignada com a exigência, a contribuinte apresentou impugnação, em que alegou em síntese que:

Manifestação de inconformidade contra o ato declaratório de exclusão

- a) A interessada foi cientificada de sua exclusão do Simples antes da conclusão do procedimento fiscal ordinário, fato que implica em cerceamento do direito de defesa, porque seria necessário esperar a conclusão da ação fiscal.
- b) O Livro Caixa foi retificado e se fosse observado o disposto no art. 47 da Lei nº 9.430/1996, a interessada teria exercido o direito à ampla defesa.
- c) A fiscalização ainda está em andamento e por isso o Ato Declaratório não pode ser aplicado porque o art. 47 da Lei nº 9.430/1996, autoriza a atualização da escrita fiscal.
- d) Depósitos bancários, por si só, não representam receita tributável, ressaltando-se que os depósitos estão sendo justificados em resposta ao Termo de Intimação nº 216/2006.
- e) A ausência de dispositivo que trata da exclusão implica no cancelamento do Ato Declaratório porque não se podem interpretar literalmente os dispositivos legais utilizados para exclusão do Simples.
- f) Nos termos do disposto no art. 56 da Lei nº 9.798/1999, o Ato Declaratório deve ser considerado nulo, por vício de legalidade. A exclusão do Simples não alcança direito adquirido, não podendo retroagir.

Impugnação contra os autos de infração

- a) A impugnante foi excluída do Simples por meio de Ato Declaratório para o qual apresentou contestação, mas a fiscalização não esperou o desfecho da manifestação de inconformidade e materializou os autos de infração, cerceando a defesa da impugnante.
- b) Requer que os responsáveis pelos depósitos bancários em sua conta corrente sejam intimados a comprovar as operações, conforme lista na peça impugnatória.
- c) A fiscalização não considerou a venda de um imóvel cujo valor foi depositado na conta da impugnante. Este imóvel pertencia ao sócio da empresa, Senhor Álvaro Fernandes Segatto, que o vendeu por R\$ 376.000,00 ao Senhor João dos Santos Plentez, requerendo a realização de diligência para apurar a venda.
- d) A contribuinte deixou de apresentar os livros fiscais por não estar enquadrada no regime de lucro real, mas no Simples.
- e) A fiscalização deixou de intimar terceiros para comprovar o que alegou a contribuinte, tendo preferido o procedimento extremo que é o arbitramento do lucro.
- f) Ao contrário do que alega a fiscalização, a contribuinte gerou receitas de R\$ 357.487,91 em 2003, e R\$ 313.543,55 em 2004. As receitas foram declaradas por meio de retificadoras.
- g) A contribuinte recolheu os impostos devidos, e mesmo que não tivesse recolhido os confessou não podendo ser autuada por se tratar de lançamento em duplicidade.
- h) A fiscalização não considerou a receita declarada, desconsiderando aquelas declaradas nas DIRPJ retificadoras.
- i) Não foi comprovada a inidoneidade e a adulteração das notas fiscais listadas no Relatório de Fiscalização. O fato de haver hiatos na numeração não autoriza a conclusão de que essas notas são inidôneas.
- j) Os juros e multa aplicados ferem o disposto no art. 150, IV da Constituição Federal, que proíbe a utilização de tributo com efeito de confisco.

A Delegacia de Julgamento considerou o lançamento procedente em parte, com base nos seguintes fundamentos:

Manifestação de inconformidade contra o ato declaratório de exclusão

- a) A interessada exerceu o seu direito constitucional apresentando a manifestação de inconformidade, não existindo qualquer fato que implique no cerceamento do direito de defesa.
- b) O fato da ação fiscal que apura eventual crédito tributário não estar finalizada não tem relevância para os fatos do processo, porque a contribuinte estava impedida de optar pelo Simples.

- c) O art. 47 da Lei nº 9.430/1996 é inaplicável no caso de impedimento de opção pelo Simples, por se tratar de disposição legal que autoriza o pagamento dos tributos devidos em até 20 dias da data do termo de início da ação fiscal.
- d) O argumento de que depósitos bancários não representam, por si só, renda tributável deve ser acolhido, mas não socorre a interessada porque os depósitos bancários apurados pela fiscalização não tiveram a origem comprovada pela interessada, fato que autoriza a presunção de omissão de receita, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

Impugnação contra os autos de infração

- a) A interessada exerceu o seu direito constitucional de ampla defesa apresentando a impugnação, não existindo qualquer fato que implique no cerceamento do direito de defesa.
- b) O fato da ação fiscal que apura eventual crédito tributário não estar finalizada não tem relevância para os fatos do processo, porque a contribuinte estava impedida de optar pelo Simples.
- c) Em conformidade com o art. 18, caput, do Decreto nº 70.235/1972, indefere-se o pedido de diligência, pelo fato desta ser prescindível para o julgamento da lide.
- d) A impugnante apresentou argumentos de defesa (venda de imóvel) desacompanhados de documentação hábil e idônea para comprova-los.
- e) A impugnante apresentou Livro Caixa escriturado após o término do exercício e após o início da ação fiscal.
- f) A obrigação de apresentar provas da origem dos depósitos bancários é do sujeito passivo.
- g) A impugnante apresentou DIRPJ retificadora para o ano calendário de 2003 após o início da ação fiscal. A entrega da declaração não exime a responsabilidade da contribuinte, em decorrência da perda de espontaneidade.
- h) A fiscalização pode lançar os valores de ofício, e se o recolhimento for efetuado, os valores devem ser abatidos, restando apenas a parte da exação relativa à multa de ofício.
- i) As pesquisas no sistema SINAL02 indicam a inexistência de qualquer recolhimento.
- j) Além da dúvida a respeito da intenção do sujeito passivo, não se tem a prova cabal do dolo. A dúvida favorece o sujeito passivo por isso a qualificação da multa será afastada.

Contra as decisões, interpôs a contribuinte Recursos Voluntários, em que além de reiterar as alegações contidas na impugnação, apenas acrescentou considerações sobre

os efeitos da exclusão do Simples, que deveriam vigorar a partir da data da exclusão e não retroagir para os anos anteriores.

É o relatório.

Voto

Conselheira – SELENE FERREIRA DE MORAES, Relatora.

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

I. Da necessidade de realização de diligência

A recorrente acredita ser necessária a conversão do julgamento em diligência, a fim de que a autoridade fiscal intime as pessoas por ela indicadas, a fim de comprovar que não foi beneficiário dos recursos depositados em suas contas correntes.

As normas processuais contidas no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.748, de 09/12/1993, assim dispõem:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

IV. as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.

(...)

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no artigo 28, "in fine".

Antonio da Silva Cabral, em sua obra "Processo Administrativo Fiscal" Decreto nº 70.235/72 - São Paulo - Saraiva, 1993, pág. 316 - conceitua diligência como *nome genérico que envolve qualquer ato praticado a mando da autoridade preparadora e tem por fim ordenar o processo não só na sua aparência e formalidades (como, por exemplo, no tocante à numeração das folhas do processo), como também no que respeita a atos a serem praticados para a instrução do processo*. Ensina, ainda, que as diligências podem ser de duas

espécies: “ex officio”, ou a requerimento do contribuinte, do autuante ou do julgador, sendo que esta última *tem por finalidade o esclarecimento de qualquer questão relacionada com o julgamento ou com o cumprimento de exigência processual, como é o caso de juntada de documento comprovante.*

Em suma, a realização de diligências ou perícias tem por finalidade a elucidação de questões que suscitem dúvidas para o julgamento e, portanto, tais procedimentos visam a formação de convicção do julgador.

A decisão recorrida indeferiu o pedido de diligência por considerá-la prescindível para o julgamento.

Conforme mais adiante será demonstrado o ônus de comprovar com documentação hábil e idônea a origem dos depósitos bancários é do sujeito passivo, devendo a fiscalização apenas cumprir seu dever de intimar.

No presente caso, a recorrente foi intimada diversas vezes a comprovar a origem dos recursos lançados a crédito em suas contas bancárias (fls. 708/720; 726/785; 789/850; 880/940).

A recorrente não trouxe nem na impugnação, nem no recurso, documentação hábil a comprovar sua alegação de que parte dos recursos depositados eram de terceiros. Tal dever está previsto no art. 16, § 4º, do Decreto nº 70.235/1972, a prova documental deve ser apresentada com a impugnação:

“Art. 16

§ 4.º. A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;*
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos. (Acrecido pelo art. 67 da Lei n.º 9.532/1997)”.*

Enfim, estando presentes nos autos todos os elementos essenciais ao lançamento, é de se indeferir o pedido de perícia e diligência, que não pode suprir a omissão do contribuinte na obtenção de provas, que a ele competia produzir.

II. Cerceamento do direito de defesa

A recorrente alega que a lavratura do auto de infração antes da conclusão do processo administrativo de exclusão do Simples acarretou o cerceamento do seu direito de defesa.

O fato de ter sido lavrado o auto de infração não configura qualquer óbice ao pleno exercício do direito de defesa da contribuinte.

A fiscalização juntou aos autos todos os elementos de prova que tomou por base para efetuar o lançamento.

As infrações apuradas estão perfeitamente identificadas e os elementos dos autos demonstram, inequivocamente, a que se refere a autuação, dando suporte material suficiente para que o sujeito passivo possa conhecê-los e apresentar a sua defesa. Frise-se que a recorrente contestou tanto o ato declaratório de exclusão, quanto o lançamento dele decorrente.

No lançamento há informações e justificativas que permitem ao contribuinte oferecer impugnação fundamentada e completa, não havendo que se falar em nulidade do lançamento por cerceamento ao direito de defesa.

III. Efeitos da exclusão do simples

Alega a recorrente que os efeitos da exclusão do Simples deveriam vigorar a partir da data da exclusão e não retroagir para os anos anteriores.

Conforme consta processo administrativo nº10215.72013/2006-31, o ato declaratório de exclusão foi exarado em julho de 2006, com fulcro no art. 7º, § 1º, alínea “a”, e art. 14, inciso II, da Lei nº 9.317/1996, que assim dispõem:

“Art. 7º A microempresa e a empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES apresentarão, anualmente, declaração simplificada que será entregue até o último dia útil do mês de maio do ano-calendário subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores dos impostos e contribuições de que tratam os arts. 3º e 4º .

§ 1º A microempresa e a empresa de pequeno porte ficam dispensadas de escrituração comercial desde que mantenham, em boa ordem e guarda e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes:

a) Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária;

(...)

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

(...)

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;”

O art. 15 do mesmo diploma legal regula os efeitos da exclusão de ofício do Simples:

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

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

(...)

§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo. (incluído pela Lei nº 9.732, de 1998)''

A documentação constante dos autos demonstra inequivocamente que a recorrente omitiu receitas nos anos de 2003 e 2004, não tendo logrado comprovar que parte dos depósitos bancários em suas contas correntes era de terceiros, o que configura omissão de receitas.

Por conseguinte, em decorrência de expressa disposição legal, a exclusão do SIMPLES surtiu efeitos a partir do mês de janeiro de 2003, ou seja, do mês em que ocorreu a prática reiterada de infração à legislação tributária.

IV. Da omissão de receitas

O art. 42 da Lei nº 9.430/1996 autorizou a presunção legal de omissão de receitas com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo, *in verbis*:

“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.”

O dispositivo legal em comento consiste numa presunção legal. As presunções legais, assim como as humanas, extraem, de um fato conhecido, fatos ou conseqüências prováveis, que se reputam verdadeiros, dada a probabilidade de que realmente o sejam. Se, presente “A”, “B” geralmente está presente; reputa-se como existente “B” sempre que se verifique a existência de “A”, o que não descarta a possibilidade, ainda que pequena, de provar-se que, na realidade, “B” não existe.

Como preleciona o insigne mestre José Luiz Bulhões Pedreira “o efeito prático da presunção legal é inverter o ônus da prova: invocando-a, a autoridade lançadora fica dispensada de provar, no caso concreto, que ao negócio jurídico com as características descritas na lei corresponde, efetivamente, o fato econômico que a lei presume – cabendo ao contribuinte, para afastar a presunção (se é relativa) provar que o fato presumido não existe no caso.”

Na presente presunção legal, temos o seguinte:

A = existência de 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.

B = configuração de omissão de receitas ou de rendimentos.

A fiscalização intimou regularmente a recorrente a comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos depositados em suas contas bancárias.

A recorrente reconheceu a omissão de parte das receitas, escriturando-as no Livro Caixa, e enviando declarações retificadoras.

Ocorre porém, que a declaração retificadora entregue após o início do procedimento fiscal não produz quaisquer efeitos sobre o lançamento de ofício, pois a espontaneidade do sujeito passivo é excluída com o a instauração da ação fiscal.

Logo, improcedem as alegações de impossibilidade do lançamento em face de sua confissão dos débitos, uma vez que a retificação das informações anteriormente prestadas foi efetuada após o início do procedimento fiscal.

No tocante às diferenças não reconhecidas como receita, a recorrente não logrou comprovar com documentação hábil e idônea as alegações de venda de imóvel e de movimentação de recursos de titularidade de terceiros.

A presunção legal contida no art. 42 permite reputar como fato existente a omissão de receitas (fatos ou consequências prováveis –B), determinando inclusive a sua forma de apuração e dispensando a autoridade fiscal de comprovar a origem dos recursos utilizados nas operações.

Por conseguinte, o crédito tributário foi apurado com estrita observância ao art. 42 da Lei nº 9.430/1996, devendo ser integralmente mantida a exigência.

V. Do arbitramento e das multas e juros aplicadas

A fiscalização arbitrou o lucro em virtude da constatação dos seguintes fatos:

"Após a análise da escrituração dos Livros Caixa de 2003 e 2004, constatarem-se irregularidades que atestaram a inconfiabilidade da escrita, tornando-a imprestável para fins de apuração da receita bruta tributável, posto que a movimentação bancária não foi escriturada, conforme preceitua o § 1º do art. 7º da Lei nº 9.317/1996."

Tal situação subsume-se perfeitamente às hipóteses legais de arbitramento previstas no art. 530 do Decreto nº 3.000/1999:

"Art.530.O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

(...)

II-a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

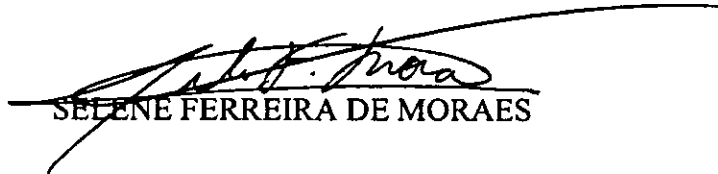
a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou b) determinar o lucro real;

VI-o contribuinte não mantiver, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, Livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário.

Por fim, não se verifica no lançamento qualquer equívoco quanto ao cálculo da multa e dos juros de mora, tendo sido aplicados os dispositivos legais em vigor, devidamente discriminados no auto de infração (fls. 1214 e 1226).

Ante todo o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 19 de março de 2009.


SELENE FERREIRA DE MORAES