



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

Processo n° 10380.723168/2015-16
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-002.335 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de agosto de 2018
Matéria SIMPLES NACIONAL - OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente INDÚSTRIA DE CALÇADOS BECKER IRAUÇUBA LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2011

NULIDADE DE LANÇAMENTO.

Constatada a inexistência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto n° 70.235/72, não há nulidade do lançamento de ofício.

PROVAS. SIGILO BANCÁRIO.

A utilização de informações de movimentação financeira obtidas regularmente pela autoridade fiscal não caracteriza violação de sigilo bancário.

SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM. FALTA DE COMPROVAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Caracterizam omissão de receita, por presunção legal, os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, deixe de comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES. LANÇAMENTO REFLEXO.

Havendo a omissão de receita tributável pelo IRPJ, aplica-se idêntico entendimento aos demais tributos ou contribuições sociais, com a incidência sobre os mesmos fatos.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. ARGUIÇÃO. CONFISCO. MULTA DE OFÍCIO.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, conforme sua

Súmula nº 2. O lançamento de ofício proporciona a exigibilidade da multa de ofício de 75%, conforme expressa previsão normativa.

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC.

De acordo com a Súmula CARF nº 4, "a partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais."

INTIMAÇÃO ENDEREÇADA AO PROCURADOR.

Dada a existência de determinação legal expressa em sentido contrário, indefere-se o pedido de endereçamento das intimações ao escritório do procurador.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente

(assinado digitalmente)

Rafael Gasparello Lima - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa (presidente), Eva Maria Los, Luis Fabiano Alves Penteado, José Carlos de Assis Guimarães, Luis Henrique Marotti Toselli, Rafael Gasparello Lima, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Gisele Barra Bossa e Bárbara Santos Guedes (suplente convocada para impedimentos de conselheiros).

Relatório

O acórdão nº 15-40.468, proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Salvador/BA (DRJ/SDR), julgou improcedente a impugnação administrativa da contribuinte, conforme se extrai da sua ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

Caracteriza-se omissão de receitas ou de rendimentos 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.

*DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO LEGAL.
ÔNUS DA PROVA.*

A presunção instituída pela lei tributária, como a que permite o lançamento com base em depósitos bancários, remete ao contribuinte o ônus de provar que o fato presumido não aconteceu no caso concreto.

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO.

A limitação constitucional que veda a utilização de tributo com efeito de confisco não se refere às penalidades.

*ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO
FISCAL*

Ano-calendário: 2011

INTIMAÇÃO ENDEREÇADA AO PROCURADOR.

Dada a existência de determinação legal expressa em sentido contrário, indefere-se o pedido de endereçamento das intimações ao escritório do procurador.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido.

Resumidamente, o acórdão recorrido narrou os fatos que proporcionaram a imposição fiscal:

Trata o presente processo de Auto de Infração relativo a tributos e contribuições apurados pela sistemática do Simples Nacional, referente a fatos geradores ocorridos de janeiro a dezembro de 2011, em face da omissão de receitas na Declaração Anual do Simples Nacional - DASN.

Segundo Termo de Verificação, foi constatado que a contribuinte informou na DASN do ano calendário de 2011 receita bruta, apurada por regime de competência, no valor de R\$702.391,02, enquanto que nas Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP, do mesmo período, a massa salarial declarada dos empregados e do administrador foi de R\$1.522.934,80.

Assim, a contribuinte foi intimada a apresentar diversos documentos e esclarecimentos à fiscalização.

Porém, segundo o auditor fiscal da Receita Federal, em face da não apresentação dos documentos de caixa e financeiros que deram origem aos

lançamentos contábeis, da falta de clareza nos históricos do Livro Caixa e da ausência de esclarecimentos, não foi possível efetuar a conciliação das receitas e despesas, nem atestar a veracidade dos lançamentos contábeis.

Reintimada a entregar os referidos documentos de caixa e financeiros, a empresa alegou que os documentos foram extraviados, tendo apresentado boletim policial de ocorrência de extravio de documentos e solicitado que se concluísse o processo de intimação fiscal.

Desta forma, ainda segundo o autuante, uma vez caracterizada a omissão de receitas na DASN, as bases de cálculo foram apuradas a partir dos créditos nas contas correntes da atuada, considerando-se a não comprovação da origem e a natureza dos recursos lá depositados, os quais, então, foram tidos, por presunção legal, como receitas operacionais da empresa.

Dos lançamentos a crédito nas contas correntes, foram expurgados os estornos de débito, cheques devolvidos ou de qualquer outro valor indevido, bem como deduzidas as receitas de valores referentes a empréstimos contratados junto à Indústria de Calçados Ceará Ltda. e ao Banco do Brasil (BB Giro/BB Giro 13º Salário).

Às folhas 145/150 foram anexadas as planilhas com os valores apurados pela fiscalização.

Diante da referida omissão de receitas, apurou-se, também, a insuficiência de recolhimento dos tributos e contribuições abrangidos pelo regime do Simples Nacional em decorrência da mudança da faixa de tributação, uma vez que a receita bruta acumulada dos últimos 12 meses foi recomposta, ressaltando o autuante que foram considerados os valores relativos ao ano de 2010 declarados pela contribuinte, considerados, para todos os efeitos, como corretos e verdadeiros, visto que não houve procedimento fiscal naquele período de apuração.

Ao presente processo foi apensado o processo nº 10380.723161/2015-96 que tem por objeto Representação fiscal para Fins Penais contra a empresa atuada Cientificada do lançamento, a atuada apresenta impugnação, sendo essas as suas razões de defesa, em síntese:

1. Ocorreu o cerceamento do seu direito de defesa, posto que não lhe foi oportunizado prazo para a regularização administrativa de eventuais divergências;

2. Quanto ao mérito, no período fiscalizado a empresa contraiu empréstimos com empresa do

mesmo grupo, Indústria de Calçados Becker Ceará Ltda., tendo sido tais fatos considerados pela auditoria fiscal;

3. Contudo, a penalidade aplicada à empresa discrepa dos elementos jurisprudenciais aplicáveis à espécie, pois entregou à fiscalização todos os elementos para a aferição realizada, utilizados como receitas tributáveis, mas sem que tenha a fiscalização realizado uma investigação pertinente à movimentação financeira, que poderia ter sido maior que o faturamento realizado;

4. A empresa descobriu que a documentação de caixa e financeiro solicitada pela fiscalização teria sido extraviada, motivo pelo qual fez Boletim de Ocorrência, o que satisfaz o pressuposto de que não pode o Fisco imputar responsabilidade sem verificar os documentos, especialmente numa circunstância alheia à vontade do contribuinte;

5. Não houve por parte da fiscalização qualquer parametrização para a da multa decorrente de suposta infração a dispositivo legal, que assim possui nítida feição confiscatória, ante valor tão alto, o que está a ser modificado pelo STF, conforme RE nº 91.707/MG e RE nº 81.550/MG;

6. Em nenhum momento a autuada deixou de cumprir com a sua obrigação principal, de forma que apresentou toda a documentação solicitada nos termos de intimações, com exceção da documentação extraviada;

7. No caso de extravio, o fiscal não pode considerar como recusa o fornecimento de documentos fiscais, tratando-se de condutas diferentes e inconfundíveis;

8. O prazo não expirou, e a empresa apresentou devidamente suas justificativas ao fiscal, conforme atestam os documentos inclusos;

9. O extravio é comum em vários locais, inclusive em repartições públicas, e essa conduta não pode ser tipificada como recusa;

10. Assim, é necessário que seja desconsiderada a autuação, pois não está em conformidade com os preceitos legais atinentes à espécie;

11. Cita doutrina e jurisprudência que corroborariam seus argumentos;

12. Requer que seja declarada a insubsistência do Auto de Infração, pela discrepância do fato previsto em norma, da caracterização fática do mesmo,

gerando flagrante nulidade e ferindo as garantias constitucionais de ampla defesa;

13. Se mantido o Auto de Infração, requer que seja reduzida a penalidade, tanto em razão da nítida feição confiscatória, quanto da aplicação da penalidade mais benéfica ao contribuinte;

14. Requer que as intimações relativas ao julgamento da impugnação sejam enviadas ao endereço dos procuradores.

Por fim, destaque-se que em face da constatação de omissão de receitas apurada a partir dos créditos nas contas correntes da autuada, foi emitido o Ato Declaratório Executivo DRF/Fortaleza nº 56, de 08 de maio de 2015, objeto do processo nº 10380.723162/2015-31, apensado ao presente processo, por meio do qual a contribuinte foi excluída de ofício do Simples Nacional a partir de 01/01/2012.

A contribuinte interpôs o tempestivo recurso voluntário, reiterando os mesmos argumentos da impugnação administrativa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Gasparello Lima, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo, havendo os demais pressupostos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

I. NULIDADE DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO

O acórdão recorrido confirmou a exigência tributária, explicitando a inexistência de qualquer nulidade do lançamento de ofício:

Sobre a intimação da autuada na pessoa do seu procurador, mister se faz trazer a lume o art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 23. *Far-se-á a intimação:*

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão

preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

*III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante:
(Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída
pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo
sujeito passivo. (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)*

(...)

*§ 3º Os meios de intimação previstos nos incisos do caput deste
artigo não estão sujeitos a ordem de preferência.*

*§ 4º Para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do
sujeito passivo: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*I - o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à
administração tributária; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de
2005)*

*II - o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração
tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo. (Incluído
pela Lei nº 11.196, de 2005)*

(...)

*As modalidades de intimação estão estabelecidas nos incisos do
caput do art. 23, e não estão sujeitas a ordem de preferência (§
3º), cabendo aí a discricionariedade à Administração Tributária.
Não sendo pessoal, não é possível a intimação ser feita em
endereço diverso daquele que é o domicílio tributário da
contribuinte, razão pela qual não se pode deferir a solicitação de
endereço para mandatários.*

Igualmente, não vislumbro quaisquer das hipóteses dos artigos 59 e 60 do Decreto nº 70.235/1972¹, ratificando a ausência de nulidade e prevalecendo a validade da constituição do crédito tributário, tal como formalizado.

II. SIGILO FINANCEIRO

Atualmente, a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, uniformizada pelo acórdão prolatado no Recurso Extraordinário (RE) nº 601.314/SP, com

¹ “Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

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

efeito da repercussão geral estabelecida no artigo 543-B do Código de Processo Civil vigente à época, possibilita o acesso dessas informações bancárias no exercício do procedimento fiscal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01.

1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo.

2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.

3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.

4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional.

6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”.

7. *Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”.*

8. *Recurso extraordinário a que se nega provimento.*

O artigo 145, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, consagra o princípio da capacidade contributiva, orientando que *“sempre que possível os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”*

A autoridade administrativa é competente para exigir informações financeiras da contribuinte, mediante intimação escrita, consoante o artigo 197 do Código Tributário Nacional:

“Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

(...)

II – os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;”

A Lei Complementar nº 105/2001 permitiu a requisição de informações diretamente nas instituições financeiras, ressaltando que não configuraria violação ao dever de sigilo:

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

(...)

§3º Não constitui violação do dever de sigilo:

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros 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.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Este instrumento eficaz de fiscalização foi regulamentado pela Lei nº 10.174/2001 e pelo Decreto nº 3.724/2001, com validade constitucional reconhecida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, mediante sua **Súmula nº 2**, delimita que *"não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária"*.

III. MÉRITO

De acordo com artigo 57, parágrafo terceiro, do Regulamento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, adoto e transcrevo a *"decisão de primeira instância"*, concordando com seu inteiro teor, ressalvando que inexistiu novos argumentos ou provas, quando da interposição do recurso voluntário:

Quanto ao mérito, a contribuinte informou na DASN do ano calendário de 2011 receita bruta, apurada por regime de competência, no valor de R\$702.391,02, enquanto que nas GFIP, do mesmo período, a massa salarial declarada dos empregados e do administrador foi de R\$1.522.934,80.

A despeito de intimada e reintimada, a contribuinte não apresentou à fiscalização os documentos de caixa e financeiros que deram origem aos seus lançamentos contábeis. Por sua vez,

os históricos do Livro Caixa não são claros, e esclarecimentos não foram prestados, de sorte a possibilitar a conciliação das receitas e despesas e a confirmação da veracidade dos lançamentos contábeis.

A empresa apresentou ao agente do Fisco o Boletim de Ocorrência nº 525-406/2015 (fl. 155), emitido pela Delegacia Municipal de Pentecoste/CE, cidade localizada há a aproximadamente 75 km da cidade de Irauçuba/CE, sede da autuada. No referido boletim, o declarante, o sr. Jackson Alexandre Tramonti, informa que “tomou conhecimento de que haviam sido extraviados documentos variados, que em virtude da fiscalização da Receita Federal para a Empresa Indústria de Calçados Becker Irauçuba Ltda. ME, CNPJ 09481473000122, ao receber a intimação de nº 04 da Receita Federal, na qual solicita uma lista de documentos, verificou no arquivo da empresa de que tais documentos haviam sido extraviados e que ainda estão a procura dos mesmos”.

A despeito de tratar-se de valores escriturados no ano calendário de 2011, somente em 2015, após o início de procedimento fiscal, a autuada percebeu que a documentação de caixa e financeiro solicitada pela fiscalização havia sido extraviada, tal qual alegado na impugnação. Não detalhou no BO quais os documentos que teriam sido extraviados, mesma informação prestada à fiscalização no termo à folha 154. Assim, entende que o Fisco não lhe pode imputar responsabilidade numa circunstância alheia à sua vontade.

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, assim dispõe:

Art. 25. A microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional deverá apresentar anualmente à Secretaria da Receita Federal do Brasil declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, que deverá ser disponibilizada aos órgãos de fiscalização tributária e previdenciária, observados prazo e modelo aprovados pelo CGSN e observado o disposto no § 15-A do art. 18.

(...)

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

(...)

II - manter em boa ordem e guarda os documentos que fundamentaram a apuração dos impostos e contribuições devidos e o cumprimento das obrigações acessórias a que se refere o art. 25 desta Lei Complementar enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes.

(...)

§ 2º *As demais microempresas e as empresas de pequeno porte, além do disposto nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão, ainda, manter o livro-caixa em que será escriturada sua movimentação financeira e bancária.*

(...)

A empresa inscrita no Simples deve escriturar ao menos o Livro Caixa com toda sua movimentação financeira, inclusive bancária, e guardar em boa ordem, enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações pertinentes, todos os documentos que serviram de base à escrituração.

Não pode o Fisco, portanto, ver-se tolhido de confirmar e fiscalizar os valores devidos pela contribuinte em face da não apresentação de informações e documentos obrigatórios. O auditor fiscal, então, levantou as bases de cálculo dos tributos e contribuições apurados pela sistemática do Simples Nacional a partir dos créditos nas contas correntes em nome da autuada.

No Termo de Verificação e Encerramento do Procedimento Fiscal às folhas 64/69, o auditor informa:

2.6. Da análise destes elementos e dos dados constantes na DASN, DIMOF e GFIP pudemos verificar que:

2.6.1. Os extratos bancários apresentados, referentes as contas 7579-5 e 9293-2, ambas da agência 4149-1 do Banco do Brasil, indicaram no exercício de 2011 o total de créditos de R\$ 4.937.333,48 (ajustado para R\$ 4.928.622,38, após expurgos dos cheques e docs devolvidos e dos estornos de créditos e não consideradas as transferências entre estas contas) e débitos de R\$ 4.932.010,32. Estes valores foram confirmados na DIMOF e pressupõe indício de omissão de receita quando comparado com a DASN e livro Caixa e, inclusive, supera o limite previsto para empresas optantes do SIMPLES.

2.6.2. O Livro Caixa contém toda movimentação financeira indicada nos extratos bancários, a qual é totalmente incompatível com a realidade operacional apresentada (receitas e despesas), além dos históricos não serem esclarecedores, uma vez que não especifica os depositários ou beneficiários dos recursos, assim como, número das notas fiscais e duplicatas, mas sim, contém apenas, expressões como "Rec Suprimento Cx", "Vr Ref Transf", "Vr Ref Transf on line", uVr Ref TED Transf, "Vr Ref Chq Liquidado", "rec. ref. duplicatas", etc.

Os livros e fichas dos empresários e sociedades fazem prova contra ou a favor das pessoas a que pertencem, nos termos do art. 226 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/01/2002), in verbis:

Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

Por meio do Termo de Constatação e de Intimação Fiscal nº 04 às folhas 168/169, a contribuinte foi intimada a apresentar

“documentos de caixa/bancos que deram origem aos lançamentos contábeis, devendo constar os beneficiários ou depositários dos recursos, bem como a motivação da transação”.

Ante a falta de clareza dos históricos do Livro Caixa e considerando-se os extratos bancários apresentados à fiscalização, anexados às folhas 81/144, cujos valores estavam escriturados no Livro Caixa, ainda que com históricos pouco esclarecedores, o auditor fiscal levantou as bases de cálculo dos tributos e contribuições apurados pela sistemática do Simples Nacional a partir dos créditos nas contas correntes em nome da autuada, conforme planilhas às folhas 145/150, fundamentado no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, mencionado no item 3.1 do Termo de Verificação e Encerramento do Procedimento Fiscal, que assim dispõe:

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

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

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

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

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

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais). (Alterado pela Lei nº 9.481, de 13.8.97)

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

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de

efetivo titular da conta de depósito ou de investimento.(Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

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

Neste sentido, a contribuinte poderia, com a impugnação, apresentar os elementos de prova que pudessem contradizer o lançamento litigado, o que, no presente caso, não o fez, tal qual não o fizera anteriormente, quando do procedimento de fiscalização, em relação aos documentos de caixa e financeiros que deram origem aos seus lançamentos contábeis.

Vale lembrar que a instituição de uma presunção pela lei tributária remete ao contribuinte o ônus de provar que o fato presumido não aconteceu em seu caso particular, não tendo a contribuinte apresentado os documentos que comprovassem a origem dos créditos ocorridos na conta bancária da empresa.

Não se vislumbra, portanto, a ocorrência do alegado cerceamento do seu direito de defesa. Claras estão as conclusões que motivaram a lavratura do Auto de Infração, e, devidamente cientificada de todos os atos e termos lavrados no presente processo, à contribuinte foi permitida a apresentação de impugnação contra os fatos detalhadamente descritos no Termo de Verificação e Encerramento do Procedimento Fiscal, bem como a apresentação de todos os documentos que julgou necessários à sua defesa.

Quanto à multa de ofício, ressalte-se que em nosso sistema jurídico as leis gozam da presunção de constitucionalidade, sendo impróprio acusar de confiscatória a sanção em exame, quando é sabido que, nas limitações ao poder de tributar, o que a Constituição veda é a utilização de tributo com efeito de confisco. Esta limitação não se aplica às sanções, que atingem tão-somente os autores de infrações tributárias plenamente caracterizadas, e não a totalidade dos contribuintes.

O Código Tributário Nacional autoriza o lançamento de ofício no inciso V do art. 149, litteris:

Art. 149. O lançamento é efetivado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

.....

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte.

O artigo seguinte – 150 – citado ao término do inciso V acima transcrito trata do lançamento por homologação. A não antecipação do pagamento, prevista no caput deste artigo,

caracteriza a omissão prevista no inciso citado, o que autoriza o lançamento de ofício, com aplicação da multa de ofício.

Assim sendo, estando a situação fática apresentada perfeitamente tipificada e enquadrada no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que a insere no campo das infrações tributárias, outro não poderia ser o procedimento da fiscalização, senão o de aplicar a penalidade a ela correspondente, definida e especificada na lei.

Isto posto, voto por julgar improcedente a impugnação e manter o crédito tributário lançado de ofício.

A Recorrente não evidenciou qualquer argumento jurídico que infirmasse a constituição do crédito tributário, ocasionando sua preservação integral, consoante o acórdão recorrido. Não há elementos suficientes para inverter o ônus da prova, que é próprio da Recorrente, nem qualquer esclarecimento sobre as receitas omitidas.

A presunção relativa de omissão de receita é impugnável pela Recorrente, porém, necessário documentos hábeis e idôneos que evidenciem o contrário, segundo o artigo 42 da Lei nº 9.430/1996:

*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 artigo 923 do Regulamento do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (RIR/1999), aprovado pelo Decreto nº 3.000/1999, reafirma que *"a escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais."*

A presunção *juris tantum* foi estabelecida em norma vigente, invertendo o ônus de prova quanto à omissão de receitas para a contribuinte. O atual Código de Processo Civil, subsidiariamente, aplicável ao processo administrativo tributário, prevê tal hipótese no seu artigo 374:

"Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

(...)

IV— em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade."

Outrossim, existindo previsão normativa expressa sobre a multa de ofício, não qualificada, novamente, o presente rito não é competente para declarar sua eventual inconstitucionalidade, como impõe a citada Súmula nº 2 deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

Entendo que não há necessidade de conversão do presente julgamento em diligência ou qualquer outra perícia (artigo 29 do Decreto nº 70.235/1972), sobretudo, quando

existe a presunção *juris tantum* de omissão de receitas, invertendo o ônus probatório para Recorrente.

Isto posto, voto pelo conhecimento do recurso voluntário, rejeitando a nulidade arguida e, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO**.

(assinado digitalmente)

Rafael Gasparello Lima - Relator