



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

Processo n° 10540.000549/2009-97
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-00.931 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de março de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - SIMPLES
Recorrente CONFECÇÕES M H LTDA. - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2005

RECURSO VOLUNTÁRIO. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. O prazo para apresentação de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), é de trinta dias a contar da ciência da decisão de primeira instância; recurso apresentado após o prazo estabelecido, dele não se toma conhecimento, visto que a decisão já se tornou definitiva.

Recurso Voluntário Não Conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso por intempestivo, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima - Presidente

(assinado digitalmente)

Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Albertina Silva Santos de Lima.

Relatório

CONFECÇÕES M H LTDA. - ME recorre a este Conselho contra o acórdão proferido pela Delegacia de Julgamento da Receita Federal, em primeira instância administrativa, que julgou procedente a exigência, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Em razão de sua pertinência, transcrevo o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

O processo é de autos de infração do Simples Federal (fls. 01/65), exigindo o crédito tributário no valor consolidado de R\$ 2.841.407,75, conforme demonstrativo à folha inicial. A exigência é referente ao ano-calendário de 2005 (AC/2005).

Os lançamentos estão discriminados por cada tributo do Simples, incluindo valor do principal, mais multa de ofício no percentual de 75% e juros de mora.

Os autos de infração têm como anexos o Relatório Fiscal (fls. 66/70) e as planilhas de apuração do Simples devido (fls. 72/74).

No **RELATÓRIO FISCAL** consta a síntese do procedimento de ofício. Nele consta que a fiscalização teve como escopo a análise da movimentação financeira incompatível com os rendimentos declarados, referente aos anos-calendário de 2005 e 2006.

Neste sentido, apurou-se omissão de receita no valor de **R\$ 12.313.898,46, em face de divergência entre receita bruta apurada (R\$ 13.542.502,28) e receita bruta declarada (R\$ 1.228.603,82)**, como demonstrado pelo autuante na Planilha 3, à fl. 74.

Ademais, consta do tal relatório que a contribuinte fora intimada por meio do termo de início de fiscalização (TIF), cientificado em 18/06/2008, a apresentar os livros fiscais e extratos bancários de contas correntes da pessoa jurídica (PJ) fiscalizada.

De posse da documentação apresentada, a Fiscalização notou que o Livro Caixa não atendia às exigências legais, havendo equívoco nos lançamentos débito/crédito e no registro da movimentação financeira que só contemplava os depósitos do Banco do Brasil, cujos extratos foram entregues pela fiscalizada. Faltaram, então, os extratos do Bradesco e Caixa Econômica Federal, que foram requisitados de ofício pelo Fisco.

Agora, de posse de todos os extratos bancários, a Fiscalização listou todos os depósitos das contas correntes da PJ fiscalizada nos bancos acima mencionados, excluindo aqueles que não significavam efetiva entrada de recursos, tais como empréstimos, estornos, devoluções e transferências entre contas de mesma titularidade.

Então, mediante o Termo de Intimação Fiscal cientificado em 02/02/2009, a fiscalizada foi intimada a comprovar a origem e tributação dos depósitos listados nos seus anexos 1, 2 e 3 (vide fls. 118/209).

Conforme dito no item 6 do sobredito Relatório Fiscal, em sua resposta a contribuinte apresentou três cadernos contendo os depósitos listados por conta corrente, citando na coluna denominada "origem" as origens daqueles créditos. Porém, não apresentou qualquer documento hábil e idôneo que pudesse comprovar as origens daqueles créditos e/ou se foram ou não oferecidos à tributação.

Diante disso, restando caracterizada a omissão de receitas no AC/2005, a contribuinte foi autuada nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

Também foi excluída de ofício do Simples a partir de 1º/01/2006, por ter ultrapassado o limite de receita bruta no AC/2005.

Em 22/04/2009, a autuada tomou ciência pessoalmente do feito, conforme assinatura do sócio-proprietário à fl. 22.

Em 22/05/2009 foi apresentada a impugnação de fls. 215/245, trazendo as alegações sintetizadas a seguir:

(i) Que, seria ilegal a exclusão do Simples retroativa ao ano-calendário de 2005 (sic), mediante o Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/VCA nº 007, de 08/04/2009, de empresa que fez opção pelo sistema em 1º/01/1997, pois teria decaído o direito de promover a exclusão de ofício após decorrido o prazo de cinco anos da efetivação da opção, de acordo com o art. 54 da Lei nº 9.784/99, doutrina e jurisprudência. Além disso, a exclusão retroativa elidiria o art. 16 da Lei nº 9.317, de 1996, e a Constituição Federal de 1988 (CF/88).

(ii) Que, a Fiscalização não teria deixado clara a forma de tributação adotada, pois fala em exclusão do Simples e autuação com base em receita bruta e logo em seguida menciona a apuração do lucro por arbitramento.

(iii) Que, seria ilegal a tributação com fundamento apenas em depósitos bancários, uma vez que nem todo o crédito em conta corrente é renda tributável. Os créditos oriundos de extratos bancários seriam apenas indício de omissão ou sonegação de receita, cuja prova exigiria um aprofundamento da investigação por parte do Fisco.

(iv) Que, no tocante à requisição de extratos bancários pelo Fisco, os arts. 196 e 197 do CTN determinam que as diligências da Fiscalização sejam feitas e documentadas por escrito, com a exibição de livros e documentos, de forma que o fiscalizado entregue um documento mediante requisição por escrito, não tendo o contribuinte obrigação de entregar ao Fisco qualquer documento que possa comprometê-lo, mesmo quando solicitado.

(v) Que, depósitos bancários, por si sós, não são fato gerador do imposto de renda, urgindo a devida comprovação de renda consumida, aquisição de disponibilidade econômica de renda e proventos (acréscimo patrimonial), ou sinais exteriores de riqueza.

(vi) Que, pela dicção do art. 110 do CTN, a presunção legal contida no art. 42 da Lei nº 9.430 de 1996, não pode ampliar o conceito de renda ou proventos para nele incluir depósitos bancários. Podendo, quanto muito, autorizar a tributação de tais depósitos por presunção, desde que verificado caso a caso e se houve comprovação de renda consumida.

(vii) Que, com relação aos supostos créditos não escriturados, há que se separar a figura da omissão da figura da não informação, sendo que esta pode ser feita por via de retificação a qualquer tempo.

(viii) Que, no caso em tela, seria inconcebível a tributação reflexa relativa ao PIS, Cofins, CSLL e INSS, nos termos da Solução de Divergência/Pareceres da COSIT/SRF, que trata de tributação na forma do lucro presumido, cujas ementas transcreve.

(ix) Que, a imposição da multa de ofício no percentual de 75% seria confiscatória e **inconstitucional, ainda mais que no caso concreto não há imposto devido.**

(xi) Que, também, seria ilegal a imposição da taxa SELIC como juros de mora, por ser estabelecida pelo Banco Central (BACEN), com caráter remuneratório de títulos públicos, não podendo, então, ser usada como encargo moratório de tributos em atraso. A sua utilização neste sentido feriria o art. 161 do CTN e o § 3º do art. 192 da CF/88.

(xii) Ante o exposto, requer a nulidade total do feito, devido aos equívocos e falhas cometidos pela Fiscalização, e, caso remanesça algum valor, que este seja cobrado com redução de multa e juros, em face da ilegalidade e inconstitucionalidade apontadas.

A decisão recorrida está assim ementada:

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. LEGITIMIDADE DO LANÇAMENTO. ÔNUS DA PROVA. A existência de depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada pela pessoa jurídica regularmente intimada autoriza o lançamento de ofício por omissão de receitas. Uma vez que se trata de presunção legal cabe ao contribuinte o ônus de provar a insubsistência do lançamento fundamentado em depósitos bancários.

EXTRATOS BANCÁRIOS. REQUISICÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. Existindo ação fiscal em andamento, os extratos bancários do contribuinte poderão ser requisitados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, junto às instituições financeiras, nos termos da legislação aplicável, não havendo que se falar de quebra de sigilo.

CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA. Na instância administrativa não se discute a constitucionalidade de atos legais, por ser uma competência exclusiva do Poder Judiciário.

NULIDADE FORMAL. INOCORRÊNCIA. Inexiste nulidade quando o auto de infração se encontra revestido das formalidades legais e foi garantido o direito de defesa na impugnação.

MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE. NÃO-CONFISCO. A multa regulamentar de 75% (setenta e cinco por cento) integra o crédito tributário lançado de ofício, por expressa disposição legal. A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador na elaboração da lei, mas, uma vez positivada a norma, compete à autoridade administrativa apenas zelar pelo seu fiel cumprimento.

SIMPLES. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. LIMITE DE RECEITA BRUTA. EFEITO RETROATIVO DO ATO. A pessoa jurídica que ultrapassou o limite de receita bruta previsto para a empresa de pequeno porte no ano-calendário de 2005, estará excluída do Simples a partir de 1º/01/2006. A exclusão com efeitos retroativos, quando verificado que o sujeito passivo fez opção indevida ou incidiu em situação impeditiva à permanência no sistema, é prevista na legislação de regência.

Impugnação Improcedente.

Cientificada da aludida decisão em 1/10/2010 (fls. 385), a contribuinte apresentou recurso voluntário em 5/11/2010 (fls. 386 e seguintes), no qual contesta as conclusões do acórdão recorrido, repisa as alegações da peça impugnatória e, ao final, requer o provimento.

É o relatório:

Voto

Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira, Relator.

Início verificando os pressupostos de admissibilidade do recurso voluntário.

O artigo 33 do Decreto 70.235 de 1972, estabelece que *“Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.*

Vejamos a transcrição do art. 5º. do Decreto nº 70.235, de 1972:

“Art. 5º. Os prazos serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

Parágrafo único. Os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.”

Portanto, o prazo recursal de trinta dias começa a fluir no primeiro dia útil subsequente a intimação do interessado, sendo que esta pode ser pessoal, via postal ou por meio eletrônico.

No caso dos autos, a recorrente tomou ciência do Acórdão de primeira instância em 1/10/2010 (sexta-feira), via postal (AR de fl. 385). O início da contagem se deu em 4/10/2010 (segunda-feira), encerrando-se em 2/11/2010 (Feriado Nacional), pelo que foi prorrogado para 3/11/2010 (quarta-feira).

Ocorre que o contribuinte protocolou o recurso voluntário em 5/11/2010 (sexta-feira), fl. 386 e seguintes, ou seja, 2 dias após o término do prazo, quando já havia precluído seu direito de recorrer, sem apresentar qualquer justificativa para a perda do prazo (art. 67 da Lei nº 9.784, de 2001).

Registre-se o teor da Sumula 9 do CARF: *É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário.*

Diante do exposto voto no sentido de não conhecer do recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira