



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº 10540.000723/2007-30
Recurso nº 163.704
Matéria IRPJ, CSLL, PIS e COFINS- Ano-calendário 2003
Acórdão nº 101-96.885
Sessão de 15 de agosto de 2008
Recorrente Padraomil Artefatos Metálicos Ltda. ME
Recorrida 4ª Turma de Julgamento da DRJ em Salvador

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003

Ementa: SOLICITAÇÃO DE PERÍCIA- A perícia só se justifica se os fatos litigiosos não puderem ser comprovados pelos meios ordinários de prova.

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO-IRREGULARIDADE DO-MPF- Não é irregular o Mandado de Procedimento Fiscal cujo prazo de execução foi regularmente prorrogado, por via eletrônica, na forma da legislação aplicável.

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO- Tendo sido observadas as disposições legais (Lei Complementar 105 e Decreto 3.724/2001), o fornecimento, ao Fisco, das informações sobre a movimentação bancária do contribuinte, as quais permanecem protegidas sob o manto do sigilo fiscal, não configura quebra de sigilo.

DEPÓSITOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA-PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITAS- Os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 têm a natureza de norma procedimental, e não são incompatíveis com o art. 42 da Lei nº 9.40/96, norma de natureza material.

MULTA QUALIFICADA- O fato de o contribuinte, reiteradamente intimado a apresentar os extratos bancários, deixar de apresentar aqueles em relação às contas que não estavam contabilizadas, e aos quais a fiscalização só teve acesso por obtê-los diretamente da instituição financeira, aliado ao fato de que a omissão de receitas apurada com base nesses depósitos possibilitou à empresa permanecer irregularmente no SIMPLES, afasta a possibilidade de se tratar de simples lapso ou equívoco e demonstra a intenção inequívoca de impedir ou retardar o

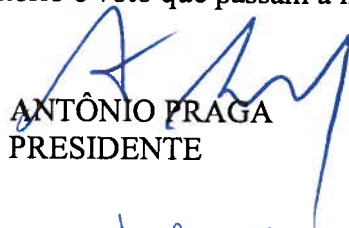
 1

conhecimento, por parte da autoridade fiscal, do fato gerador da obrigação, justificando a penalidade qualificada.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, 1) Por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares e o pedido de perícia; 2) Por maioria de votos, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, vencidos Sidney de Barros e Antonio Praga, que davam provimento parcial para reduzir a multa de ofício a 75%, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANTÔNIO PRAGA
PRESIDENTE


SANDRA MARIA FARONI
RELATORA

FORMALIZADO EM: 24 SET 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros VALMIR SANDRI, CAIO MARCOS CÂNDIDO ALOYSIO JOSÉ PERCINIO DA SILVA e ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO. MARCOS VINICIUS BARROS OTTONI e SIDNEY FERRO BARROS (Suplentes Convocado). Ausentes justificadamente os Conselheiros JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR, JOSÉ RICARDO DA SILVA, ALOYSIO JOSÉ PERCINIO DA SILVA e ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO.



Relatório

Cuida-se de recurso voluntário interposto por Padraomil Artefatos Metálicos Ltda. ME, em face da decisão da 4ª Turma de Julgamento da DRJ em Salvador, que julgou procedentes os autos de infração lavrados para exigência de crédito tributário relativo a Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) do ano-calendário de 2003, com imposição da multa de 150%.

A ciência do auto de infração deu-se em 19 de junho de 2007

As irregularidades apontadas pela fiscalização foram omissão de receitas (depósitos bancários não escriturados) e insuficiência de recolhimento de tributos do Simples.

Conforme consta da descrição dos fatos, a abertura da ação fiscal contra a contribuinte se deu em razão da incompatibilidade entre a receita bruta declarada nos anos-calendário 2003 e 2004 (R\$ 511.574,40 e R\$ 852.830,03, respectivamente) e os recursos movimentados em contas bancárias mantidas em várias instituições financeiras que enumera (R\$ 2.041.215,45 e R\$ 2.433.929,96, respectivamente), obtidas a partir conforme declarações trimestrais da CPMF retida.

No decurso do procedimento, tendo a autoridade verificado que a empresa não escriturava toda a sua movimentação financeira e bancária, intimou-a apresentar os extratos bancários. Como a apresentação, que se deu após seguidos aprazamentos, foi parcial, foi feita a requisição das informações às instituições financeiras.

De posse dos extratos bancários, após as devidas exclusões (transferências entre contas do mesmo titular, cheques devolvidos e depósitos que haviam sido contabilizados), a interessada foi intimada a comprovar a origem dos valores relacionados no anexo ao Termo de Intimação (fls. 222/234). Não obstante as prorrogações de prazo, a solicitação não foi atendida pela contribuinte, o que motivou a lavratura do auto de infração.

Em impugnação tempestiva, a interessada alegou, preliminarmente, irregularidade das sucessivas prorrogações do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), com a conseqüente nulidade de todos os atos processuais praticados pela Fiscalização a partir de 1º/08/2006, inclusive a requisição de informações bancárias em que se embasaram os lançamentos. Ponderou que a continuidade do processo administrativo, após 31/07/2006, violaria aos princípios da ampla defesa e devido processo legal, previstos no art. 5º, incisos LV e LIV, da atual Constituição Federal (CF/1988).

Alegou, ainda, inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar (LC) nº 105, de 2001, pois a quebra do sigilo bancário, por violar a privacidade do cidadão, assegurada no art. 5º, XII, da CF/1988, só poderia ser quebrado mediante prévia ordem judiciária.

Defendeu o entendimento de que o art. 5º, § 4º, da LC nº 105, de 2001, que deu poderes o Fisco para, diante de indícios de ilícitos tributários, requisitar documentos, informações ou outras diligências que julgar convenientes para a devida apuração de fatos jurídicos tributários, tornou sem sentido e revogou tacitamente a presunção relativa (*juris tantum*) do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, por incompatibilidade entre os dispositivos.

Para combater a presunção definida no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, alegou tratar-se de matéria adstrita a lei complementar, descabendo ao sujeito passivo fazer prova negativa para elidir a referida presunção. Aduziu que depósitos bancários, isoladamente, não constituem renda tributável, pois seriam apenas indícios de rendimentos a exigir uma investigação mais aprofundada do Fisco, invocando a aplicação.

Postulou a aplicação do art. 9º, inc. VII, do Decreto-lei nº 2.471, de 1º/09/1988, que trata de arquivamento de processos administrativos relativos à cobrança do Imposto de Renda arbitrado com base exclusivamente em extratos bancários.

Elaborou demonstrativos dizendo que, em virtude da totalidade das importâncias a serem deduzidas dos créditos em conta corrente, o valor da receita bruta anual em 2003 não ultrapassa o limite de R\$ 1.200.000,00, de modo que seria improcedente a exclusão de ofício do Simples, com efeitos a partir de 1º/01/2004, e em decorrência disso o lançamento do IRPJ do ano-calendário de 2004 pelo arbitramento do lucro.

Trouxe, também, demonstrativos e planilhas com o intuito de comprovar que a receita bruta auferida no ano-calendário de 2003 foi de R\$ 1.197.993,37, contra o montante de R\$ 1.588.062,70 apurado pelo Fisco, alegando que não considerou todas as exclusões devidas nos créditos em extratos bancários.

Disse ser improcedente o lançamento de ofício do IRRF, uma vez que não houve voluntariedade da impugnante para o cometimento da suposta infração.

Postulou pela revisão da aplicação das multas proporcionais, alegando não subsistir o indício de fraude (permanência indevida no Simples), além de ser aplicável a retroatividade da lei tributária que estabelece penalidades mais benéficas.

A Turma de Julgamento manteve os lançamentos em decisão assim ementada:

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

Período de apuração: 31/01/2003 a 31/12/2003

EXTRATOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA. COMPROVAÇÃO DE ORIGEM

O artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, estabeleceu a presunção de que os valores creditados em contas de depósito ou de investimento mantidas em instituição financeira, de que o titular, regularmente intimado, não faça prova de sua origem, por documentação hábil e idônea, serão tributados como receita omitida.

MULTA QUALIFICADA.

A multa proporcional qualificada é cabível nos casos em que for verificado evidente intuito de fraude caracterizado pela omissão de receitas.

NULIDADE. DIREITO DE DEFESA

Constatando-se que o Auto de Infração contém todos os requisitos obrigatórios, previstos na norma que regula o Processo Administrativo

Fiscal, e tendo o contribuinte compreendido as irregularidades nele contidas e exercido de forma plena o seu direito de defesa, há que se afastar a preliminar de nulidade.

NULIDADE. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. VALIDADE.

Mandado de Procedimento Fiscal tem prazo máximo de validade de cento e vinte dias, podendo ser prorrogado pela autoridade outorgante, tantas vezes quantas necessárias, observado, em cada ato, o prazo máximo de sessenta dias, para procedimentos de fiscalização.

INCONSTITUCIONALIDADE DE ATOS LEGAIS.

A instância administrativa não dispõe de competência legal para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis, pois essa atribuição é reservada exclusivamente ao Poder Judiciário pela atual Constituição Federal.

PEDIDO DE PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. *Estando presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide, indefere-se, por prescindível, o pedido de perícia.*

Ciente da decisão em 04 de outubro de 2007, a interessada ingressou com recurso em 31 do mesmo mês.

Preliminarmente, protesta pela reforma do acórdão no que se refere ao não acolhimento do pedido de perícia. Na sequência, e ainda em sede de preliminar, reedita a arguição de nulidade do ato de “quebra” do sigilo fiscal e do auto de infração relacionado com o MPF, por não haver procedimento administrativo em curso.

No mérito, repete as alegações apresentadas em sede de impugnação, quais sejam, inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, incompatibilidade entre o art. 42 da Lei nº 9.430/96 e a Lei Complementar nº 105/2001, impossibilidade de inversão do ônus da prova em favor do fisco, para elidir a presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/96, por ser, o lançamento, matéria de lei complementar; impossibilidade de se tomar depósitos com renda, por constituírem apenas indícios; aplicabilidade do art. 9º do Decreto-lei 2.471/1988; insubsistência dos lançamentos, uma vez que a receita-bruta, considerados todos os fatores identificados em planilhas demonstrativas, foi de R\$ 1.197.993,37, e não R\$ 1.588.062,70, como apurou o Fisco; insubsistência das multas por não ter havido o evidente intuito de fraude, e pelo fato de a Lei 11.488, de 15 de julho de 2007, ter alterado a Lei nº 9.430/96, não mais existindo as multas e 150% e 225%.

É o relatório.



Voto

Conselheira SANDRA MARIA FARONI, relatora.

Recurso tempestivo e assente em lei. Dele conheço.

As matérias levantadas no recurso são: (i) solicitação de perícia; (ii) nulidade da quebra de sigilo e nulidade do auto de infração em razão de irregularidade no MPF; (iii) inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001; (iv) incompatibilidade entre o art. 42 da Lei nº 9.430/96 e a Lei Complementar nº 105/2001; (v) impossibilidade de inversão do ônus da prova em favor do fisco, prevista no art. 42 da Lei nº 9.430/96; (vi) impossibilidade de se tomar depósitos com renda; (vii) aplicabilidade do art. 9º do Decreto-lei 2.471/1988; (viii) insubsistência dos lançamentos por erro na apuração da receita-bruta; (ix) insubsistência das multas.

Passo a apreciá-las.

Solicitação de Perícia:

A prova no processo tem como destinatário o julgador, que através dela deve formar sua convicção sobre a controvérsia. Assim, a perícia só se justifica quando os elementos contidos nos autos não forem suficientes ao julgador para que forme sua convicção.

Além disso, a perícia só se justifica quando o exame do fato litigioso não puder ser feito pelos meios ordinários de convencimento, dependendo de conhecimentos técnicos especializados. E esse não é o caso.

A autoridade fiscal não somou todos os depósitos nas contas do contribuinte e considerou-as omissão de receita. Ao contrário, identificou e individualizou apenas alguns créditos, pedindo a comprovação de sua origem. Conseqüentemente, todos os demais créditos que constam dos extratos bancários juntados aos autos, e que não estão entre os selecionados, foram excluídos.

Na descrição dos fatos constante do auto de infração a autoridade informa que no DEMONSTRATIVO DOS DEPÓSITOS VINCULADOS (fls.122 dos autos) estão relacionados os depósitos/créditos excluídos, esclarecendo que foram excluídos os relacionados a notas fiscais de venda. Assim despendi perícia para responder aos 2 primeiros quesitos formulados pela agora recorrente (*quais foram as exclusões feitas pelo fiscal, quais os critérios para essas exclusões*).

Os quesitos 3 e 4 (*em que consistem as exclusões realizadas pela impugnante no demonstrativo elaborado no corpo da impugnação e qual o critério por ela utilizado nessas exclusões*) não demandam perícia, mas apenas explicação **acompanhada de prova**, a ser feita pela interessada.

Os quesitos 5, 6 e 7 (*se os valores excluídos representam receita, se nos anos de 2003 e 2004 a receita bruta declarada mais a omitida é maior ou menor que R\$1.200.000,00*) devem ser respondidos pelo julgador, pois correspondem à formação de sua convicção frente às provas apresentadas.



Portanto, não se justifica o pedido de perícia formulado.

Conforme DEMONSTRATIVO DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS A TRIBUTAR integrante do auto de infração, , com exceção um crédito em agosto de 2003, quatro em setembro, um em outubro e dois em dezembro de 2003 no HSBC e três em dezembro de 2003 no Banco do Brasil em dezembro de 2003, todos os demais depósitos tributados ocorreram no Bradesco.

Devidamente individualizados e identificados os créditos tributados, inclusive por seu histórico e nº de documento, caberia à Recorrente, para elidir a presunção de omissão de receita, comprovar a sua origem ou a razão para sua exclusão (por exemplo, origem de transferência de crédito já tributado em outra conta bancária).

Indefiro a perícia.

Nulidade do auto de infração em razão de irregularidade no MPF e conseqüente nulidade da quebra de sigilo bancário

Alega a Recorrente que o mandado de procedimento fiscal (MPF) expirou-se em 31 de julho de 2006, sendo ilegal a quebra de sigilo bancário, pois nos termos da LC 105/1001, a quebra do sigilo bancário só pode dar-se no bojo de processo administrativo devidamente instaurado por mandado de procedimento fiscal. Afirma que o Demonstrativo de Emissão e Prorrogação do MPF não serve para prorrogação, pois foi emitido em 01/04/2006 e atesta prorrogações até 28 de maio de 2007.

A Recorrente se equivocou na análise do documento de fl. 05 (Demonstrativo de Emissão e Prorrogação do MPF), pois ele não foi emitido em 01/04/2006. O que o documento consigna é que o MPF nº 05.01.03.00-2006-00023-1, **emitido em 01/04/2006**, foi sucessivamente prorrogado (por via eletrônica) até 28 e maio de 2007.

A Portaria SRF nº 6.087, de 21 de novembro de 2005, em seu art. 13, prevê:

"Art. 13. A prorrogação do prazo de que trata o artigo anterior poderá ser efetuada pela autoridade outorgante, tantas vezes quantas necessárias, observado, em cada ato, o prazo máximo de trinta dias.

§ 1º A prorrogação de que trata o caput far-se-á por intermédio de registro eletrônico efetuado pela respectiva autoridade outorgante, cuja informação estará disponível na Internet, nos termos do art. 7º, inciso VIII.

A preliminar de nulidade do auto de infração relacionada com o Mandado de Procedimento Fiscal é de ser rejeitada, porque o prazo para execução do mandado foi regularmente prorrogado, por via eletrônica, na forma da legislação aplicável. Por conseguinte, não prospera, também, a preliminar de irregularidade relacionada com a requisição de movimentação financeira, a pretexto de não haver procedimento fiscal em curso.

Sigilo bancário-

operações ativas e passivas e serviços prestados, dispondo, seu § 3º, inciso VI, que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos, entre outros, nos artigos 5º e 6º.

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

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

Tendo sido observadas as disposições legais (Lei Complementar 105 e Decreto 3.724/2001), o fornecimento, ao Fisco, das informações sobre a movimentação bancária do contribuinte, as quais permanecem protegidas sob o manto do sigilo fiscal, não configura quebra de sigilo.

Em razão de sua jurisdição limitada, este Conselho não pode negar aplicação a dispositivos legais vigentes. Assim, as alegações de violação a princípios constitucionais, relacionadas com a Lei Complementar nº 105/2001, não merecerão consideração no presente julgamento. Conforme enuncia a Súmula 1º CC nº 2, "*O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*"

Rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

Mérito

Não procede a alegação do contribuinte, de que o art. 42 da lei 9.430/96 é incompatível com o art. 5º, § 4º da Lei Complementar nº 105/2001, que permite a quebra do sigilo bancário, e com isso estaria revogado.

O art. 42 da Lei nº 9.430/96 é de natureza material, estabelecendo presunção relativa de omissão de receitas para o caso de não comprovação da origem de valores creditados em conta em instituição financeira. Já os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 tratam de fornecimento de informações, pelas instituições financeiras, às autoridades fiscais, ou seja, é norma procedimental. O art. 5º, § 4º da Lei Complementar 105/2001 permite o acesso às informações sobre a movimentação financeira do contribuinte e seus documentos. O art. 42 da Lei 9.430/96 autoriza a presunção de omissão de receitas se o contribuinte, intimado, não comprovar a origem dos valores creditados, conhecidos a partir das informações obtidas com base na Lei Complementar.

Também não procedem as alegações relacionadas com inversão do ônus da prova em favor do fisco, impossibilidade de se tomar depósitos com renda e aplicabilidade do art. 9º do Decreto-lei 2.471/1988.



Antes da edição da Lei nº 9.430/96, os lançamentos com base em depósitos bancários cuja origem não se tinha como comprovada eram feitos por presunção simples.

Esses lançamentos com base em presunção simples deram causa a inúmeras manifestações do Poder Judiciário, culminando com Súmula do STF, no sentido da ilegitimidade da tributação respaldada exclusivamente em depósitos bancários. E o Poder Executivo, além de, por intermédio do Decreto-lei nº 2.471/88, ter cancelado os débitos do imposto de renda arbitrado com base exclusivamente em valores de extratos e comprovantes bancários, reiteradamente, por seus órgãos julgadores colegiados, manifestou-se no sentido de que o depósito bancário em si não é fato gerador de imposto de renda, mas apenas critério de mensuração, sendo necessário que o Fisco demonstre a existência de renda auferida e omitida. Mas tanto as manifestações do Poder Judiciário como do Poder Executivo relacionavam-se a lançamentos baseados **exclusivamente** em depósitos bancários, não alcançando os lançamentos em que presentes outros fatos, tais como, contas não contabilizadas, sob verdadeira ou falsa titularidade, pesquisa mediante circularização dos cheques, etc.

Assim, quanto a fatos geradores ocorridos até 31/12/1996, os depósitos bancários de origem não comprovada podiam ser tidos como indício de presunção de omissão de receita, demandando outros elementos para caracterizar a omissão.

A inovação trazida pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96 foi erigir uma presunção legal relativa inclusive para os depósitos regularmente escriturados.

Não tem qualquer respaldo a alegação de descabimento da inversão do ônus da prova. No caso das presunções legais relativas, há uma inversão do ônus da prova em favor da Fazenda Pública, pois a autoridade fiscal, após a constatação fática do tipo descrito na lei, pode presumir a ocorrência de irregularidade mediante simples invocação do texto legal, dispensada a produção de provas, imputando a lei, neste caso, ao contribuinte, o ônus de fornecê-la.

Alfredo Augusto Becker¹, falando sobre as conseqüências lógico-jurídicas da presunção ou ficção, ensina que “Presunção é o resultado do processo lógico mediante o qual do fato conhecido cuja existência é certa infere-se o fato desconhecido cuja existência é provável”. Reportando-se a Moacyr Amaral dos Santos, assinala que “As presunções ou são o resultado do raciocínio ou são estabelecidas pela lei, que raciocina pelo homem” E que, nas presunções legais, “o raciocínio lógico, noutros casos conferido ao juiz, nesses é antecipadamente feito pelo legislador, consagrando-se num preceito legal que aquele deverá obedecer.”

O mesmo autor ensina²:

“ A pesquisa histórica da evolução de muitas regras jurídicas de direito substantivo revela que inicialmente eram presunções simples (praesumptiones hominis), mais tarde tornaram-se presunções legais (praesumptiones juris) e, finalmente atingem o último estágio, convertendo-se em regras jurídicas dispositivas de direito substantivo. Já no ano de 1890, RAMPONI observara esse fenômeno de metamorfose da presunção em regra jurídica de direito substantivo: ‘As presunções legais têm verdadeiramente uma história. Começa por

¹ Becker, Alfredo Augusto, Teoria Geral do Direito Tributário -3ª ed. São Paulo, Lejus:1998, 9. 508

² Mesma obra, p.511

convertendo-se em regras jurídicas dispositivas de direito substantivo. Já no ano de 1890, RAMPONI observara esse fenômeno de metamorfose da presunção em regra jurídica de direito substantivo: 'As presunções legais têm verdadeiramente uma história. Começa por ser simples conjectura; penetra na consciência do juiz que lhe sente a relevância; pouco a pouco, quase insensivelmente, adquire terreno e torna-se padrão de toda a jurisprudência; e agora não precisa mais que um passo para se fazer penetrar na consciência do legislador que a formula e sanciona. Mas aquele conceito jurídico, que vinha se desenvolvendo pouco a pouco, de simples conjectura de homem até a presunção de lei, continua ainda seu movimento evolutivo. Adquire um domínio sempre mais forte na consciência do jurista, do magistrado, do legislador, e acaba perdendo sua veste de presunção e afirmando-se diretamente como um princípio, como uma norma imperativa'".

A alegação de insubsistência dos lançamentos por erro na apuração da receita-bruta não prospera, pois em se tratando de presunção-legal, a não comprovação da origem dos depósitos implicam caracterizá-los como receita. Os demonstrativos feitos pelo contribuinte para contrastar a receita bruta apurada pelo fisco a isso não se prestam. A receita bruta indicada pelo fisco corresponde à soma das receitas declaradas com as omitidas. A única prova capaz de invalidá-la é a de que os depósitos/créditos indicados pelo fisco como omissão de receita correspondem a valores que não caracterizam receita (por exemplo, empréstimos), ou, se caracterizarem, sejam de receitas não tributáveis na declaração (por exemplo, sujeitas a tributação exclusiva na fonte), ou já tributadas (por exemplo, referentes a notas fiscais devidamente escrituradas e tributadas) ou que já foram computadas como receita omitida em outras contas do mesmo titular (referidas pelo contribuinte como exclusões).

O levantamento feito pelo contribuinte levou em consideração valores movimentados no Banco Mercantil e no Banco Rural, nos quais a fiscalização não detectou receitas omitidas. Os demais valores postulados como exclusões já não compuseram apuração de omissão de receitas feita pela fiscalização.

Por exemplo, para o ano-calendário de 2003, o contribuinte indica como valores a serem excluídos: (a) em janeiro, R\$ 2.750,00 no HSBC; (b) em fevereiro R\$ 1.200,00 no Banco da Brasil; (c) em abril R\$ 4.035,19 no Banco do Brasil; (d) em novembro ; R\$ 1.918,75, na conta 47.307-3 do Bradesco.

Para esses mesmos meses, no levantamento dos depósitos tributados, às fls. 115/120 tem-se que: (a) para janeiro, só há indicação de depósitos no Bradesco, não justificando exclusão de depósito no HSBC; (b) para fevereiro, o único depósito que não é no Bradesco é um de R\$ 1.000,00 no HSBC, não se justificando exclusão de depósito no Banco do Brasil; (c) em abril só há depósitos tributados no Bradesco, não se justificando exclusão de depósito no Banco do Brasil; (d) em novembro os dois depósitos tributados no Bradesco foram na conta 184 da agência 3530, não se justificando exclusão da conta 47.307-3 da agência 0270.

No que diz respeito às multas, a fiscalização caracterizou o evidente intuito de fraude pelo fatos de: "a fiscalizada, devidamente intimada, não apresentou extratos bancários das contas nºs 47.307-3, agência 0270-4; 184-8, agência 3530-0 do Banco Bradesco S/A, informações que só foram detectadas através das declarações trimestrais da CPMF, entregues pelo referido banco; 2º) os depósitos/créditos bancários efetuados nas referidas contas de depósitos não foram contabilizadas no Livro Caixa; 3º) a omissão de receitas caracterizada



Multa qualificada

Quanto à desqualificação da multa, já tive oportunidade de expressar meu entendimento de que a caracterização da fraude, no caso de omissão de receitas diagnosticada por presunção não é simples, e deve-se dar de forma cautelosa, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

É irrefutável que o simples fato de o contribuinte não comprovar a origem dos depósitos, tem para ele uma repercussão definida em lei: a caracterização da omissão de receitas, nada mais. Assim, a tão só não apresentação das provas que a lei define como de responsabilidade do contribuinte (origem dos recursos depositados) tem uma única decorrência: ter-se por verdade aquilo que a hipótese legal presume. Nesse sentido, a não comprovação da origem dos depósitos, por si só, não obsta a atividade fiscal, pelo contrário a facilita, pois tal conduta do contribuinte coloca a presunção legal contra ele, autorizando o lançamento de ofício. Para a qualificação da penalidade, é importante aferir a vontade do contribuinte em cometer o ilícito.

No caso presente, não se trata de, simplesmente, não comprovação da origem dos valores depositados. Concretamente, o contribuinte, reiteradamente intimado a apresentar os extratos bancários, deixou de cumprir a intimação em relação a algumas contas, e aos quais a fiscalização só teve acesso por obtê-los diretamente da instituição financeira. Os depósitos/créditos feitos nessas contas não estavam contabilizados, e a omissão de receitas apurada com base nesses depósitos possibilitou à empresa permanecer irregularmente no SIMPLES.

Assim, no presente caso, não ocorreu simplesmente a não comprovação da origem dos depósitos (o que justifica, apenas, a presunção de omissão de receitas). Embora o fato de o contribuinte não fornecer seus extratos bancários à fiscalização não seja suficiente para justificar a qualificação da multa, a não escrituração dos depósitos (cuja origem não explica) nos livros contábeis e fiscais por dois anos consecutivos afasta a possibilidade de se tratar de simples lapso ou equívoco e demonstra a intenção inequívoca de impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fiscal, do fato gerador da obrigação.

A alegação de caráter confiscatório da multa não tem relevância para presente julgamento, considerando a jurisdição limitada do Conselho, que não pode negar aplicação a lei em vigor. Nesse sentido a Súmula nº 2 do Primeiro Conselho de Contribuintes, que enuncia: *“O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”*

Equivoca-se a recorrente ao afirmar que não mais existe a penalidade de 150% .em razão da alteração, trazida pela Lei 11.488, de 15 de julho de 2007, ao art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Dispõe o art. 14 da Lei 11.488, de 2007:

Art. 14. O art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, transformando-se as alíneas a, b e c do § 2º nos incisos I, II e III:

105

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Ou seja, pela nova redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, ao art. 44 da Lei nº 9.430/96, nos casos de lançamento de ofício em que presente o evidente intuito de fraude (conforme definido nos art. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64), a multa de 75% é duplicada, passando para 150%, de acordo com o inciso I do artigo, combinado com seu § 1º.

Pelas razões expostas, rejeito as preliminares e o pedido de perícia e nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões (DF), em 15 de agosto de 2008


SANDRA MARIA FARONI

