



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

Processo nº 10865.002585/2006-80
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1101-000.080 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 11 de julho de 2013
Assunto
Recorrente Reserve Turismo Ltda.
Recorrida Fazenda Nacional

Assunto: Simples Nacional Ano-calendário: 2001 DECADÊNCIA. PRAZO DE 5 ANOS. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 45 DA LEI Nº 8.212/91.

É de 5 anos o prazo decadencial para que a autoridade administrativa constitua o crédito tributário, não se aplicando às contribuições previdenciárias prazo distinto do previsto no CTN.

Súmula Vinculante nº 8: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

Aplica-se aos optantes pelo SIMPLES Nacional o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430/96 que prevê uma hipótese legal de presunção de omissão de receitas. A apresentação pelo contribuinte de documentação hábil e idônea ilide esta presunção.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, foi SOBRESTADO o julgamento por se tratar de tema sob repercussão geral.

Nara Cristina Takeda Taga - Relatora

Marcos Aurélio Pereira Valadão- Presidente.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente), José Ricardo da Silva (Vice-Presidente), Edeli Pereira Bessa, Benedicto Celso Benício Júnior e Nara Cristina Takeda Taga. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Valmar Fonseca de Menezes, integrando o Colegiado a Conselheira Mônica Mônica Sionara Schpallir Calijuri.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face de Acórdão exarado pela DRJ em Ribeirão Preto que julgando procedente em parte a Impugnação apresentada pela contribuinte, manteve o crédito de IRPJ referente ao mês de dezembro de 2001, bem como os créditos relativos às contribuições previdenciária do ano-calendário de 2001.

Segundo o Termo de Verificação de Infração Fiscal (proc. fls. 50 a 57), a contribuinte, quando do início dos trabalhos fiscais, foi intimada a apresentar cópia de seus atos constitutivos, seus livros contábeis e fiscais obrigatórios, bem como “*cópias dos extratos relativos a todas as contas bancárias utilizadas durante o ano de 2001, acompanhadas de cópias da documentação hábil e idônea, coincidente em data e valor, que comprovasse a origem dos recursos nelas depositados*”.

A contribuinte apresentou os Livros Diário, Registro de Notas Fiscais de Serviços e Caixa em 24/07/2006, no entanto, deixou de entregar os extratos bancários. Desta forma, a autoridade fiscalizadora entendeu cabível a expedição de Requisições de Informações sobre Movimentações Financeiras – RMF aos Bancos Unibanco, Alvorada e BCN.

Atendidos os RMFs pelas instituições financeiras, a interessada foi mais uma vez intimada agora para comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados nas referidas contas bancárias.

Em 21/11/2006, a contribuinte apresentou documentos no intuito de comprovar a origem dos créditos efetuados em suas contas bancárias e relatou que “*dos depósitos acima esclarece ainda a V. Sa. que os documentos relacionados referem-se ao adiantamento de clientes que adquiriram pacotes turísticos, passagens aéreas, alugaram veículos, reservaram hotéis e desse valor 90% foi usado para o pagamento das empresas encarregadas de tais serviços e o restante, ou seja, os 10% que sobraram ficaram para a agência, sendo essa a receita efetiva da empresa*”. No mês subsequente (01/12/2006), a interessada entregou outra remessa de documentos.

A Autoridade fiscalizadora ressaltou que os comprovantes apresentados pela fiscalizada consistiu “num conjunto de comprovantes diários em que se encontram descritas as entradas e saídas de numerário ocorridas num determinado dia. A título exemplificativo, foram juntados os elementos correspondentes a um dia de casa mês, escolhidos aleatoriamente: 10/01/01, 05/02/01, 05/03/01, 05/04/01, 02/05/01, 08/06/01, 02/07/01, 03/08/01, 12/09/01, 02/10/01, 06/11/01 e 10/12/01”.

Segundo relatou o agente fiscal, “o conteúdo desses papéis não permite identificar a modalidade de operação da qual advêm os créditos bancários que recebera, visto que a epígrafa está apta a praticar várias atividades, de acordo com a cláusula segunda de seu

Contrato Social consolidado em 02/04/2003”. E em seguida concluiu: “na situação sob exame, apesar de terem sido apresentados recibos e duplicatas referentes à venda de pacotes turísticos e de passagens aéreas, não se demonstrou qual o quinhão dos recebimentos foram repassados a outras empresas, tornando impossível segregarmos dos créditos bancários a cota que pretensamente se refere a operações de conta alheia, pertencente a operadora de turismo, a empresas aéreas, a locadora de veículos, a hotéis e a outros empreendedores”.

Desta feita, ante a não demonstração da origem dos recursos creditados, e tendo em vista a presunção legal do art. 42 da Lei nº 9.430/96, a autoridade fazendária lavrou os Autos de Infração de IRPJ SIMPLES (proc. fls. 18 a 20), PIS SIMPLES (proc. fls. 25 a 28), CSLL SIMPLES (proc. fls. 33 a 35), COFINS SIMPLES (proc. fls. 40 a 42), e Contribuição para a Seguridade Social INSS SIMPLES (proc. fls. 47 a 49).

Vale mencionar, que segundo afirmou o agente fiscal, considerou-se como receita omitida a diferença entre os valores depositados em conta corrente (relação de fls. 261/271), já excluídos os cheques identificados como devolvidos, e os valores informados na declaração simplificada relativa ao ano-calendário de 2001.

Cientificado da lavratura do Auto de Infração, em 15/01/2007, o contribuinte apresentou Impugnação (proc. fls. 312 a 357).

Em sede de preliminar, a Impugnante questionou a metodologia adotada pela autoridade fiscal. Afirmou que a presunção da Autoridade Fiscal deve ser afastada por absoluta ausência de comprovação documental ou fática de que os recursos movimentados nas contas correntes representem receitas não tributadas.

Ressaltou que a exigência tributária deve estar devidamente demonstrada para que se preservem os princípios da estrita legalidade tributária e da capacidade contributiva, e que o agente fiscal agiu segundo suas próprias convicções e vontade, exigindo obrigação tributária de forma contrária à prevista em lei, afrontando o princípio da segurança jurídica tributária.

O Impugnante asseverou que efetivamente apresentou os livros fiscais à Autoridade lançadora e os mesmo “*em momento algum foram desconsiderados ou utilizados na apuração do crédito tributário lançado*”. Desta feita, os trabalhos fiscais se limitaram única e exclusivamente nas informações obtidas nos extratos de movimentação bancária, o que viola o estatuído no art. 18 da Lei nº 9.317/96.

Ainda em sede de preliminar, a interessada requereu a nulidade do Auto de Infração posto que o mesmo não foi “lavrado no local da verificação da falta”. Entendeu a contribuinte que o art. 10 do Decreto nº 70.235/72 determina a lavratura “*no estabelecimento do contribuintes, local onde, supostamente, teria ocorrido a infração à legislação do IRPJ*” e não na Sede da Delegacia da Receita Federal.

Outro fundamento utilizado pela contribuinte visando anular o Auto de Infração foi a alegação de violação do princípio da legalidade tendo em vista a utilização de documentos obtidos de forma ilícita. Afirmou que resta evidente nos autos que os documentos que embasaram o lançamento tributário, especialmente quanto à identificação do sujeito passivo, foram obtidos de forma ilícita, sem que houvesse justificativa comprovada da indispensabilidade da quebra do sigilo bancário, e ainda, sem qualquer autorização do Poder Judiciário.

No mérito, a Postulante alegou a decadência do direito de promover a constituição do crédito tributário, visto que os valores impugnados possuem como fato geradores, receitas auferidas durante o ano-calendário de 2001 e o contribuinte teve ciência da lavratura do Auto de Infração em 14/12/2006. Desta forma, o direito de promover o lançamento fiscal, relativo ao período de janeiro a novembro de 2001, já havia decaído.

A contribuinte afirmou que o lançamento tributário se mostra deficiente vez que fundado no somatório de todos os depósitos ocorridos em contas correntes, sem considerar a particularidade da atividade desenvolvida pela Impugnante. Ressaltou que, para aperfeiçoamento do princípio constitucional da capacidade contributiva, é imprescindível para a apuração da base de cálculo do imposto lançado, que fossem apurados os valores efetivamente acrescidos ao patrimônio da Impugnante. E concluiu pela nulidade do lançamento realizado.

No que concerne à multa punitiva imposta, a Impugnante alegou que se trata de multa com nítida conotação confiscatória, o que viola o art. 150, IV da Constituição Federal. Concluiu que a inexistência da intenção de dolo ou fraude, afasta a aplicação da multa punitiva no percentual de 75%, devendo ser adotada multa mais branda limitada a 20% nos termos do art. 7º da Lei nº 10.426/02.

Em 15/02/2008, a DRJ de Ribeirão Preto exarou Acórdão julgando procedente em parte o lançamento realizado (proc. fls. 368 a 376).

De início o órgão julgado asseverou que a legislação não obriga o auditor a lavrar o Auto de Infração no local do estabelecimento do contribuinte, mas sim onde foi constatado. Não há qualquer óbice para que a lavratura do auto se dê na própria repartição fiscal. Esclareceu que o local de verificação da falta está vinculado ao conceito de circunscrição, para prevenir a jurisdição ou prorrogar a competência. Juntou jurisprudência.

No tocante à alegação de inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário, a Turma afirmou que a fiscalização agiu rigorosamente dentro da lei para obtenção das informações bancárias, não traduzindo, assim, em provas ilícitas as informações obtidas. Ressaltou que o controle de Constitucionalidade das leis é competência exclusiva do Poder Judiciário, não cabendo à autoridade fiscalizadora a opção de escolher sobre a aplicação ou não de legislação plenamente em vigor no ordenamento pátrio.

Também afastou a nulidade do Auto de Infração quanto ao argumento de que a autoridade fiscal teria agido com absoluta presunção e teria infringido o princípio da legalidade e da segurança jurídica. Para o órgão julgador *a quo*, “*consta do auto de infração a descrição das irregularidades verificadas e os respectivos enquadramentos legais, bem assim a penalidade aplicada, a descrição do fato gerador, a matéria tributável, o montante do tributo devido, a identificação do sujeito passivo, o termo de intimação para o seu cumprimento ou oferecimento de impugnação, conforme exigido por lei, a identificação da autoridade fiscal, incluindo sua matrícula funcional. Portanto, o auto de infração contém as condições necessárias para produzir o efeito que lhe compete, qual seja, formalizar o crédito tributário, individualizando-o e dando-lhe a qualidade de exequível, conforme determina o Código Tributário Nacional*”.

Ademais, o colegiado asseverou que o contribuinte teve amplo conhecimento do que lhe foi imputado, de modo que não se pode cogitar de ter tido sua defesa prejudicada, nem que o Auto de Infração carece de motivação suficiente.

Desta feita, concluiu que não se configurou nenhuma hipótese de nulidade prevista no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, mostrando-se válido, para todos os efeitos legais, os lançamentos efetuados pela fiscalização, razões pelas quais é de se rejeitar as preliminares suscitadas.

No mérito, a Turma afirmou que é cabível o prazo prescricional previsto no art. 150, §4º do CTN, visto que não houve comprovação de dolo, fraude ou simulação, bem como houve pagamento dos tributos na sistemática do SIMPLES.

Neste diapasão, tendo em vista que a ciência do Auto de Infração se deu em 14/12/2006, o órgão julgador *a quo* reconheceu que como o fato gerador, na sistemática do SIMPLES, ocorre mensalmente, o IRPJ relativo aos meses de janeiro a novembro de 2001 já se encontravam decaídos.

No entanto, referente às contribuições (PIS, CSLL, COFINS e Contribuição para a Seguridade Social – INSS), por integrarem o rol das contribuições para a seguridade social, de conformidade com o art. 45 da Lei nº 8.212/91, o prazo decadencial é de 10 anos. Desta forma, o colegiado concluiu que “*não restam dívidas de que os lançamentos das contribuições relativos aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2001 foram realizados dentro do prazo legal*”.

Relativo à alegação da Impugnante de que a fiscalização se baseou em simples indícios ou presunção de omissão de receita, a Turma afirmou que “*o uso de indícios não pode ser confundido com a utilização de presunções*”, e que desde a edição da Lei nº 9.430 de 1996, a existência de depósitos bancários cuja origem não seja comprovada, foi erigida à condição legal de presunção de omissão de receita.

Destarte, o colegiado fazendário concluiu que a existência de depósitos bancários não escriturados ou com origem não comprovada é, por si só, hipóteses presuntiva de omissão de receitas, cabendo ao sujeito passivo a prova em contrário, o que não foi feito.

No que toca à multa, a Turma julgou improcedente a pretensão da contribuinte de redução da mesma ao percentual de 20%. O Colegiado esclareceu que a multa de 20% prevista no art. 61, § 2º da Lei nº 9.430/96, refere-se à multa de mora prevista para os casos de pagamento espontâneo, porém fora do prazo, o que não é o caso em análise. Manteve-se a multa de 75% prevista no art. 42, I do mesmo texto normativo.

Por fim, a Turma ainda se manifestou quanto à alegação de que a multa aplicada teria caráter confiscatório. O órgão julgado asseverou que não é competência dos órgãos julgadores administrativos aferir a constitucionalidade ou não de preceito legal plenamente válido.

Em 29/04/2008, foi interposto Recurso Voluntário (proc. fls. 382 a 408).

De início alegou que as contribuições previdenciárias deveriam ter a mesma sorte do IRPJ, ou seja, o reconhecimento da decadência relativamente aos meses de janeiro a novembro de 2001.

Afirmou que não seria possível a aplicação do art. 95 do Decreto nº 4.524/02, tendo em vista que de conformidade com o art. 144 do CTN, o lançamento tributário reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e rege-se pela lei então vigente.

Desta forma, vez que os fatos geradores em tela ocorreram no ano-calendário de 2001, não é possível a aplicação de legislação posterior, sob pena de afronta ao princípio constitucional da anterioridade tributária.

Ademais, ainda que não se entenda desta forma, não é cabível a aplicação do art. 45 da Lei nº 8.212/91, pois de acordo com o art. 146, III, "b" da Constituição Federal, apenas Lei Complementar tem competência para versar sobre normas gerais de direito tributário em relação à prescrição e à decadência tributária, e o CTN, que foi recepcionado com *status* de Lei Complementar, prevê o prazo decadencial de 5 anos.

A Recorrente apresentou vasta jurisprudência dos Tribunais Superiores e do Conselho de Contribuintes que afastam a aplicação do prazo decadencial previsto no art. 45 da Lei nº 8.212/91.

Referente à presunção de omissão de receita, alegou a nulidade do lançamento realizado vez que o mesmo foi realizado sem considerar as particularidades das atividades desenvolvidas pela Recorrente.

A Postulante asseverou que está devidamente comprovado nos autos que foi ofertado à tributação o montante correspondente a aproximadamente 9% de toda a movimentação financeira. Esclareceu que este percentual é compatível com o considerado usual pelo Fisco nas operações realizadas pelas agências de turismo. Desta forma, entende afastada a presunção legal de omissão de receitas.

Por fim, mais uma vez a contribuinte alegou que a aplicação da presunção legal no caso em análise é incompatível com o princípio da capacidade contributiva e com a garantia da estrita legalidade tributária.

É o relatório.

Voto

Nara Cristina Takeda Taga, Conselheira Relatora.

O Recurso preenche os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

De início é necessário ressaltar que a contribuinte, a despeito de questionar o procedimento de emissão de Requisições de Informações sobre Movimentações Financeiras – RMF quando da Impugnação, bem como do percentual da multa aplicada, o mesmo não o fez nas razões constantes do Recurso Voluntário em análise. Destarte, estas matérias encontram-se preclusas.

No que tange à preliminar de decadência, assiste razão a Recorrente. A DRJ em Ribeirão Preto reconheceu a decadência dos créditos de IRPJ referentes aos meses de janeiro à novembro, no entanto, no que concerne às contribuições previdenciárias, o órgão julgador a quo alegou que o prazo decadencial seria de 10 anos e manteve a exação.

Ocorre que, o Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões, editou a súmula vinculante nº 8 que atesta a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, bem como do parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei nº 1.569/77. Destarte, não há que se falar em prazo decenal para as contribuições previdenciárias.

Súmula Vinculante nº 8: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Neste diapasão, da mesma forma que os créditos relativos ao IRPJ dos meses de janeiro a novembro do ano-calendário de 2001 foram exonerados, os créditos de PIS, COFINS, CSLL e Contribuição para a Seguridade Social – INSS devem ter mesma sorte.

No mérito, determina a Lei nº 9.430/96 em seu art. 42 que presumem-se omissas as receitas ou rendimentos creditados em instituições financeiras, cuja a origem não seja comprovada pelo contribuinte, vide:

Lei nº 9.430/96 **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.

Tendo em vista que a empresa fiscalizada é optante do SIMPLES, a apuração de omissão de receita tem regime previsto no art. 24 da Lei nº 9.249/95 que assim dispõe:

Art. 24: Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

Em complemento, o art. 18 da Lei nº 9.317/96 determina que as presunções de receita atinentes às microempresas e empresas de pequeno porte devem ser apuradas com fundamentos nos livros e documentos a que estiverem obrigadas a manter e de conformidade com a legislação de regência do imposto de renda. Confira-se **Art. 18.** Aplicam-se à

microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existente nas legislações de regência dos impostos e contribuições de que trata esta Lei, desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas.

Desta forma, cabível a aplicação da presunção legal prevista no art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Vale mencionar que a presunção prevista no dispositivo retrocitado é relativa, ou seja, o contribuinte, a qualquer momento, pode comprovar a origem das receitas e ilidir tal presunção, o que não ocorreu.

A Recorrente em nenhum momento efetivamente comprovou a constante alegação de que do total das receitas apuradas, apenas 10% são receitas da empresa. Como é sabido, a mera alegação não é hábil a refutar a exação imputada. Faz-se necessário a juntada de documentação idônea para tanto.

Segundo a autoridade fazendária, a contribuinte apresentou documentos referentes a um dia de cada mês escolhidos de forma aleatória. Não há que se entender comprovada a origem de receitas se a Postulante não apresenta a documentação fiscal e contábil em sua integralidade. Portanto, entendo que persiste a presunção legal prevista no art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao Recurso Voluntário interposto para manter o crédito tributário relativo às contribuições previdenciárias apenas no tocante ao mês de dezembro de 2001, tendo em vista que os demais meses foram alcançados pela decadência.

Decisão: Por unanimidade de votos, foi SOBRESTADO o julgamento por se tratar de tema sob repercussão geral

Nara Cristina Takeda Taga - Relatora