



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

Processo nº 10945.005617/2007-90
Recurso nº 168.065 Voluntário
Acórdão nº 1401-00.580 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de maio de 2011
Matéria AI - SIMPLES
Recorrente T R S TRANSPORTE RODIVIÁRIO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2004

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA.

Os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, caracterizam-se como omissão de receitas.

CONTRATOS DE MÚTUO. COMPROVAÇÃO.

Para que os contratos de mútuo possam ser considerados hábeis e idôneos a comprovarem a origem dos depósitos bancários, é necessário que estejam acompanhados de documentos que confirmem a sua efetividade, em especial o trânsito de numerário entre os contratantes.

MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE

No caso de lançamento de ofício, há previsão legal (art.44, I, da Lei nº 9.430/96) para a aplicação da multa no percentual de 75% (setenta e cinco por cento).

MULTA DE OFÍCIO. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. PERCENTUAL APLICÁVEL.

Considerando a legislação vigente à época dos fatos geradores, a qualificação da multa de ofício justifica-se quando caracterizado o evidente intuito de fraude (art. 44, II, da Lei nº 9.430/96).

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995 é legítima a utilização da taxa SELIC no cálculo dos juros moratórios (Súmula CARF nº 4).

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004

NORMAS VEICULADAS EM LEI. IMPOSSIBILIDADE DE SEREM AFASTADAS SOB FUNDAMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

No âmbito do processo administrativo fiscal, é vedado ao órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade (art.26-A do Decreto nº 70.235/72; Súmula CARF nº 2).

AMPLA DEFESA. CERCEAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA.

Não há que se falar em cerceamento de direito de defesa quando todas as razões de fato e de direito que interessam às autuações foram devidamente explicitadas nos autos de infração e Termo de Verificação Fiscal cientificados ao contribuinte, mormente quando foi este quem forneceu à fiscalização os documentos que embasaram os lançamentos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em afastar a preliminar de nulidade, e, no mérito, pelo voto de qualidade, dar provimento parcial ao recurso para reduzir a multa de ofício a 75% (setenta e cinco por cento), apenas com relação à omissão de receitas escrituradas e não declaradas pelo contribuinte (Infração 02 - Diferença de Base de Cálculo), nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, Maurício Pereira Faro e Sérgio Luiz Bezerra Presta, que ampliavam a desqualificação da multa de ofício com relação a todas as receitas omitidas.

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner – Presidente

(assinado digitalmente)

Eduardo Martins Neiva Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Viviane Vidal Wagner, Antonio Bezerra Neto, Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Maurício Pereira Faro, Sérgio Luiz Bezerra Presta e Eduardo Martins Neiva Monteiro.

Relatório

Trata-se de autos de infração referentes a exigências de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e Contribuição Previdenciária, apuradas no âmbito do SIMPLES, ano-calendário 2004, que totalizam R\$1.011.168,20, sobre o qual incidem juros de mora e multa de ofício, aplicada no percentual de 75% e 150%, com ciência em 04/10/07 (fl.279-v).

No **Termo de Verificação Fiscal** (fls.217/222) descreveu-se, em síntese:

01 – Omissão de receitas. Depósitos bancários não contabilizados

- a) não foi contabilizada a movimentação bancária relativa às contas mantidas no Banco do Brasil S.A e na Cooperativa de Crédito Rural Costa Oeste – SICREDI, conforme extratos disponibilizados pelo próprio contribuinte;
- b) verificou-se que alguns dos créditos bancários decorreram de vendas contabilizadas (planilha “*Créditos Decorrentes de Vendas*” – fl.123);
- c) devidamente intimado, o contribuinte não esclareceu, com documentação hábil e idônea, a regularidade tributária dos demais recursos que transitaram pelas contas e que deixaram de ser escriturados (planilha “*Depósitos e Créditos Bancários sem Origem*” – fls.124/128), o que caracteriza omissão de receitas nos termos do art.42 da Lei nº 9.430/96;
- d) considerou-se como “*receita omitida a tributar*” a “*diferença entre a soma dos valores creditados em conta bancária sem origem comprovada e os valores de receita declarados pela contribuinte em sua Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica*”;

02 – Omissão de Receitas. Diferenças de base de cálculo. Vendas não declaradas

- e) deixaram de ser declaradas algumas receitas de vendas e prestação de serviços (planilha “*Comparativo: valores contabilizados e valores declarados*” – fl.120). Tais valores foram considerados como omissão de receitas, vez que não foram levadas à apuração da base de cálculo do SIMPLES;

03 – Insuficiência de Recolhimentos

- f) “*As Omissões de Receita, descritas nos itens anteriores, consubstanciam valores de receita que deveriam ter sido considerados, pela contribuinte, como recebidos durante os meses de janeiro a dezembro de 2004. Tais valores influem na receita acumulada até cada um dos meses, e em consequência na base de cálculo do SIMPLES por todo o ano-calendário de 2004*”;

Quanto à qualificação da multa de ofício, apontou a autoridade fiscal:

“(…) A contribuinte não escriturou sua movimentação financeira no Banco do Brasil S.A. e na Cooperativa de Crédito Rural da Costa Oeste - SICREDI. Em tese, a contribuinte, fraudou a fiscalização tributária omitindo operações bancárias em seus livros contábeis e fiscais que são exigidos pela lei fiscal.

A contribuinte entregou sua Declaração PJSI 2005 — SIMPLES — ano-calendário de 2004 (fls. 198 a 215), sem declarar a totalidade de suas receitas, uma vez que, além de omitir suas receitas consubstanciadas por depósitos e créditos bancários de origem não comprovada, não considerou na base de cálculo do SIMPLES a totalidade de suas receitas de vendas e prestação de serviços que contabilizara, não oferecendo, portanto, à tributação a totalidade de suas receitas. Em tese, a contribuinte, omitiu informação às autoridades fazendárias.

Em tudo, e em tese, a contribuinte cometeu crime tributário ao omitir declaração sobre fatos para eximir-se, parcial ou totalmente, do pagamento de tributos.”

Os lançamentos foram considerados procedentes em **primeira instância** (fls.679/701).

No **Recurso Voluntário** (fls.707/725) interposto tempestivamente o sujeito passivo sustenta, em preliminar, **cerceamento do direito de defesa**, vez que deveria ter sido cientificado de todos os documentos que dão sustentação aos lançamentos, não apenas do auto de infração. “*Não bastasse, como a cientificação do auto de infração ocorreu em 04/10/2007 por via postal, somente em data de 22/10/2007 o processo chegou à Agência da Receita Federal de Marechal Cândido Rondon. Significa dizer, somente a partir desta data o processo se encontrava disponível para consulta*”.

Quanto ao mérito, inicialmente aduz que nos autos estaria comprovada a origem dos depósitos bancários, decorrentes de “operações realizadas pela empresa Bianchesse”:

“(…) a atividade desenvolvida pela autuada, envolve baixa rentabilidade, mas por consequência, envolve alto valor de movimentação financeira.

Assim, diante das dificuldades inerentes ao comércio, principalmente no comércio de compra e venda, é comum o sistema de parcerias entre empresas.

Outro fator comum ao comércio de compra e venda de suínos é a necessidade de formação de lotes para a venda.

Assim, em muitas oportunidades, os frigoríficos não compram a matéria-prima, senão em quantidade previamente determinada.

Desta forma, no ano de 2004, a autuada realizou operações de compra e venda de suínos, tendo sempre a empresa Bianchesse & Silva Ltda, a seu lado, também realizando compra e venda de suínos vivos.

Diante das dificuldades inerentes ao setor, as empresas se auxiliaram através de mútuos (contratos de mútuos anexos) quando da necessidade de capital de giro para uma e para outra empresa.

Assim, durante o exercício de 2004, inúmeros foram os depósitos realizados em conta da autuada, que tinham como origem a venda de suínos realizada pela empresa Bianchessi & Silva Ltda.

Significa dizer, a empresa Bianchessi tinha créditos para receber referente a venda de suínos, mas não possuía compromisso de pagar os fornecedores naquele dia, então, diante da necessidade de caixa da empresa TRS, a empresa Bianchessi realizava o empréstimo através do mútuo.

Ato contínuo a empresa TRS efetuava a devolução dos valores para a empresa Bianchessi, de forma que esta pudesse efetuar o pagamento para seus fornecedores de matéria, quando do vencimento de suas compras.

Assim, deu-se durante o ano de 2004, as negociações envolvendo as empresas TRS Transportes Rodoviários e Bianchessi & Silva Ltda.

Conforme se observa das planilhas anexadas, bem como notas fiscais da empresa Bianchessi, não se pode falar de forma alguma em receitas omissas. Trata-se puro e simplesmente de operações de mútuo, envolvendo as duas empresas.

Diga-se, que as operações foram realizadas, não por sociedade oculta ou por quebra dos princípios contábeis, mas simplesmente por necessidade de caixa, que ora afetava uma empresa, ora afetava outra.

Foi, por assim dizer, a forma encontrada para as empresas sobreviverem no mercado — ao menos durante o exercício de 2004.

Nas planilhas anexadas, que são a princípio, cópia das planilhas de depósitos bancários apresentadas pelo agente fiscal, que em muitos casos os depósitos eram decorrentes de saldo das vendas realizadas pela empresa Bianchessi, que eram depositados na empresa TRS.

Ou seja, a empresa Bianchessi efetuava uma venda de produto para a empresa compradora, já determinava à empresa compradora para que efetuasse depósitos diretos para os fornecedores, e o saldo era por ocasião dos contratos de mútuo depositados para a empresa TRS.

Quando não havia depósitos para terceiros, os valores eram depositados integralmente na conta da TRS, como se observa por exemplo dos depósitos realizados em 26/10/2004, 27/10/2004 e 28/10/2004, através dos pagamentos realizados pela empresa Sadia S/A, efetuados diretamente na conta da empresa TRS, mediante seção de créditos realizado pela Empresa Bianchessi.

Logo, não existe motivo para a autuação sobre os valores depositados em conta corrente do banco do Brasil e Sicredi como sendo ditos valores receitas omitidas. São tais valores, em sua maioria decorrentes dos contratos de mútuo realizados entre as empresas.

As planilhas, contratos de mútuo e notas fiscais anexas demonstram todo o alegado.

Também, junta-se cópia dos livros de saídas da empresa Bianchessi & Silva Ltda, demonstrando o lançamento das respectivas notas fiscais por aquela empresa.

Alega ainda o recorrente:

- a) haveria excesso de exigência, decorrente de interpretação equivocada no art.23, §3º, da Lei nº 9.317/96;
- b) para os recolhimentos realizados a menor, não se poderia “...falar em lançamento de ofício com exigência de multa, mas tão somente na cobrança de juros e multa decorrentes do pagamento com atraso, tudo conforme previsão do artigo 61 da Lei 9.430/1996”;
- c) a qualificação da multa de ofício não se justificaria à luz do relato fiscal, tampouco diante da caracterização de omissão de receitas decorrente de declaração inexata e presunção decorrente de depósitos sem origem comprovada. Feriria, também, os princípios do não-confisco e da proporcionalidade estrita;
- d) inconstitucionalidade da taxa SELIC.

É o que importa relatar.

Voto

Conselheiro Eduardo Martins Neiva Monteiro, Relator.

Da preliminar de nulidade

Quanto à suposta falta de acesso, quando da ciência dos autos de infração, às cópias dos documentos que embasaram os lançamentos, cabe dizer que da leitura da impugnação não se vislumbra na hipótese qualquer prejuízo ao direito de defesa.

O mérito das autuações foi questionado com as provas que o sujeito passivo entendeu suficientes para infirmá-las, o que se confirma com fato de no recurso voluntário, interposto quase um ano após a entrega da impugnação, nenhum outro documento ter sido anexado, mesmo com o não acolhimento de suas alegações em primeira instância.

Ademais, afora os documentos entregues ao fisco federal (v.g., declarações de rendimentos), os demais que lastrearam os lançamentos, inclusive os extratos bancários, foram fornecidos pelo próprio contribuinte, motivo pelo qual não se sustenta a alegação de desconhecimento.

Além disso, conforme documento de fl.279, foi encaminhado em anexo aos autos de infração o respectivo Termo de Verificação Fiscal, onde estão detalhadas todas as providências relacionadas à auditoria. Se o sujeito passivo realmente sentia-se lesado pelo fato que alega, de que somente dezoito dias após a ciência os autos foram disponibilizados para consulta na Agência da Receita Federal em Marechal Cândido Rondon, poderia ter formalizado sua indignação à autoridade responsável por aquela unidade.

Não demonstrado no caso concreto o prejuízo ao exercício do direito de defesa, não há razão para se declarar a nulidade dos autos de infração. Indefere-se, portanto, a preliminar suscitada.

Da suposta comprovação da origem dos depósitos bancários

Já na impugnação, o sujeito passivo alegou que os valores dos depósitos bancários representariam, na verdade, mútuos com a sociedade Bianchessi & Silva Ltda – Suimaxi Nutrição Animal, cujos contratos constam das fls. **530/657**. Acertadamente a decisão de primeira instância não os aceitou como prova hábil a infirmar a presunção de omissão de receitas, mormente porque o sujeito passivo não apresentou outros elementos que pudessem confirmar que os depósitos em questão realmente decorreram de tais ajustes.

Adoto neste voto as razões de decidir da DRJ – Curitiba (PR), *in verbis*:

“24. Na peça impugnatória, às fls. 300/302, a interessada juntou uma planilha relacionando depósitos efetuados em sua conta do Banco do Brasil, que compuseram a base de cálculo da autuação, com notas fiscais emitidas pela empresa Bianchese & Silva Ltda, cujas cópias foram anexadas às fls. 303/427. O mesmo foi feito com relação aos depósitos efetuados na conta do Sicredi, conforme planilha de fls. 428/431 e cópia de notas fiscais de fls. 432/529. Às fls. 530/597, a impugnante juntou cópia de contratos de mútuo firmadas entre ela, na condição de mutuária, e a Bianchese & Silva Ltda, como mutuante.

25. No entanto, não há como aceitar a justificativa apresentada pela litigante, no sentido de que a origem dos depósitos bancários se explica a partir de contratos de mútuo, que os ingressos corresponderiam a pagamentos efetuados por clientes da parceira Bianchese.

26. Inicialmente, cumpre reconhecer que os valores trazidos pela impugnante apresentam consistência em relação às quantias depositadas (...). Verifica-se que há de fato uma equivalência entre os valores constantes nas notas fiscais e a soma do valor depositado na conta da empresa autuada com o depósito para terceiro. Além disso, os totais depositados também guardam correspondência com os valores pactuados nos contratos de mútuo.

.....

27. No entanto, importa frisar que a coincidência dos dados, por si só, não basta para a formação da convicção de que os fatos realmente ocorreram da forma como a interessada descreveu na peça impugnatória. Ela afirma que os valores eram depositados por clientes da Bianchese, sem, entretanto, trazer qualquer documentação bancária que comprovasse o efetivo depósito, com identificação do depositante, e coincidentes em valor e data da transferência. Tampouco consta nos autos comprovação de que o contribuinte tenha cumprido sua obrigação nos referidos contratos, ou seja, que tenha devolvido os supostos empréstimos contraídos com sua parceira. Tal comprovação seria simples, já que tratar-se-ia de anexar comprovantes de depósitos por ela efetuados em favor do outro contratante. E os denominados

"depósitos para terceiros", além de desacompanhado de qualquer documento que lhes dê suporte, sequer são explicados em sua essência pela impugnante.

28. Em suma, faltou à impugnante comprovar o efetivo trânsito de numerário entre as partes envolvidas, que ela alega ter ocorrido, em virtude de empréstimos particulares.

29. Observe-se ainda que os contratos de mútuo, juntados às fls. 530/597, foram elaborados à margem de registro público, além de terem sido assinadas somente pelas partes contratantes, sem testemunhas. É certo que os contratos firmados pelos contribuintes necessitam de certas formalidades para que tenham eficácia perante o fisco. Uma dessas exigências é o registro público, conforme determina o art. 127, I da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos), e o art 221 do novo Código Civil, a seguir transcritos:

Art. 127 No registro de títulos e documentos será feita a transcrição:

I — dos instrumentos particulares, para a prova das obrigações convencionais de qualquer valor.

Art. 221 O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.

30. Registre-se, de pronto, que as meras formalidades a serem observadas nos contratos particulares dos contribuintes, por si só, entendemos, não são aptas a descaracterizar operações previstas no contrato, já que estas podem ser comprovadas por outros meios. Aliás, um contrato firmado, revestido de todas as solenidades legais previstas, constitui mera presunção de que foi executado, mas obviamente não implica necessariamente que as obrigações nele constantes foram cumpridas. O que importa, para efeito da validade de contrato, é a comprovação do efetivo cumprimento do objeto contratual. Com base nesse entendimento, é lícito afirmar que, mesmo diante da ausência de firma reconhecida dos contraentes e de registro público do instrumento particular, como é o caso em tela, um contrato de mútuo pode ser comprovado pela demonstração inequívoca de que foi executado nos moldes convencionados.

31. Não é esta, porém, a situação que ora se afigura, pois é essencial para a formação da convicção do julgador a comprovação da efetiva entrega dos recursos entre partes."

A decisão ainda mencionou decisões proferidas pelo extinto Primeiro Conselho de Contribuintes no sentido de que os mútuos devem ser comprovados com a efetiva transferência de numerários (acórdãos nºs 101-94.013, 103-19.620 e 106-11.633). Podemos mencionar, ainda, os seguintes julgados:

DEPÓSITOS BANCÁRIOS - OMISSÃO DE RENDIMENTOS - Presume-se a omissão de rendimentos sempre que o titular de conta bancária, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento (art. 42 da Lei nº. 9.430, de 1996). Matéria já assente na CSRF. CONTRATOS DE MÚTUO - Contratos Particulares de Mútuo, apresentados de forma isolada, não são documentos hábeis suficientes para justificar a origem de recursos utilizados em operações de depósitos bancários. Recurso negado. (1ªCC, 4ª Câmara, Acórdão nº 104-21.734, de 26/07/06)

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS - Caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta corrente de depósitos ou investimentos, mantida junto a instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. MÚTUO. COMPROVAÇÃO - A efetividade da realização de mútuo há que ser comprovada mediante prova da transferência dos recursos financeiros mutuados. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. É aplicável a multa de ofício qualificada de 150 %, naqueles casos em que restar constatado o evidente intuito de fraude. A conduta ilícita reiterada ao longo do tempo, descaracteriza o caráter fortuito do procedimento, evidenciando o intuito doloso tendente à fraude. Recurso Negado. (1ªCC, 1ª Câmara, Acórdão nº 101-96.703, de 18/04/08)

NULIDADE- SIGILO BANCÁRIO - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001- INOCORRÊNCIA- Não cabe alegação de quebra de sigilo bancário no caso de entrega espontânea à fiscalização de extratos das respectivas contas obtidos pelo sujeito passivo diretamente dos bancos de que é cliente. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS - Caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta corrente de depósitos ou investimentos, mantida junto a instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. PROVAS - As provas somente alcançadas após a impugnação devem ser consideradas em grau de recurso, e sua confirmação pela fiscalização produz o efeito de reduzir a matéria tributável. MÚTUO. COMPROVAÇÃO - A efetividade da realização de mútuo há que ser comprovada mediante prova da transferência dos recursos financeiros mutuados (...). (1ªCC, 1ª Câmara, Acórdão nº 101-96.446, de 09/11/07)

No caso concreto, acrescente-se que de acordo com os respectivos contratos, “a devolução dos valores será realizada durante o exercício de 2004, preferencialmente por seção (sic) de crédito junto a fornecedores de suínos”. Em momento algum, fez-se prova nos autos da adimplência de tal obrigação.

À vista do exposto, o recorrente não comprovou que os negócios jurídicos documentados nos contratos anexados de fato chegaram a se concretizar, razão pela qual não podem ser considerados para fins de comprovação da origem dos depósitos bancários em tela.

Da base de cálculo

Na determinação do *quantum* devido, os percentuais aplicáveis sobre a receita bruta e a respectiva fundamentação legal constam do demonstrativo de fls. **223/224**.

O recorrente alega que a fiscalização aplicou equivocadamente, quando a receita acumulada ultrapassou R\$ 1.200.000,00, o percentual de 10,32% em vez de 8,4%. Como bem posto na decisão de primeira instância, não se mostra adequada tal interpretação conferida ao art. 23, § 3º, da Lei nº 9.317/96, pelos seguintes fundamentos, aqui adotados:

“(...) 35. A reclamação é insubsistente, e resulta de interpretação equivocada do dispositivo citado. Transcreve-se a seguir os arts. 5º e 23 da Lei nº 9.317, de 1996, com a redação dada pelo art. 3º da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998:

Art. 5º II - para a empresa de pequeno porte, em relação à receita bruta acumulada dentro do ano-calendário;

.....

e) de R\$ 600.000,01 (seiscentos mil reais e um centavo) a R\$ 720.000,00 (setecentos e vinte mil reais): 7% (sete por cento).

f) de R\$ 720.000,01 (setecentos e vinte mil reais e um centavo) a R\$ 840.000,00 (oitocentos e quarenta mil reais): sete inteiros e quatro décimos por cento; (Incluída pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998)

g) de R\$ 840.000,01 (oitocentos e quarenta mil reais e um centavo) a R\$ 960.000,00 (novecentos e sessenta mil reais): sete inteiros e oito décimos por cento; (Incluída pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998)

h) de R\$ 960.000,01 (novecentos e sessenta mil reais e um centavo) a R\$ 1.080.000,00 (um milhão e oitenta mil reais): oito inteiros e dois décimos por cento; (Incluída pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998)

i) de R\$ 1.080.000,01 (um milhão, oitenta mil reais e um centavo) a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais): oito inteiros e seis décimos por cento; (Incluída pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998)

Art. 23. Os valores pagos pelas pessoas jurídicas inscritas no Simples corresponderão a:

(...)

3º A pessoa jurídica cuja receita bruta, no decurso do ano-calendário, exceder ao limite a que se refere o inciso II do art. 2º, adotará, em relação aos valores excedentes, dentro daquele ano, os percentuais previstos na alínea e do inciso II e nos §§ 2º, 3º, inciso III ou IV, e § 4º, inciso

III ou IV, todos do art. 5º, acrescidos de 20% (vinte por cento), observado o disposto em seu § 1º.

36. A interessada alega, sem razão, que o acréscimo de 20% deve ser aplicado em relação ao percentual estipulado no art. 5º, inciso II, "e" da Lei nº 9.317/96, que é de 7,0%, do que resultaria a alíquota de 8,4%. Contudo, a Lei nº 9.732/98 introduziu novas faixas de receita bruta para o Simples, e acrescentou as alíneas "f" a "i" no dispositivo mencionado. Assim, apesar de o art. 23, §3º não ter sido alterado, prevalece a interpretação sistemática e lógica, segundo a qual o acréscimo de 20% incide sobre a maior faixa de receita bruta que, à época dos fatos, era de R\$ 1.200.000,00, que corresponde ao percentual de 8,6%, resultando na alíquota majorada de 10,32%. A Instrução Normativa SRF nº 34, de 30/03/2001, em seu art. 11, veio a confirmar tal entendimento:

Art. 11. A empresa de pequeno porte cuja receita bruta, no decurso do ano-calendário, exceder ao limite de receita bruta acumulada de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), sujeitar-se-á, em relação aos valores excedentes, a partir, inclusive, do mês em for que verificado o excesso, aos seguintes percentuais:

I - 10,32% (dez inteiros e trinta e dois décimos por cento) correspondentes aos impostos e às contribuições referidos no § 1º do art. 5º;

II - 0,6% (seis décimos por cento), correspondente ao IPI, caso seja contribuinte deste imposto;

III - dos percentuais máximos atribuídos nos convênios que hajam sido firmados pela unidade federada e pelo município para as empresas de pequeno porte, acrescidos de 20% (vinte por cento)."

Em corroboração a esta interpretação, mencione-se a alteração empreendida no art.23, §3º, da Lei nº 9.317/96, pela Medida Provisória nº 275/06, convertida na Lei nº 11.307/06, que também introduziu novas faixas de receita bruta, estabeleceu que, com relação aos valores excedentes ao limite de receita estabelecido, adotar-se-ia o maior percentual previsto, ou seja, o estabelecido na alínea "t" (12,6%), acrescido de 20% (vinte por cento).

Não se acolhe, portanto, tal alegação de defesa.

Da multa de ofício

A multa de ofício foi aplicada no percentual de 75% (setenta e cinco por cento), com relação às exigências das diferenças decorrentes da aplicação de percentuais maiores sobre as receitas declaradas, levando-se em consideração a omissão comprovada pela fiscalização.

Ao contrário do que pensa o recorrente, à luz do art.44, I, da Lei nº 9.430/96, não há se falar em aplicação de multa de mora, tendo agido corretamente a fiscalização.

Com relação às demais infrações - omissão de receitas derivada da falta de comprovação da origem de depósitos bancários e do não oferecimento à tributação de receitas de vendas e prestação de serviços contabilizados - a multa foi qualificada com base no art.44, II, da Lei nº 9.430/96, vigente à época dos fatos geradores, c/c art.71 da Lei nº 4.502/64:

Lei nº 9.430/96

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

.....

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido 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.

Lei nº 4.502/64:

Art.71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II – das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Quanto ao não oferecimento à tributação de receitas de vendas e prestação de serviços contabilizados, entendo que o evidente intuito de fraude não restou evidenciado pela fiscalização, mesmo diante do fato de que deixaram de ser declaradas receitas cujo montante superou 4,6 milhões de reais.

É importante notar que tais receitas foram devidamente escrituradas, como atesta a própria autoridade fiscal e se depreende dos autos. Além do mais, decisivo para se afastar a conclusão de que o contribuinte tenha se portado com evidente intuito de fraude é a constatação de que tais receitas correspondem exatamente àquelas decorrentes de vendas de mercadorias realizadas pela filial (“*Vendas de Mercadorias a Vista – Filial – 4.1.1.01.0004*”), como se nota da planilha de fl.120 (à exceção do mês de novembro - diferença de R\$5.412,90), o que denota a possibilidade de ter ocorrido um eventual erro no preenchimento da declaração simplificada, ou como afirma o recorrente, “*declaração inexata*”. O caso reclama a aplicação da Súmula CARF nº 14, de observância obrigatória:

“A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo”.

Tal conclusão é distinta quanto aos valores decorrentes da presunção de omissão de receitas por falta de comprovação da origem de depósitos em contas-correntes, considerando que as operações bancárias sequer chegaram a ser escrituradas.

Entendo que aquela fraude reclamada pela redação anterior do art.44, II, da Lei nº 9.430/96 consubstancia-se no ardil, no embuste, empregados como meios para impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, do fato gerador ou das condições pessoais do contribuinte. O fato gerador ocorre e o contribuinte, mediante artifícios, tenta impedir de alguma forma, ou mesmo retardar, que a autoridade o detecte.

É possível inferir das provas que alicerçaram a ação fiscal que o contribuinte livre e conscientemente direcionou seu agir para impedir ou retardar o conhecimento, por parte das autoridades fazendárias, da ocorrência do fato gerador. Como entender diferentemente se deixou de escriturar **depósitos bancários que totalizaram mais de 5 milhões de reais?** Caracterizado, diante desta conduta, o evidente intuito de fraude.

A aplicação da multa de ofício nos percentuais acima deu-se por expressa imposição legal. À autoridade fiscal cabe prestigiar a lei, não podendo dela se distanciar, ainda que sob argumentos de violação aos princípios da vedação ao confisco ou da proporcionalidade. Cabe lembrar que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (art.142, parágrafo único, do CTN).

Nesse contexto, ressalte-se que nem mesmo sob fundamento de inconstitucionalidade, a aplicação da lei pode ser afastada, nos termos do Decreto nº 70.235/72 e de entendimento já consolidado neste Conselho:

Decreto nº 70.235/72

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

Súmula CARF nº 2: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Da aplicação da taxa SELIC

Por fim, o cálculo dos juros moratórios com base na SELIC encontra abrigo legal, conforme firme jurisprudência do CARF, objeto do seguinte enunciado, que aqui se prestigia para afastar as alegações de inconstitucionalidade:

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.*

Processo nº 10945.005617/2007-90
Acórdão nº **1401-00.580**

S1-C4T1
Fl. 742

Pelo exposto, VOTO no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para reduzir a multa de ofício a 75% (setenta e cinco por cento), apenas com relação à omissão de receitas escrituradas e não declaradas pelo contribuinte (Infração 02 – Diferença de Base de Cálculo).

(assinado digitalmente)
Eduardo Martins Neiva Monteiro