



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

Processo n° 10945.007086/2007-70
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-003.405 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de setembro de 2018
Matéria OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente SANTANA ANDRADE & ANDRADE LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/10/2004

CONTABILIDADE. LANÇAMENTOS EM PARTIDAS MENSAIS. FALTA DOS DOCUMENTOS. ORIGEM CRÉDITOS/DEPÓSITOS BANCÁRIOS. NÃO COMPROVAÇÃO.

Lançamentos contábeis com movimentações em partidas mensais, sem livros auxiliares que apresentem registros analíticos e desacompanhados dos documentos correspondentes, não são hábeis a justificar a origem de depósitos/créditos em conta bancária de titularidade da contribuinte.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS CUJA ORIGEM NÃO FOI COMPROVADA.

Caracterizam omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituições financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados.

LANÇAMENTO COM BASE EM PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE.

O lançamento com base em presunção legal transfere o ônus da prova ao contribuinte em relação aos argumentos que tentem descaracterizar a movimentação bancária detectada.

SÚMULA 182 DO TFR. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO COM LANÇAMENTOS RELATIVOS A FATOS GERADORES OCORRIDOS SOB A ÉGIDE DE LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE.

A Súmula 182 do TFR, tendo sido editada antes do ano de 1988 e por reportar-se à legislação então vigente, não serve como parâmetro para

decisões a serem proferidas em lançamentos fundados em lei editada após aquela data.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/10/2004

SIGILO BANCÁRIO.

É lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar nº 105, de 2001, examinar informações relativas ao contribuinte, 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, independentemente de autorização judicial.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE.

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.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

Aplicam-se juros de mora por percentuais equivalentes à taxa Selic por expressa previsão legal

LANÇAMENTOS REFLEXOS: PIS, COFINS, CSLL E INSS - SIMPLES.

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário unicamente para afastar a qualificação da multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Caio Cesar Nader Quintella, Evandro Correa Dias, Leonardo Luis Pagano Goncalves, Lucas Bevilacqua

Processo nº 10945.007086/2007-70
Acórdão n.º **1402-003.405**

S1-C4T2
Fl. 373

Cabianca Vieira, Marco Rogerio Borges, Paulo Mateus Ciccone (Presidente), Eduardo Morgado Rodrigues e Edgar Braganca Bazhuni (Suplentes Convocados).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba (PR).

Adoto, em sua integralidade, o relatório do Acórdão de Impugnação nº **06-23.737 - 2ª Turma da DRJ/CTA**, complementando-o, ao final, com as pertinentes atualizações processuais.

Trata o processo de autos de infração exigindo os impostos e contribuições:

a) Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ – Simples, fls. 147/153, no valor de R\$ 6.348,85, devido a:

a. a omissão de receitas da atividade, relativas receitas não escrituradas identificadas como omissão devido a depósitos bancários cuja origem não foi esclarecida, nos meses 01 a 09/2004, com base no art. 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, a, 5º, 7º, § 1º e 18 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996; art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; art. 3º da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998; arts. 186, 188 e 199 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR de 1999 (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999);

b. insuficiência de recolhimento nos períodos de 02 e 10/2004, resultante da alteração nas alíquotas de recolhimento do Simples, em razão das omissões que aumentaram o valor das receitas; base legal nos arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, “a” a “f”, 5º, 7º, § 1º e 18 da Lei nº 9.317, de 1996; art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998; e arts. 186, 188 e 199 do RIR de 1999; art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996;

b) contribuição ao Programa de Integração Social – PIS – Simples, fls. 154/160, no valor de R\$ 6.348,85:

a. relativa à mesma infração, no período de 01 a 09/2004, com base no art. 3º, b da Lei Complementar nº 7, de 07 de setembro de 1970, c/c o art. 1º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 17, de 12 de dezembro de 1973; arts. 2º, I, 3º, 9º da Medida Provisória nº 1.249, de 14 de dezembro de 1995, e suas reedições; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, “b”, 5º, 7º, § 1º, e 18 da Lei nº 9.317, de 1996; art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998;

b. insuficiência de recolhimento nos períodos de 02 a 10/2004, com base legal no art. 3º, “b” da LC nº 7, de 1970 c/c art. 1º, parágrafo único, da LC nº 17, de 1973, arts. 2º, I, 3º e 9º da MP nº 1.249, de 1995, e suas reedições, art. 5º da Lei nº 9.317, de 1996; art; 3º da Lei nº 9.732, de 1998;

c) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL- Simples, fls. 161/167, no valor de R\$ 11.794,02:

- a. *relativa à mesma infração, fatos geradores de 01 a 09/2004, com base no art. 1º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, “c”, 5º, 7º, § 1º, e 18 da Lei nº 9.317, de 1996; art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998;*
- b. *insuficiência de recolhimento fatos geradores de 02 a 10/2004, com base legal no art. 1º da Lei nº 7.689, de 1988; art. 5º da Lei nº 9.317, de 1996; art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998.*
- d) *Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins-Simples, fls. 168/174, no valor de R\$ 23.588,06:*
- a. *relativa à mesma infração, fatos geradores de 01 a 09/2004, com base nos arts. 1º e 2º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, arts. 2º, § 2º, 3º, 1º, “d”, 5º, 7º, § 1º, e 18 da Lei nº 9.317, de 1996; art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998;*
- b. *insuficiência de recolhimento, fatos geradores de 02 a 10/2004, com base legal no art. 1º da LC nº 70, de 1991, art. 5º da Lei nº 9.317, de 1996; art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998;*
- e) *Contribuição para a Seguridade Social – INSS-Simples, fls. 175/181, no valor de R\$ 38.471,21:*
- a. *relativa à mesma infração, fatos geradores de 01 a 09/2004, com base nos arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, “f”, 5º, 7º, § 1º, e 18 da Lei nº 9.317, de 1996; art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998;*
- b. *insuficiência de recolhimento, fatos geradores em 02 a 10/2004, com base legal no art. 5º da Lei nº 9.317, de 1996; art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998.*
3. *Sobre os impostos e contribuições devidos exigem-se a multa de 150% (sobre as exigências de omissão de receitas) e 75% (sobre as exigências relativas à insuficiências de recolhimento) do art. 44, I e II da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, c/c o art. 19 da Lei nº 9.317, de 1996, e juros de mora segundo o art. 61, § 3º da Lei nº 9.430, de 1996.*
4. *Às fls. 137/138, encontram-se demonstrados pela fiscalização os percentuais aplicáveis sobre a receita bruta apurada do art. 23, II, da Lei nº 9.317, de 1996, com a redação do art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998; às fls. 139/143, o demonstrativo de apuração dos valores não recolhidos e às fls. 144/146, apuração do imposto/contribuição sobre diferenças apuradas.*
5. *Às fls. 134/135, no Termo de Verificação Fiscal, estão descritos os procedimentos de fiscalização e a autuação.*
6. *Cientificada em 07/12/2007, fl. 185, a interessada apresentou a impugnação tempestiva em 03/01/2008 (carimbo apostado com a data errada de 03/01/2007), fls. 189/219, e os documentos de fls. 220/249, por meio de seu procurador, fls. 254/255; às fls. 257/288, cópia da mesma impugnação.*
7. *Pleiteia preliminarmente a nulidade da autuação porque o lançamento baseou-se em mera presunção, dado que desconsiderou, ao argumento de que não eram hábeis nem idôneos, todos os documentos comprobatórios dos valores declarados e a procedência dos valores creditados em conta junto a*

instituição financeira apresentados pela contribuinte antes da lavratura do auto.

8. *Historia os fatos e acusa que os documentos que apresentou sequer foram analisados; reitera que demonstram ser im procedente a autuação e transcreve autores para destacar que o lançamento deve se pautar em fatos precisos e incontroversos, não se admitindo que se exijam imposto e multa desconsiderando elementos apresentados pela impugnante, na presunção de que esta omitiu receitas, apenas com base em extratos bancários; que as presunções devem ser encaradas cm cautela, inexistem presunções absolutas em direito tributário.*

9. *Assevera que comprovou a origem dos depósitos recebidos e é incabível exigir-lhe a produção da difícilima prova negativa; invoca a Súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos – TFR de que é ilegítimo lançamento arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários; aduz que a fiscalização não apresentou a menor prova de falsidade das informações e documentos que apresentou e que tais esclarecimentos da contribuinte só podem ser impugnadas pela autoridade lançadoras com elemento seguro de prova ou veemente indício de falsidade ou inexatidão.*

10. *Reitera que é nula a autuação que se utilizou de depósitos bancários como base para a presunção legal de omissão de receitas; que, sendo prova o ato de demonstrar que ocorreu ou deixou de ocorrer determinado evento, a presunção se insere no campo da prova, tratando-se de prova indireta, partindo-se de ocorrências de fatos secundários, indiciários, que apontam para o fato principal desconhecido, mas relacionado diretamente a fato conhecido, substituindo a correlação natural pela correlação lógica e apresenta a definição de que “presunção é o resultado do processo lógico mediante o qual o fato conhecido cuja existência é certa se infere o fato desconhecido cuja existência é provável”; que a presunção estabelece, a partir de uma correlação natural, uma correlação lógica entre o fato conhecido e o desconhecido, não podendo ser resultado da iniciativa criativa e original do legislador, mas somente se houver a certeza dessa correlação natural; que é erro adotar-se um conceito lato de presunção.*

11. *Que, no presente caso, essa inadequação está presente na presunção legal do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, posto que não há uma correlação lógica direta e segura entre depósitos bancários e omissão de receitas, dado que nem sempre o volume de depósitos injustificado leva ao rendimento omitido correlato, pelos seguintes motivos: não há experiência anterior a respeito, não há essa correlação natural, a movimentação bancária não corporifica fato gerador do imposto de renda, e cita jurisprudência de que se tratamos depósitos bancários não justificados somente de marco inicial de investigações, e ainda porque implica na transferência integral do encargo probatório para o contribuinte.*

12. *A questiona se o fisco terá vantagem em adotar a presunção legal do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, e entende que não, porque acarretou a lavratura de crédito tributário em montante estratosférico.*

13. *No mérito, afirma que comprovará a inexistência de omissão de receitas, tratando-se os créditos bancários de mera movimentação financeira inerente*

ao cotidiano da empresa e transcreve jurisprudência administrativa no sentido de que depósitos bancários não caracterizam por si só omissão de rendimentos.

14. Pleiteia a nulidade dos autos, investindo contra a quebra do seu sigilo bancário, protegido por cláusula pétrea da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 - CF de 1988, não podendo tal direito ser extinto ou diminuído por ato normativo qualquer do Poder Legislativo; afirma que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica nesse sentido, sendo apenas admissível mediante ordem de autoridade judiciária competente; e que, mesmo se reconhecido tal direito de as autoridades efetuarem a quebra do sigilo bancário em situações específicas, é vedada a publicidade dos dados inerentes ao investigado; que a Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, impediu que os dados fornecidos pelas instituições em razão da CPMF pudessem ser utilizados na constituição de crédito tributário relativo a outros impostos e contribuições, porém a Lei nº 10.174, de 2001, violando tudo o que a litigante expôs, passou a permiti-lo e ainda a Lei Complementar nº 105 de 10 de janeiro de 2001, e o Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, vieram permitir a quebra do sigilo bancário mediante ordem da autoridade fiscal, independentemente de autorização judicial; aduz que essa legislação, ainda que válida fosse, não poderia retroagir para fundamentar lançamentos anteriores à sua vigência.

15. Em síntese, que os dados das contas bancárias do contribuinte são sigilosos, protegidos constitucionalmente e só excepcionalmente pode a autoridade judicial utilizar-se da quebra do sigilo bancário, devendo, entretanto, guardar sigilo e a autoridade administrativa não pode utilizar esses dados para constituir créditos tributários, sob pena de praticar ato ilegal e inconstitucional.

16. Afirma ser incabível a multa aplicada de 150%, uma vez que não foi adequadamente caracterizado o evidente intuito de fraude; ressalta que o lançamento fiscal se baseou em presunção legal, mediante quebra de sigilo bancário, caracterizando como omissão os depósitos bancários não registrados na contabilidade e transcreve jurisprudência de que a multa qualificada não se aplica a esse caso.

17. Reclama que inexistente legislação definidora da utilização da Selic como taxa de juros moratórios sobre débitos fiscais; acusa a inconstitucionalidade, pois fere o art. 192, § 3º da CF de 1988, da cobrança da taxa Selic como juros de mora, e pleiteia que sejam de 1% ao mês, de acordo com o art. 161, § 1º do CTN; a utilização da Selic fere os princípios da legalidade e da hierarquia das leis, pois não foi criada por lei, mas por Circular do Banco Central e a Lei nº 9.065, de 1995, fere o art. 146, III, “b” da CF de 1988, pois lei ordinária não pode regulamentar matéria destinada à lei complementar; que o CTN, que tem força de lei complementar, já determinou que os juros serão de 1% ao mês, se a lei não dispuser em contrário; que não se pode ignorar dispositivo constitucional apenas porque depende de regulamentação; que a lei da Usura admite que a taxa de juros moratórios seja até o dobro do limite legal do Código Civil, ou seja, 1% ao mês ou 12% ao ano, enquanto que a Selic do mês de abril de 1995 foi determinada pelo

AD nº 12, de 2 de maio de 1995 em 4,26%! Que a Selic é de natureza remuneratória e não moratória ou de indenização, como reza a lei.

18. Conclui protestando pela posterior juntada dos documentos necessários ao deslinde da questão, em observância ao princípio da verdade material.

19. Acompanha o presente o processo nº 10945.007092/2007-27 de Representação Fiscal para Fins Penais – IRPJ.

O Acórdão de Impugnação nº 06-23.737 - 2ª Turma da DRJ/CTA julgou improcedente a Impugnação do contribuinte e manteve integralmente o crédito tributário, conforme a seguinte ementa:

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

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/10/2004

CONTABILIDADE. LANÇAMENTOS EM PARTIDAS MENSAIS. FALTA DOS DOCUMENTOS. ORIGEM CRÉDITOS/DEPÓSITOS BANCÁRIOS. NÃO COMPROVAÇÃO.

Lançamentos contábeis com movimentações em partidas mensais, sem livros auxiliares que apresentem registros analíticos e desacompanhados dos documentos correspondentes, não são hábeis a justificar a origem de depósitos/créditos em conta bancária de titularidade da contribuinte.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS CUJA ORIGEM NÃO FOI COMPROVADA.

Caracterizam omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituições financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados.

LANÇAMENTO COM BASE EM PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE.

O lançamento com base em presunção legal transfere o ônus da prova ao contribuinte em relação aos argumentos que tentem descaracterizar a movimentação bancária detectada.

SÚMULA 182 DO TFR. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO COM LANÇAMENTOS RELATIVOS A FATOS GERADORES OCORRIDOS SOB A ÉGIDE DE LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE.

A Súmula 182 do TFR, tendo sido editada antes do ano de 1988 e por reportar-se à legislação então vigente, não serve como parâmetro para decisões a serem proferidas em lançamentos fundados em lei editada após aquela data.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/10/2004

SIGILO BANCÁRIO.

É lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar nº 105, de 2001, examinar informações relativas ao contribuinte, 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, independentemente de autorização judicial.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. DOLO.

Considerando-se a intenção dolosa de ocultar os fatos geradores da obrigação tributária, aplica-se multa de ofício qualificada de 150% sobre os correspondentes impostos e contribuições sociais exigidos.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

Aplicam-se juros de mora por percentuais equivalentes à taxa Selic por expressa previsão legal

LANÇAMENTOS REFLEXOS: PIS, COFINS, CSLL E INSS - SIMPLES.

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal."

Do Recurso Voluntário

Inconformado com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, em que reitera os argumentos apresentados na peça impugnatória.

Voto

Conselheiro Evandro Correa Dias, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende ao demais requisitos, motivo pelo qual dele conheço.

Preliminares

Da alegação de nulidade do auto de infração face o lançamento do débito ter sido baseado em mera presunção

A Recorrente alega a nulidade dos Autos de Infração, em resumo, com os seguintes argumentos:

- Ao efetuar o lançamento e lavrar o presente Auto de Infração, o Fisco baseou-se em mera presunção, visto que desconsiderou todos os documentos fornecidos por esta, que ressalte-se, em sua opinião, foram suficientes para comprovar a origem dos depósitos em sua conta corrente.
- Não há necessidade do contribuinte optante pelo SIMPLES haver manutenção de contabilidade (Lei 9.317/96), lhe sendo permitido contabilizar da forma como desejar, desde que mantenha o livro caixa, não sendo permitido ao Fisco aplicar a mera presunção se não há obrigatoriedade na contabilização do contribuinte, conforme jurisprudência colacionada.
- A autuação baseada na presunção de omissão de rendimentos é completamente arbitrária, e, sendo assim, fica muito fácil para o Fisco visitar contribuintes e, por simples discricionariedade, exigir-lhes imposto e aplicar-lhes multa porque presume determinada infração.
- A jurisprudência brasileira é tranqüila em não admitir a mera presunção como meio de tributação. Com efeito, decidiu o já extinto, mas sempre Egrégio Tribunal Federal de Recursos. Cita a súmula 182 do TRF.
- A presunção legal estabelecida pelo art. 42 da Lei 9.430/96 colide com as diretrizes do processo de criação das presunções legais, pois a experiência haurida com os casos anteriores evidenciou que entre esses dois fatos não havia nexos causal, vale dizer, constatou-se não haver liame absoluto entre o depósito bancário e o rendimento omitido.
- Ainda que se pudesse afirmar que a presunção legal instituída pelo artigo 42 da Lei nº 9.430/96 resiste a todas as críticas, cabe perguntar se o Fisco terá vantagem em utilizá-la. Como regra, não! Com efeito, na execução

da auditoria, se o caminho adotado for simplesmente somar os depósitos e exigir do contribuinte a comprovação da origem dos recursos, tem-se a lavratura de autos de infração com crédito tributário de montante estratosférico, como no caso em questão.

Contata-se que a Recorrente atendeu parcialmente ao Termo de Início de Ação Fiscal, fazendo a entrega de livros fiscais e contábeis e, apenas, **documentos dos meses de outubro, novembro e dezembro/2004**. Com relação a extratos bancários a empresa não apresentou de nenhum mês e informou que os demais documentos faria a entrega posteriormente, todavia não se manifestou. (grifo nosso).

Com base em extratos bancários, obtidos através de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira-RMF, a Recorrente foi intimada a prestar esclarecimentos, por escrito, sobre origem dos valores depositados/creditados em sua conta corrente bancária nº 12.917-7, agência nº 0617-3, do Banco Bradesco S/A, **no período de janeiro a setembro/2004**.

Tendo em vista que não houve manifestação por parte da Recorrente e considerando o disposto no artigo 42 da Lei nº 9.430/96 (Artigo nº 287 do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto nº 3.000/99), ficou caracterizada omissão de receita o valor dos depósitos/créditos efetuados na conta bancária nº 12.917-7, agência nº 0617-3, mantida pela empresa no Banco Bradesco S/A, para os quais a empresa não comprovou a origem, apesar de regularmente intimada.

Verifica-se que na contabilidade efetuada pela empresa, em relação à movimentação financeira bancária junto ao Banco Bradesco S/A, registra créditos na conta Caixa, com contra-partida à débitos da conta Banco e vice-versa, por totais periódicos, não produzindo nenhuma alteração no Patrimônio da Sociedade. A escrituração do Livro Razão não permite a identificação de nenhum fato contábil/administrativo, em função de cada depósito/crédito bancário ou emissão de cheque, portanto não é possível identificar a origem dos depósitos, ou seja, o quê motivou aquele recebimento; nem qual destinação dada a cada um dos cheques, a qual pagamento se refere. Ressalta-se ainda que não foram apresentados os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração.

As empresas optantes pelo Simples devem manter a sua escrituração que registre toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária. Além dos documentos que serviram de base para a escrituração, nos termos do Art. 7º da Lei 9317/96.

Art. 7º A microempresa e a empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES apresentarão, anualmente, declaração simplificada que será entregue até o último dia útil do mês de maio do ano-calendário subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores dos impostos e contribuições de que tratam os arts. 3º e 4º .

§ 1º A microempresa e a empresa de pequeno porte ficam dispensadas de escrituração comercial desde que mantenham, em boa ordem e guarda e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes:

a) Livro Caixa, no qual deverá **estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária;**

b) Livro de Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário;

c) todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos livros referidos nas alíneas anteriores.

A Recorrente foi intimada para comprovar todos a origem dos depósitos/créditos no período em exame. Ressalta-se que todos os documentos apresentados pela Recorrente foram analisados pela Autoridade Fiscal, contudo são insuficientes para comprovar a origem dos depósitos/créditos no período em exame.

O art. 42 da Lei n.º 9.430/1996 caracteriza-se como caso típico de presunção legal de omissão de receitas, o crédito em conta corrente, cuja origem não seja comprovada e transfere o ônus da prova, de forma expressa, para o contribuinte.

A omissão de receitas pela manutenção de depósitos bancários sem comprovação da origem dos recursos tem jurisprudência administrativa firmada junto ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Pelo exposto, caberia à Recorrente a apresentação da prova da origem dos créditos relacionados. O art. 42 da Lei n.º 9.430/1996 atribuiu à referida ônus da prova e caso não apresentado, o mesmo artigo presume tal valor como receita omitida.

Cabe, ainda, esclarecer que não cabe a simples afirmação da Recorrente, as suas alegações tem que vir acompanhada de comprovação documental, salvo aquelas que puderem ser constatadas por uma simples análise de seus extratos bancários.

A Recorrente fundamenta seu entendimento na Súmula n.º 182 do antigo Tribunal Federal de Recursos. Só que tal dispositivo legal e entendimento é anterior ao que está disposto no art. 42 da Lei n.º 9.430/1996. Há que se esclarecer, também, que não se está tributado o crédito bancário, mas o valor representado por tal crédito, que quando não comprovado é presumido como omissão de receita, com base no dispositivo legal citado.

Com base no artigo 42 da Lei n.º 9.430/1996, cabe à interessada apresentar prova documental específica e individualizada para cada crédito bancário objeto da intimação fiscal, a fim de se comprovar a origem, isto é, comprovar que o crédito bancário "X" está relacionado com a receita "Y" ou com o empréstimo "Z" ou com outro fato comprovado "W". Caso não seja feita tal comprovação, tal crédito será considerado, com fulcro no artigo citado, omissão de receita, salvo, é claro, os créditos que deverão ser excluídos previsto no mesmo dispositivo legal.

Portanto não assiste razão à recorrente quanto à alegação de que ao efetuar o lançamento e lavrar o presente Auto de Infração, o Fisco baseou-se em mera presunção, pois a fiscalizada atendeu parcialmente à Fiscalização, apresentando documentos dos meses de outubro, novembro e dezembro/2004, e seus registro contábeis não permitem a identificação da origem dos depósitos/créditos efetuados em sua conta bancária.

Pelos argumentos acima expostos, devem ser rejeitadas as preliminares alegadas pela recorrente.

Mérito

A Recorrente alega que por meio da documentação acostada aos autos, fez prova da contabilização da movimentação financeira inerente ao cotidiano da empresa, demonstrando não ter incorrido em qualquer omissão de rendimentos. Insiste em colacionar decisões administrativas anteriores ao que está disposto no art. 42 da Lei n.º 9.430/1996.

Pelos mesmos argumentos já expostos nas preliminares, verifica-se que a Recorrente não comprovou a origem dos depósitos/créditos efetuados em sua conta bancária. Logo, resta clara a procedência do lançamento.

A Recorrente insiste, ainda, que a Autoridade Fiscal não poderá se utilizar dos dados referentes à conta bancária para constituir créditos tributários, sob pena de praticar ato ilegal e inconstitucional. Argumenta que, diante do exposto, face a evidente arbitrariedade da autuação na qual não houve a análise investigatória dos elementos embasadores do lançamento, e pela utilização indevida dos dados obtidos em razão da quebra do sigilo bancário, é que se requer a reforma da decisão da Delegacia, declarando-se a nulidade da autuação.

Em primeiro lugar, tal alegação não pode ser conhecida, uma vez que, de acordo, conforme determina a súmula 2 deste conselho "o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária."

Ademais, o procedimento adotado no presente trabalho fiscal foi legalmente autorizado pela nº 105/2001. Nesse sentido, é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 601.314/SP, submetido à sistemática da repercussão geral prevista no art. 543-B do CPC/73, concluiu pela constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/00. A mencionada decisão recebeu a seguinte ementa:

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

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

2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e

informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.

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

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

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

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

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

8. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (grifos no original)

Em face do exposto, improcedentes as alegações suscitadas.

Da aplicação da Multa Qualificada

A justificativa da Autoridade Fiscal para qualificar a multa reside no fato de que "a empresa não contabilizou/declarou corretamente sua movimentação financeira/receita para, em consequência, diminuir seu resultado tributável, efetuamos lançamento da multa de ofício, com base no inciso II do Artigo 957 do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto nº 3.000/99".

A Recorrente alega que a multa agravada não é cabível por não estar devida e adequadamente caracterizado o evidente intuito de fraude, já que conforme se demonstra dos autos, não foi provada ou caracterizada a presença de dolo na ação da contribuinte, não devendo ser a multa de ofício aplicada por mera presunção de que agiu com dolo a ora recorrente.

A Recorrente observa quer, em primeiro lugar, que o procedimento fiscal desenvolveu-se com base na presunção legal instituída no artigo 42 da Lei 9.430/96, ou seja, mediante quebra do sigilo bancário e caracterização da omissão de receita através de depósitos bancários que não foram registrados na contabilidade. Contudo, em momento algum apontou qualquer indício de fraude ou dolo por parte da contribuinte. É que para a aplicação da multa de ofício de 150% (cento e cinquenta por cento), a autoridade fiscalizadora deverá comprovar que o contribuinte agiu com dolo na prática do fato imponible, como definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964.

A Recorrente argumenta que os precedentes do CARF, colacionados ao recurso, derruem a pretensão do Fisco, na medida em que consideram falta simples, sem o intuito de fraude, omissão de receita em questão, para que se caracterize o evidente intuito de fraude, este deve estar minuciosamente justificado e comprovado, ensejando assim o lançamento da multa qualificado de 150%, o que não acontece no presente caso. Sendo assim, a falta de comprovação de origem relativa aos "depósitos bancários, caracteriza quando muito a falta simples de presunção de omissão de receitas, não caracterizando jamais o intuito de fraude como quer fazer entender o Fisco, devendo ser, portanto a multa de ofício reduzida.

Verifica-se que o cenário descrito pela Autoridade Fiscal se enquadra como simples apuração de omissão de receita, assunto que encontra-se pacificado no CARF por meio da súmula nº 14:

Súmula CARF nº 14: 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.

Logo, assiste razão a recorrente no seu pleito de redução da multa de ofício.

Da utilização da SELIC como taxa de juros moratórios sobre débitos fiscais.

A Recorrente alega que não se pode utilizar a taxa de referência SELIC como taxa de juros moratório para os créditos fiscais federais, como pretende a Lei nº 9.065/95, já que a mesma, não possui características de indenização, próprias dos juros moratórios.

A discussão da utilização da SELIC como taxa de juros moratórios encontra-se pacificado no âmbito do CARF através da súmula nº 4.

Súmula CARFnº 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 10945.007086/2007-70
Acórdão n.º **1402-003.405**

S1-C4T2
Fl. 386

Em face do exposto, deve ser afastada a alegação de que não se pode utilizar a taxa de referência SELIC como taxa de juros moratório para os créditos fiscais federais.

Conclusão

Ante o exposto, voto por rejeitar as preliminares de nulidade, no mérito, dar provimento parcial ao Recurso Voluntário para reduzir a multa de ofício para 75%.

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias