



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA TURMA ESPECIAL**

Processo nº 10950.000563/2007-05
Recurso nº 164.777 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXS.: 2004 e 2005
Acórdão nº 195-0.088
Sessão de 09 de dezembro de 2008
Recorrente MOURÃO FACÇÃO DE PEÇAS DO VESTUÁRIO LTDA
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR

Assunto: SIMPLES NACIONAL
EXERCÍCIO: 2004, 2005

Ementa: PRESUNÇÃO LEGAL - OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - ARTIGO 42, DA LEI Nº. 9.430, DE 1996 - Caracteriza omissão de rendimentos a existência de 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 comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS - DO ÔNUS DA PROVA - As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei.

SIMPLES - OMISSÃO DE RECEITAS - ULTRAPASSADO O LIMITE DA RECEITA BRUTA - Considerando que o contribuinte não comprovou a inexistência das receitas apuradas como omitidas e que essas, se somadas aos valores de receita bruta constantes de sua declaração - SIMPLES, excedem o limite estabelecido no art. 9º, inciso II, da Lei nº 9.317/96, não há como manter a sua opção pela sistemática do regime simplificado de tributação.

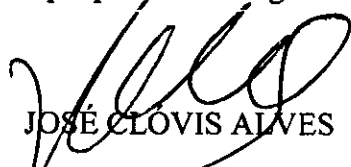
MULTA DE OFÍCIO - PERCENTUAL DE 75% - CONFISCO - INOCORRÊNCIA - Incabível se falar em confisco no âmbito das multas pecuniárias. O princípio constitucional do não-confisco se aplica, apenas, aos tributos.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA - "O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária." (Súmula 1º CC nº 2)

TAXA SELIC - JUROS DE MORA - "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" (Súmula 1º CC nº 4).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Quinta Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


JOSÉ CLOVIS ALVES
Presidente


BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR
Relator

Formalizado em: 03 FEV 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: WALTER ADOLFO MARESCH e LUCIANO INOCÊNCIO DOS SANTOS.

Relatório

Trata o presente de autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ – Simples; Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS – Simples; Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins – Simples; Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL – Simples e Contribuição para Seguridade Social – INSS - Simples.

O lançamento resultou de procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias da interessada, em que foram apuradas as seguintes infrações:

Omissão de Receitas – Depósitos Bancários não Escriturados: nos períodos de 01/2003, 03/2003, 04/2003 a 12/2003, 01/2004, 02/2004, 04/2004 a 12/2004.;

Insuficiência de Recolhimento: nos períodos de 07/2003 a 12/2003, 03/2004 a 06/2004;

Os demais autos de infração são decorrentes das mesmas infrações apuradas em relação ao IRPJ-Simples, sendo que resultaram na exigência dos seguintes valores, além dos encargos legais;

Imposto / contribuição	Principal	Multa
PIS – Simples	7.365,27	5.523,85
CSLL – Simples	13.144,87	9.858,56
Cofins – Simples	26.289,75	19.717,22
INSS – Simples	44.913,57	33.685,11

Cientificada, a interessada apresentou impugnação aos lançamentos, que se resume a seguir:

A) Lançamento pautado em mera presunção.

A autuada foi vitimada pelo lançamento pautado única e exclusivamente com base em presunções de fato e não de direito, o que, como reconhece a doutrina e jurisprudência, não são suficientes para fundamentar os lançamentos tributários, afigurando-se impertinente a relação feita pelo fisco entre movimentação financeira (CPMF) e renda efetivamente auferida com afronta ao artigo 43 do Código Tributário Nacional;

Apesar da fiscalização utilizar-se da exclusão de transferências entre contas do mesmo titular, resgates de aplicações financeiras, cheques devolvidos, estornos e empréstimos bancários, bem como os créditos comprovados com documentos de titularidade da empresa, ainda assim, a realidade da renda auferida pela empresa, fato gerador do IRPJ e que servira de base aos demais tributos objeto do lançamento não são retratadas de forma justa pelo cálculo simplista apresentado.

A movimentação do dinheiro e renda são expressões de tão diferentes acepções lingüísticas que as hipóteses de incidência dos tributos ventilados no termo trazem cada uma a sua peculiar expressão. Os saldos e, sobretudo, as saídas de numerário das contas bancárias – ressalte-se que os números são alusivos às saídas, já que são esses os fatos impositivos do CPMF – são retratos circunstanciais, sem absolutamente, possuir o condão de indicar renda auferida, tendo em vista que a movimentação financeira da empresa não se traduz necessariamente em renda, lucro ou faturamento para a empresa;

B) Da falta de razoabilidade na utilização da discricionariedade pelo fisco na consideração do lucro real por omissão de receita apurada

A ilustre representante do fisco, na efetuação do lançamento, descaracterizou a contabilidade apresentada pela empresa, e na delimitação da base de cálculo dos tributos considerou, absurdamente, todos os valores caracterizados como omissão de receitas como se tratassem de aumento no patrimônio por parte da autuada;

A situação imposta pela auditora destoa da realidade dos fatos, pois, claramente as movimentações não se referiram integralmente a ingressos patrimoniais pertencentes à empresa autuada, e sim, a divisas normalmente condizentes à vida normal da empresa não



contabilizadas, destinadas ao pagamento de despesas, para normal manutenção de sua atividade;

É certo que o fisco tem o poder discricionário de definir a base de cálculo a ser utilizada para definição do tributo; entretanto, tal discricionariedade, ao mesmo tempo em que atende aos interesses da administração pública, deve atender, na medida do possível, o interesse dos contribuintes e livre iniciativa do trabalho, assegurados;

C) Da exorbitância das multas aplicadas: ofensa aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade e do não confisco e da não ocorrência de negativa de informação e apresentação de documentos.

A Constituição no art. 150, IV faz referencia apenas ao tributo quando proíbe sua cobrança com efeito confiscatório. A aplicação da multa de 75% em nada guarda relação com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das infrações identificadas no auto de infração, apenas atendendo aos interesses da administração pública e não dos cidadãos;

A autuada nunca deixou de atender as exigências como quer fazer crer a ação fiscal, conquanto sempre que intimada deixava a disposição os documentos e as informações necessárias à fiscalização. Prova disso é que a própria fiscalização alega ao dizer que sua suspeita de existirem duas escritas fiscais basearam-se em diligenciar aos livros da autuada;

D) Da inconstitucionalidade da cobrança da taxa de juros Selic

O art. 150, I da CF, estabelece como limitação do poder de tributar o princípio da legalidade tributária, que veda a União, o DF, os Estados e os Municípios exigir ou majorar tributo sem lei que o estabeleça. O art. 161 do CTN, determina que o crédito tributário pago no vencimento é acrescido de juros de mora, calculados à taxa de 1% ao mês, salvo disposição em contrário;

De acordo com o art. 146 da CF, cabe à lei complementar dispor sobre o crédito tributário. A interpretação do art. 161 do CTN à luz do art. 146 da CF é de que a estipulação de juros diverso daquele de 1% só pode ser instituída mediante lei complementar, porque está se tratando de crédito tributário, matéria que foi expressamente reservada à lei complementar;

Assim, no presente caso, conclui-se que o crédito tributário em ataque, constituído pela fiscalização mediante lançamento de ofício, se revela eivado de inconstitucionalidade, principalmente frente à aplicação indevida da taxa Selic aos supostos débitos tributários em atraso.

Ao analisar a impugnação apresentada a 2ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR julgou procedente em parte o lançamento, para manter as exigências relativas ao ano-calendário de 2003 por entender que a ausência de esclarecimentos condizentes e comprovações pelo contribuinte, por meio de documentação idônea, acerca da origem de determinados depósitos bancários questionados no curso da ação fiscalizatória, caracterizou a presunção legal prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, autorizativa da tributação dos valores não justificados com base em omissão de receitas.

Em outro escopo, cancelaram-se as exigências em relação ao período de 2004, uma vez que o total de receita bruta apurada no ano anterior pela fiscalização (R\$ 1.227.022,36) ultrapassou o limite fixado às empresas de pequeno porte para aquele período,

que era de R\$ 1.200.000,00. Assim, no entendimento da turma de julgamento o procedimento correto para esta situação seria a exclusão de ofício do regime simplificado, com efeitos a partir de 01/01/2004, e, por consequência, o lançamento dos tributos de 2004 pelo regime de opção do contribuinte, que não poderá ser o do Simples.

No tocante as alegações do contribuinte contra a aplicação da multa de ofício de 75% ressaltou o órgão julgador que essa é uma consequência do lançamento de ofício por parte da autoridade fiscal, sempre que constatar divergências entre o valor apurado pelo contribuinte e o valor devido, no que se refere a tributos e contribuições, encontrando-se a mesma disciplinada no art. 44 da Lei 9.430/96. As arguições de inconstitucionalidade, em tentar caracterizar o confisco e ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tratam-se de matérias, cuja competência privativa do Poder Judiciário.

Esclareceu-se ainda que o atendimento, pelo contribuinte, de todas as informações solicitadas pela autoridade fiscal, não é circunstância apta para afastar a multa de ofício.

Por fim, manteve a aplicação da taxa SELIC, sobre argumentação de que a interpretação sistemática do artigo 161, §1º do CTN com o art. 61 da Lei nº 9.430/96 autorizam sua aplicação para correção dos débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Cientificada da decisão, a empresa autuada apresentou recurso a esse Conselho reiterando os argumentos de sua impugnação, acrescentando ainda que não cabe sua exclusão do SIMPLES para o ano-calendário de 2004, pontuada no voto proferido em 1ª instância, já que o limite de R\$ 1.200.000,00 não teria sido extrapolado em 2003, haja vista a existência de comprovação no montante de R\$ 46.000,00, relativo a adiantamento de receitas feito por empresa terceira (O.M Fashion) que não poderia ser considerado na apuração da receita bruta do SIMPLES para o ano-calendário de 2003.

Foi lavrado processo de Representação Fiscal – IRPJ nº 10950.000564/2007-41.

É a síntese do essencial

Voto

Conselheiro BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Relator

O recurso é tempestivo e atende os pressupostos legais para seu segmento. Dele conheço.

Como visto do relatório, trata-se de exigência fiscal levada a efeito a título de omissão de receitas, em face da falta de comprovação da origem dos recursos depositados em conta corrente bancária, conforme detalhado no Termo de Verificação Fiscal.

OMISSÃO DE RECEITAS



No mérito, através de sua peça recursal, o suplicante solicita o provimento ao seu recurso alegando, em síntese, a falta de sustentação para embasar lançamentos tendo por base tributável depósitos bancários, já que no seu entender a movimentação financeira somente pode ser utilizada para o cômputo da base de cálculo do IR quando aliada a sinais exteriores de riqueza, e no caso em questão, face a inexistência de indícios de acréscimo patrimonial, tal não ocorre. Nesta ótica o fisco não poderia ter utilizado a movimentação financeira como meio de arbitramento de tributos, por total inexistência do respectivo fato imponible.

É notório, que no passado os lançamentos de crédito tributário baseado exclusivamente em cheques emitidos, depósitos bancários e/ou de extratos bancários, sempre tiveram sérias restrições, seja na esfera administrativa, seja no judiciário. Para por um fim nestas discussões o legislador introduziu o artigo 42 da Lei nº. 9.430, de 1996, caracterizando como omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantido junto à instituição financeira, em relação as quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Apesar das restrições, no passado, com relação aos lançamentos de crédito tributário baseado exclusivamente em depósitos bancários (extratos bancários), como já exposto no item inicial deste voto, não posso deixar de concordar com a decisão singular, que a partir do ano de 1997, com o advento da Lei n. 9.430, de 1996, existe o permissivo legal para tributação de depósitos bancários não justificados como se "omissão de rendimentos" fossem. Como se vê, a lei instituiu uma presunção legal de omissão de rendimentos.

Ora, no presente processo, a constituição do crédito tributário decorreu em face de a contribuinte não ter provado com documentação hábil ou idônea a origem dos recursos que dariam respaldo aos referidos depósitos/créditos, dando ensejo à omissão de receita ou rendimento (Lei nº. 9.430/1996, art. 42) e, refletindo, conseqüentemente, na lavratura do instrumento de autuação em causa.

Ademais, à luz da Lei nº 9.430, de 1996, cabe a suplicante, demonstrar o nexo causal entre os depósitos existentes e o benefício que tais créditos tenham lhe trazido, pois somente ele pode discriminar que recursos já foram tributados e quais se derivam de meras transferências entre contas. Em outras palavras, cabe a ele comprovar a origem de tais depósitos bancários de forma tão substancial quanto o é a presunção legal autorizadora do lançamento.

Nos autos ficou evidenciado, através de indícios e provas, que a Recorrente recebeu os valores questionados neste auto de infração. Sendo, que, neste caso, está clara a omissão de receitas pelas próprias informações prestadas pelo contribuinte nos autos (fls.506 a 552), identificando as operações como créditos referente a operações comerciais.

Ademais, fica claro pelo demonstrativo elaborado pela fiscalização (fls 590 e 591), que não foram considerados como omissão de receitas, valores atinentes a transferências entre contas do mesmo titular, resgates de aplicações financeiras, cheques devolvidos, estornos e empréstimos bancários, bem como os créditos comprovados com documentos de titularidade da empresa.

EXCLUSÃO DO SIMPLES PARA O ANO-CALENDÁRIO DE 2004



Insurge-se ainda a Recorrente sobre manifestação constante do voto proferido pela instância julgadora anterior, que propôs sua exclusão do SIMPLES para o ano-calendário de 2004, em razão de ter ultrapassado no ano-calendário de 2003, por conta dos valores omitidos apurados na ação fiscalizatória, o limite máximo de receita bruta para manutenção naquele sistema (R\$ 1.200.000,00)

Em sua defesa alega a Recorrente que o valor de receita bruta apurado pela fiscalização para o ano-calendário de 2003 de R\$ 1.227.022,36 considerou indevidamente o montante de R\$ 46.000,00 o qual foi recebido da empresa OM Fashion nos meses de novembro e dezembro de 2003, que se excluído da base de cálculo da autuação desconfiguraria a exclusão da empresa do SIMPLES proposta pelo turma de julgamento da DRJ/Curitiba.

Em que pese a assertiva da Recorrente, na qual justifica o recebimento desse montante como "*adiantamento de valores para suporte de despesas de final de ano*", a única prova que traz aos autos para corroborar tal alegação são extratos bancários que mostram a movimentação de valores de uma empresa para outra, sem, todavia, comprovar o negócio jurídico que amparou referida transação. Neste cenário, de nada adianta demonstrar a procedência do valor se não restar configurada a razão da operação que amparou o recebimento.

Assim, não vejo como descaracterizar a omissão de receitas para a referida parcela, devendo-se manter seu valor como receita bruta omitida para ano-calendário de 2003 e conseqüentemente o cancelamento das exigências a título de SIMPLES para o ano-calendário de 2004, não havendo como reprimir a propositura feita pela decisão da DRJ acerca da exclusão do regime simplificado para esse último período nos termos do art. 9º, II e 15, IV, da Lei nº 9.317/96.

MULTA DE OFÍCIO 75%

Não procede à argumentação do suplicante no que se refere à multa de lançamento de ofício normal de 75%, já que a falta ou insuficiência de recolhimento do imposto dá causa a lançamento de ofício, para exigí-lo com acréscimos e penalidades legais.

Assim, é perfeitamente válida a aplicação da penalidade prevista no inciso I, do artigo 44, da Lei nº 9.430/96, ou seja, a multa de 75% é devida, no lançamento de ofício, em face da infração às regras instituída pela legislação fiscal, não declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cuja matéria não constitui tributo, e sim de penalidade pecuniária prevista em lei, sendo inaplicável o conceito de confisco previsto no art. 150, IV da CF, não conflitando com o estatuído no art. 5º, XXII da CF, que se refere à garantia do direito de propriedade.

Ademais, as arguições de inconstitucionalidade, em tentar caracterizar o confisco e ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tratam-se de matérias, cuja competência privativa do Poder Judiciário, sendo vedado a este órgão tal tipo de apreciação nos termos da Súmula 02 deste Conselho:

"O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária." (Súmula 1º CC nº 2)



Desta forma, o percentual de multa aplicado está de acordo com a legislação de regência, sendo incabível a alegação de inconstitucionalidade baseada na noção de confisco, por não se aplicar o disposto constitucional à espécie dos autos.

JUROS DE MORA – TAXA SELIC

Com relação aos juros moratórios exigidos com base na taxa SELIC, também não mais cabe a apreciação por parte deste Colegiado, tendo em vista a existência da Súmula nº 04, verbis:

Súmula 1º CC 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.

Isto posto, NEGOU provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 09 de dezembro de 2008.


BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR 