



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA**

Processo n° 10950.001180/2007-46
Recurso n° 164.380 Voluntário
Matéria SIMPLES - EX.: 2003
Acórdão n° 105-17.328
Sessão de 13 de novembro de 2008
Recorrente FRANGOJARA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA.
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR

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

Exercício: 2003

LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS - PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS - Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza a presunção legal de omissão de receitas com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

MATÉRIA PRECLUSA - Questões não provocadas a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo, com a apresentação da petição impugnativa inicial, e somente vêm a ser demandadas na petição de recurso, constituem matérias preclusas das quais não se toma conhecimento, por afrontar o princípio do duplo grau de jurisdição a que está submetido o Processo Administrativo Fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER das argumentações relativas à multa de ofício por preclusão e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


JOSÉ CLÓVIS ALVES

Presidente



WALDIR VEIGA ROCHA

Relator

Formalizado em: 19 DEZ 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: WILSON FERNANDES GUIMARÃES, PAULO JACINTO DO NASCIMENTO, MARCOS RODRIGUES DE MELLO, LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA, ALEXANDRE ANTÔNIO ALKMIM TEIXEIRA e JOSÉ CARLOS PASSUELLO.

Relatório

FRANGOJARA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA., já qualificada nestes autos, inconformada com o Acórdão nº 06-15.617, de 27/09/2007, da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba/PR, recorre voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

Trata o presente processo de autos de infração, lavrados em 30/05/2007, referentes aos tributos integrantes do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, quais sejam, Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) (fls. 16/22), Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) (fls. 23/30), Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) (fls. 31/37), Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) (fls. 38/44) e Contribuição para Seguridade Social (INSS) (fls. 45/51), acrescidos de multa de ofício de 150% ou 75%, conforme a infração, além de juros de mora, perfazendo o crédito tributário de R\$ 1.392.154,63, tudo por fatos geradores ocorridos entre janeiro e dezembro de 2002, conforme demonstrativo consolidado de fl. 04.

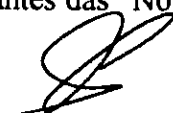
Os procedimentos adotados pelo Fisco, descritos no Termo de Verificação Fiscal de fls. 52/62, podem ser resumidos como segue:

- A ação fiscal teve início em 06/03/2006, conforme Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização (MPF-F) de fl. 1 e Termo de Início de Fiscalização de fls. 72/74, em que a autoridade fiscal solicita livros, documentos fiscais/contábeis, extratos bancários e outros documentos.
- Inicialmente, a empresa solicitou prorrogação de prazo de 60 (sessenta) dias, deferido para 30 (trinta) dias, fls. 75/78, vencendo em 13/04/2006; em 12/04/2006, a interessada requereu nova prorrogação de 30 (trinta) dias, deferida, fls. 81/84.
- Em 12/05/2006, a contribuinte representada por seu advogado, entregou livros fiscais e Contrato Social e alterações, mas, em relação aos extratos de movimentação bancária requisitados alegou que não poderiam ser disponibilizados ante a “quase total inoperância da empresa” que praticamente não teria exercido atividades e, por isso, para o período solicitado de 01/01/2002 a 31/12/2002, não



possuía os extratos de contas correntes, poupança ou investimento, e requereu, na oportunidade que o MPF-F fosse arquivado.

- Em 06/07/2006, a interessada tomou ciência do Termo de Intimação nº 001/00065, fls. 103/106, em que a fiscalização exige a apresentação dos extratos bancários de contas correntes, poupança e investimentos que originaram a movimentação financeira no valor de R\$ 5.638.216,69, no Banco Bradesco S/A, no ano-calendário 2002, no prazo de 20 (vinte) dias; e a comprovar com documentação hábil e idônea a origem dos recursos depositados; nessa intimação a interessada é alertada para o fato de que o não atendimento á intimação ensejará agravamento da multa em 50%, bem como a aplicação da legislação prevista contra os crimes contra a ordem tributária da Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990.
- Em 26/07/2006, a interessada requereu prorrogação do prazo, deferido em mais 20 (vinte) dias, fls. 107/109; em 04/08/2006, encaminhou os extratos requisitados, fls. 116/159 acompanhados de esclarecimentos sobre a movimentação que são os mesmos da impugnação e afirma entregar todas as notas fiscais de intermediação de compra de bovinos efetuados pelo sócio da empresa, Sr. Vanderlei Secato que, no entender da interessada, justificariam a origem dos depósitos, e coloca-se à disposição para esclarecer qualquer depósito a respeito do qual restasse dúvida.
- De posse dos extratos, a fiscalização elaborou as planilhas de “Movimentação Financeira – Valores a comprovar”, listando os depósitos e créditos em valores iguais ou superiores a R\$ 1.000,00 e, em 19/09/2006, intimou a empresa, por meio do Termo de Intimação nº 002/00065, fls. 160/178, alertando-a que a não comprovação acarretaria lançamento fiscal.
- Em 25/09/2006, a pedido da contribuinte, foram devolvidas as notas fiscais, mediante recibo de fl. 179.
- Depois de ter solicitado prorrogação de prazo por duas vezes, ambas deferidas, fls. 180/184, a contribuinte respondeu, em 08/12/2006, fls. 105/199, 202/399, 402/599 e 302, e reitera que os créditos bancários não foram produtos de sua atividade comercial, mas movimentação financeira por causa da utilização da conta corrente da empresa, exclusivamente, pelo seu sócio Sr. Vanderlei Secato, em suas operações particulares como pessoa física, na corretagem de compras de bovinos para terceiros, que eram frigoríficos que, não possuindo crédito junto aos pecuaristas, valiam-se da idoneidade do Sr. Secato que assumia os pagamentos, sendo posteriormente ressarcido pelos frigoríficos em nome dos quais comprava os bois para abate; aduz que a remuneração do Sr. Secato era de 1% sobre as operações e também era ressarcido o CPMF; junta planilhas de “Conciliação de Créditos em Conta Bancária”; aduz que essas operações eram controladas apenas mediante anotações informais em meios manuais em cadernetas e papeletas, que não eram arquivadas e por isso já não mais existiam; explica que a conciliação apresentada foi elaborada a partir das informações repassadas pelo Sr. Vanderlei, por cuja idoneidade ele é responsável.
- Em 10/04/2007, a contribuinte foi novamente intimada, mediante o Termo de Intimação nº 003/00065, fls. 603/606, a: i) apresentar documentos que comprovem as justificativas constantes das “Notas Explicativas” e “Conciliação de Créditos em

 3

Conta Corrente Bancária” e a origem dos recursos creditados na referida conta; ii) comprovar com documentação hábil e idônea (como cheques nominativos, créditos bancários efetuados pelo frigorífico, pagamentos de aquisições de gado, registros contábeis, contratos, recibos) os pagamentos das intermediações de negócios alegados; iii) justificar os depósitos que apresentam como histórico as expressões, “Liberação de Capital de Giro”, “Liquidação de Cobrança” e “Oper. Desconto Comercial”, haja vista a legação de que a conta era utilizada exclusivamente pelo Sr. Vanderlei em operações de pessoa física.

- Em 18/04/2007, solicitou prorrogação de prazo de 30 (trinta) dias, deferida em 15 (quinze) dias, fl. 614, prazo este que venceu em 03/05/2007.

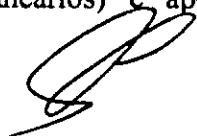
A autoridade fiscal concluiu que os depósitos bancários pertencem à pessoa jurídica Frangojara Indústria de Alimentos Ltda., e lavrou, em 30/05/2007, os presentes autos de infração pelas seguintes infrações:

- a. Omissão de Receitas – Depósitos Bancários não Escriturados: nos períodos de 01 a 06/2002; sobre esta infração foi aplicada multa de ofício no percentual qualificado de 150%.
- b. Insuficiência de recolhimentos, nos períodos de 01 a 12/2002, em função de alteração nas alíquotas ao se considerar na receita total acumulada aquela que foi omitida; sobre esta infração foi aplicada multa de ofício no percentual de 75%.

Inconformado com as exigências, o contribuinte apresentou impugnação (fls. 646/671), na qual discorre sobre os seguintes tópicos:

Preliminar. Nulidade. Princípio da legalidade.

- Preliminarmente, a impugnante suscita a nulidade do auto de infração, lembrando que o Decreto nº 70.235, de 1972 exige, através do art. 10 que, para a validade do auto de infração, obrigatoriamente, deve conter todos os requisitos legais exigíveis pela norma positivada. À ausência, omissão, obscuridade ou dubiedade de quaisquer requisitos, nulo será. Os elementos do auto de infração são enumerados taxativamente, mesmo porque, a legislação tributária é interpretada literalmente, sendo restrita e expressa, e não meramente exemplificativa. Em caso de inobservância, o auto de infração é nulo.
- Dentre os elementos essenciais tipificados para a validade do auto de infração, o precitado art. 10 enuncia que “o auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta e conterà obrigatoriamente...” Constata-se de pronto, que o auto de infração foi lavrado no interior da repartição fiscal da SRF de Maringá, ou seja, na ausência do contribuinte, ora impugnante. Desta feita, a lavratura consignou-se ao arpejo do art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, o qual, conforme declinado, dispõe que deverá ser obrigatoriamente ser efetuado no local da verificação da falta e na presença do contribuinte.
- A ação fiscal se estendeu por vários meses, prolongando-se por longa data até a constituição definitiva do crédito, onde o agente autuante requisitou os documentos do impugnante (extratos bancários) e após o extenso lapso temporal, devolveu-os

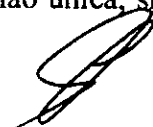


conjuntamente com a lavratura do auto de infração, já realizado, constatando em seu bojo, fatos unilaterais e compulsórios, impondo-lhe a sua aceitação.

- Pede seja acolhida a preliminar de nulidade do auto de infração, por afrontar o disposto no art. 10 do Decreto nº 70.235, de 72 c/c art. 5º, II da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 - CF de 1988, por extrapolar o controle da legalidade.

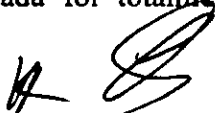
Mérito. Mera Presunção. Simples depósitos bancários. Inexistência de obrigação tributária.

- No mérito, alega que a obrigação tributária surge com a ocorrência do fato gerador; esta a premissa básica do art. 113 do Código Tributário Nacional - CTN, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, que por sua vez, materializa-se com a realização no mundo fenomênico dos pressupostos abstratos contidos nas normas de direito tributário, carregando consigo conseqüências jurídicas para o destinatário da norma: o contribuinte. Ocorrida situação fática ou jurídica configuradora da hipótese de incidência, nasce para a Administração Fazendária o direito de proceder ao lançamento fiscal, constituindo o crédito Tributário, art. 142 do CTN.
- Em que pese ser o lançamento fiscal, ato administrativo, gozando de presunção de legitimidade, para sua validade, deve conter requisitos essenciais, tendentes à correta verificação da ocorrência do fato gerador, sob pena de nulidade plena. Para determinar a legitimidade e validade do lançamento fiscal devem concorrer em sincronia os elementos: i) determinação da matéria tributável, ii) montante do tributo devido, iii) identificação do sujeito passivo e ser for o caso, iv) a penalidade correspondente. Ausentes quaisquer desses pressupostos, nulo será;
- Sem que tenha havido o fato gerador, ou seja, a materialização fática ou jurídica descrita na norma, art. 116 do CTN, não há que se falar em obrigação tributária a ser cumprida. A imposição tributária através da cobrança do IRPJ tem obviamente, como pressuposto, a materialização do ato de auferir renda e proventos de qualquer natureza, ao passo que a contribuição social sobre o lucro, incide sobre a obtenção de lucros, pelo comando do art. 43 do CTN repristinado pelo art. 218 do RIR de 1999.
- Que o agente fiscal contrariando os permissivos legais sobre a hipótese de incidência tributária do IRPJ, presumiu a obtenção de renda ou acréscimo de capital/patrimônio, dando por ocorrido o fato gerador e constituiu o presente lançamento, com o que não se pode concordar, sendo a exigência, ao arrepio da finalidade da lei, razoabilidade, proporcionalidade e capacidade contributiva.
- Afirma que em momento algum restou comprovada a obtenção de renda ou acréscimo de patrimônio da impugnante, que ensejasse a tributação, como requer o RIR de 1999, conduzido pelos arts. 43 do CTN c/c o art.153, III da CF, de 1988, que pudesse servir de base para a cobrança do IRPJ, e que, em prevalecendo o lançamento, implica em cobrar imposto sobre aquilo que não é renda e contribuição sobre aquilo que não é lucro.
- Que o agente fiscal, de posse dos documentos apresentados pela impugnante, haveria de ter extirpado qualquer possibilidade de ter ocorrido fato pela somatória dos depósitos, nascedouro de obrigação tributária a se exigida, sendo ilegal e inservível, para o caso concreto, utilizar, em mão única, simplesmente, a movimentação de depósitos, mesmo

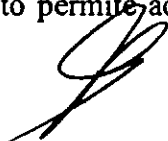


porque, como já dito, depósitos bancários não podem ser considerados sinônimos de renda, especialmente, para efeitos de cobrança de imposto;

- Afirma que ficou comprovado nos autos que o Sr. Vanderlei Secato é sócio-proprietário da impugnante, que a empresa não chegou a operar, exercer atividades, não tinha funcionários, apenas era utilizada a conta corrente da mesma por seu proprietário para emissão de cheques destinados ao pagamento da intermediação de aquisição de bovinos, pois o Sr. Vanderlei Secato é corretor de bovinos, e trabalha há anos como intermediário (corretor) na compra e venda de gado bovino, sendo conhecido e goza de grande prestígio junto aos pecuaristas da região de Cruzeiro do Oeste/PR.
- Que foi informado também no processo que a empresa Agropecuária Tamarana Ltda, na época, 2002, estava passando por sérias dificuldades financeiras, não possuindo crédito junto aos pecuaristas da região para comprar bovinos. Os pecuaristas não vendiam seu gado para a Agropecuária Tamarana salvo se fosse garantida por um intermediador de confiança; dessa forma, o Sr. Vanderlei Secato intermediava a compra de bovinos, especificamente, cabeças de gado, para essa empresa.
- Assim, a movimentação bancária da impugnante foi motivada pelo desempenho de atividade comercial e profissional, uma vez que seu proprietário, Sr. Vanderlei Secato comprava e abatia bovinos para a empresa Agropecuária Tamarana Ltda; ele intermediava a compra dos bovinos e funcionava como garantidor das aquisições, assim, garantia com seus cheques a compra dos bois; de fato, quem comprava era a Agropecuária Tamarana, mas quem pagava (emitia o cheque) era o corretor Sr. Vanderlei Secato; assevera que o mercado funciona desta forma, haja vista que os frigoríficos são arrendados e muitas vezes quebram não arcando com o pagamento das cabeças de gado vendidas pelos pecuaristas; que estes, por sua vez, só comercializam suas boiadas com os corretores de confiança, que assumam os riscos do negócio. Que foi o ocorrido no presente caso, o Sr. Vanderlei Secato intermediou a compra dos bovinos, bem como efetuou o abate de bovinos para a empresa Agropecuária Tamarana.
- E que toda a movimentação financeira do Sr. Vanderlei Secato era efetuada na conta corrente da empresa impugnante; pois ele intermediava a compra de bovinos dos pecuaristas e entregava como pagamento cheques pré-datados da Frangojara Indústria de Alimentos, porque o gado era comprado dos pecuaristas com prazo de 20 a 40 dias; em seguida, a Agropecuária Tamarana efetuava o abate e a comercialização. O Sr. Vanderlei então recebia os valores para cobrir os cheques emitidos para os pecuaristas, somando-se a este a sua comissão. Ele não detinha os valores movimentados, usava, na verdade, de seu prestígio e linhas de crédito que os bancos, principalmente o Banco Bradesco S/A, lhe disponibilizavam. Era uma espécie de giro, na maioria das vezes entrava primeiro os pagamentos dos bois abatidos e posteriormente o pecuarista recebia pela venda, já que os cheques emitidos eram pré-datados. Isto ocorria porque o boi é vendido a prazo e abatido e comercializado imediatamente.
- Que o Sr. Vanderlei era remunerado em 1% sobre o valor de cada lote de gado entregue para abate sob sua intermediação. Em alguns casos ele arcava com as custas (combustível, alimentação) gerando despesa financeira em sua movimentação bancária, às vezes pagava também o frete realizado. Portanto, a movimentação que houve na conta corrente da autuada foi totalmente lícita, contudo, de valores que não lhe pertenciam diretamente.



- Quando os títulos dos pecuaristas caíam na conta corrente da impugnante, as carnes bovinas abatidas já haviam sido vendidas e Agropecuária Tamarana havia tido pago ao Sr. Vanderlei, ou isto ocorria concomitantemente. Todos os cheques emitidos da conta corrente da autuada foram pagos a pecuaristas. Até como forma de controle, o Sr. Vanderlei guardou todas as notas fiscais de bovinos adquiridos dos diversos pecuaristas com quem mantém relacionamento, as quais afirma que foram inutilizadas e sequer analisadas pelo agente fiscal. Nestas notas constam o nome, CPF e o endereço dos pecuaristas, bem como o volume de gado comercializado sob a intermediação do Sr. Vanderlei Secato.
- Assevera que, em alguns casos, o Sr. Vanderlei suportou o ônus da demora no recebimento da carne vendida, pagando ao banco juros do cheque especial descoberto, que foram repassados ao Frigorífico Tamarana que, às vezes, o reembolsou; portanto, foi comprovada a origem dos depósitos bancários, e afirma que o agente fiscal simplesmente não considerou os documentos acostados pela impugnante.
- Argumenta que, se o ponto determinante da hipótese de incidência tributária é variação positiva do patrimônio, não se pode aceitar que o aplicador da lei dê alcance jurídico sobre situação atípica, querendo aquilo que a norma e o legislador não quer, sendo que a lei tributária deve ser interpretada literal e restritivamente, e que quando determinar infração ou penalidade, esta deverá ser aplicada de maneira mais favorável ao sujeito passivo, conforme os arts. 107/112, do CTN; e que a base de cálculo deve guardar relação com as exteriorizações de riquezas constitucionalmente previstas, o que não aconteceu, mormente, no elevadíssimo valor de R\$ 4.325.488,76;
- Que não tendo o agente fiscal logrado provar de forma inequívoca a efetiva certeza da ocorrência da operação tributável, falece a constituição do crédito tributário, restando não cumprido o art. 42, § 3º da Lei nº 9.430, de 1996, que pugna sejam os depósitos confrontados individualmente, para determinar suposta omissão de receita. E que se o fato gerador não está provado, não há crédito tributário a ser constituído sendo improcedente o lançamento fiscal; inexistindo renda comprovada individualizadamente sobre as movimentações, não há obrigação tributária, e a exigência em apreço atenta contra o princípio da legalidade.
- Não se tem qualquer notícia de que ocorreu o fato gerador tipificador da exigência, contudo, nos moldes lançados, tratando-se o lançamento de mera suposição, dedução e presunção abstrata, uma vez que – ilegalmente – utilizou-se, como base tributável de obtenção de renda, exclusivamente depósitos bancários, a medida tomada pelo agente fiscal há muito não tem validade, não só pelo fato de restar não provada a exteriorização de riqueza significativa de renda (Súmula 182 do TFR e Decreto 2.471, de 1988, art. 9º VII), mas porque a ocorrência do fato gerador não pode ser presumida, tanto que para legitimar exigências desta espécie, mister ser faz cumprir o contido no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, sob pena do lançamento falecer embrionariamente, tal qual se verifica no caso vertente.
- Diz que a presunção de legitimidade do lançamento fiscal não exonera o fisco de provar a ocorrência dos fatos que afirma, pois confere à Administração Pública uma *relevatio ad onere agendi*, e não uma *relevatio ad onere probandi*, isto é, a presumida legitimidade do ato permite ao fisco exercitar diretamente sua pretensão, inclusive de



forma executória. Entretanto, este atributo não a exige de provar o fundamento e a legitimidade desta.

- Conclui que pretensão do fisco de exigir o crédito tributário funda-se na ocorrência do fato gerador, cujos elementos configuradores supõem-se presentes e comprovados, atestando a identidade de sua matéria fática com o tipo legal, e que se um desses elementos se ressentir de certeza, incumbe à Fazenda o ônus de comprovar sua existência. Não o fazendo, nula será a exigência; transcreve jurisprudência e finaliza que apesar de a presunção legal militar em favor do Fisco, esta é *juris tantum* e não *juris et de jure*, mesmo porque a lei tributária deve ser interpretada em favor da contribuinte, sendo que este sempre tem o direito de fazer prova em contrário, demonstrando a verdadeira base de cálculo; resume que restaram violados os arts. 43, do CTN, c/c os arts. 150, I, 153, III da CF, de 1988, e o art. 218, do RIR de 1999.

Multa de 75%. Ilegalidade. Ofensa ao art. 112, do CTN, c/c art. 5º, II da CF, de 1988.

- Utilizando-se da prerrogativa do princípio da eventualidade, na remota possibilidade de não serem acatadas a preliminar de nulidade e os argumentos de mérito, afirma que o agente fiscal aplicou a penalidade do art. 44, I da Lei nº 9.430, de 1996, à razão de 75%, quando o contido no art. 61, § 2º, da mesma lei estipula multa de, no máximo, 20% sobre o tributo lançado e reclama que, em se tratando de infração, deve ser interpretada e aplicada da maneira mais favorável ao contribuinte infrator, como determina o art. 112 do CTN e:
- Que nem se diga que o percentual de 20% refere-se à multa moratória, e o disposto no art. 44, I, trata da punitiva, pois o IV Simpósio de Direito Tributário, realizado em 1979, concluiu por unanimidade que a multa por falta de recolhimento do tributo tem caráter punitivo. É que a multa fiscal tem como premissa maior o descumprimento de dever legal, ou seja, a prática de ilícito administrativo; a indenização já possui outro pressuposto: um causado ao patrimônio alheio, com ou sem multa; aduz que a finalidade da multa é punir o descumprimento das obrigações de dos deveres jurídicos; a da indenização é recompor o patrimônio desfalcado. Em direito tributário, são os juros que recompõem o patrimônio estatal lesado. A multa destina-se a punir, assim como a correção monetária destina a garantir o poder de compra da moeda. Daí o entendimento do STF de não mais terem aplicação as súmulas 191 e 192 que, respectivamente, previam a exigibilidade das multas moratórias e a exigibilidade das multas punitivas quando a Fazenda Pública demandava a massa falida;
- Entende que deve a presente ser acolhida, determinando a exclusão da multa de 75%, substituindo-a, na eventual manutenção do crédito, pelo contido no art. 61, §2º da lei em tela, qual seja: 20%.

Taxa Selic

- A impugnante refuta a aplicação da Selic, alegando que é de caráter remuneratório, cujo percentual de incidência chega, em média a 3% ao mês e fere diretamente o §3º do art. 192 da CF, de 1988; que o §1º do art. 161, do CTN, dispõe claramente que somente por legislação ordinária expressa os juros moratórios podem ultrapassar 1% ao mês e que, inexistindo lei que autorize a aplicação de percentual maior, diante do princípio da legalidade, a taxa Selic não pode ser utilizada; afirma que o pagamento de juros



moratórios é consequência da impontualidade no pagamento de tributos, razão pela qual considera-se que se trata de pagamento de penalidade pecuniária, e em sendo pena, os juros moratórios subsumem-se à previsão do art. 113, do CTN, que os qualifica como obrigação tributária principal, submetendo-os, pois, integralmente, ao regime jurídico tributário.

- Conclui ser inconstitucional a aplicação da taxa Selic porque viola o próprio conceito constitucional de tributo e os princípios da segurança jurídica, da isonomia e da tipicidade.

A 2ª Turma da DRJ em Curitiba/PR analisou a impugnação apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 06-15.617, de 27/09/2007 (fls. 676/693), considerou procedente o lançamento com a seguinte ementa:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2002

MULTA DE OFÍCIO. PERCENTUAL. LEGALIDADE. CONFISCO. INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA FORA DA COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA.

Os percentuais da multa de ofício exigível em lançamento de ofício são determinados expressamente em lei, não competindo aos órgãos administrativos a discussão acerca da inconstitucionalidade de normas legalmente inseridas no ordenamento jurídico.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

A utilização da taxa Selic como juros moratórios decorre de expressa disposição legal.

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

Ano-calendário: 2002

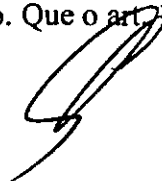
DEPÓSITOS/CRÉDITOS EM CONTA BANCÁRIA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITAS.

Correto o lançamento fundado na falta de comprovação da origem dos créditos/depósitos bancários, por constituir-se presunção legal de omissão de receitas expressamente autorizada pelo art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

Ciente da decisão de primeira instância em 11/10/2007, conforme Aviso de Recebimento à fl. 700, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 23/10/2007 conforme carimbo de recepção à folha 701.

No recurso interposto (fls. 702/717) traz os argumentos abaixo sintetizados:

- Insiste nos argumentos trazidos anteriormente, afirmando que a tributação se fez com base em mera presunção. Que o art. 142 do CTN imporia à Autoridade Administrativa a



obrigação de provar a real existência do fato gerador tributário, identificando-o efetivamente. Que a base de cálculo deve guardar relação com as exteriorizações de riqueza constitucionalmente previstas, o que não teria ocorrido no caso concreto. Que depósitos bancários não são sinônimos, obrigatoriamente, de rendas.

- Pelo princípio da eventualidade, insurge-se contra a multa qualificada de 150%, inaplicável, por seu entendimento, a uma simples apuração de omissão de rendimentos. Afirma, ainda, que “*fraude e dolo não têm escora na presunção*”, pelo que pleiteia sua redução ao percentual de 75%.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro WALDIR VEIGA ROCHA, Relator

O recurso é tempestivo e dele conheço.

A inconformidade da recorrente, em última análise, se dirige contra a aplicação da presunção legal de omissão de receitas, trazida ao mundo jurídico pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

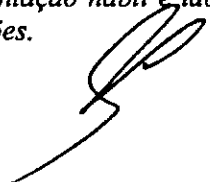
As presunções legais são regras que reconhecem a enorme dificuldade da prova direta da omissão, e permitem, em determinadas situações, que a prova se faça por via indireta. A lei reconhece que, na esmagadora maioria dos casos, um fato mais facilmente cognoscível e provado, denominado fato indiciário, está associado a outro fato, mais difícil de ser provado diretamente, a omissão de receitas.

É a lei que reconhece esse vínculo e elege os fatos indiciários, os quais, devidamente provados pelo Fisco, permitem a presunção da ocorrência de omissão de receitas. Também é a lei que estabelece de que forma serão quantificadas essas receitas. Nessas situações, cabe integralmente ao Fisco a prova da ocorrência dos fatos indiciários, os quais não podem ser presumidos, sob pena de haver presunção sobre presunção.

A mesma lei reconhece que pode haver algumas situações em que o fato indiciário não esteja associado à omissão de receitas. Mas, nesses casos, o ônus da prova recai sobre o contribuinte. Provado pelo Fisco o fato indiciário, cabe ao contribuinte apresentar a prova de que, em seu caso específico, não foram omitidas receitas.

No caso ora discutido, foi utilizada presunção legal relativa, a saber, aquela do artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, a seguir transcrito:

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.



§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualmente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, [...]

§ 4º Tratando-se de pessoa física, [...]

[...]

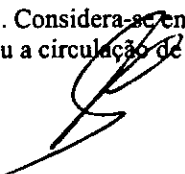
A Turma Julgadora não acatou, em primeira instância, os argumentos da então impugnante. O mesmo faço aqui.

Provado está o fato indiciário. A base legal já mencionada autoriza ao Fisco a presunção da ocorrência de omissão de receitas, ressalvada à empresa prova em sentido contrário. Ou seja, o ônus da prova resta invertido, cabendo agora à empresa fazer a comprovação da origem dos recursos creditados em suas contas, mediante a apresentação de documentos hábeis e idôneos. E desse ônus ela não se desincumbiu.

Todos os requisitos elencados no art. 142 do CTN, invocado pela recorrente, estão presentes nos autos de infração ora discutidos. Ocorre que a matéria tributável foi apurada por presunção legal, conforme acima demonstrado, e com isto é que não se conforma a interessada.

Em sua defesa, a interessada afirma que a empresa não teria tido qualquer operação, que se tratava, em verdade, de atividade comercial e profissional do sócio, Sr. Vanderlei Secato, de intermediação na compra e venda de bovinos. Entretanto, nos termos do Código Civil em vigor, trata-se de atividade empresarial¹, a qual, nos termos do Regulamento do Imposto de Renda, deve ser tributada como pessoa jurídica. Em reforço a isto, havia uma pessoa jurídica constituída (a autuada Frangojara) e sua conta-corrente era utilizada para movimentação dos recursos pelo seu sócio administrador. Acrescento, finalmente, que a própria interessada admite que o Sr. Vanderlei autuava como garantidor das aquisições, com seus cheques (na verdade, cheques da autuada Frangojara) e que, por diversas vezes, suportou o ônus por atraso ou descompasso entre o recebimento pelas vendas e o desembolso pelas compras. Em outras palavras, assumiu o risco do negócio, mais uma característica da atividade empresarial por conta própria, e não de mera intermediação por conta e risco de terceiros. Não preciso de outros argumentos para me convencer que a autuação elegeu corretamente o sujeito passivo da obrigação tributária.

¹ Lei nº 10.406/2002, art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.



Quanto às notas fiscais apresentadas pela interessada em sua defesa, e que reclama que teriam sido desconsideradas pelo Fisco, são documentos emitidos por terceiros e em nome de terceiros, e por certo não se prestam a justificar e comprovar a movimentação bancária em nome da autuada. Ao contrário do que afirma, o uso da presunção legal inverte o ônus da prova, e é a interessada quem tem que provar, de forma individualizada, a origem de cada um dos créditos/depósitos efetuados em sua conta-corrente como forma de elidir a presunção de omissão de receitas. Neste caso, a recorrente tem não apenas o direito, mas também o dever de fazer a prova em contrário, se pretende afastar a tributação que lhe é imposta.

A obrigação de escriturar toda a movimentação financeira, inclusive bancária e, ainda, de guardar todos os documentos e demais papéis que sirvam de base para a escrituração está prevista no art. 7º, § 1º, alíneas “a”, e “c” da Lei nº 9.317/1996, a seguir transcritos:

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;

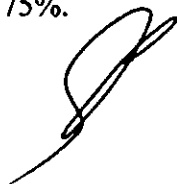
c) todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos livros referidos nas alíneas anteriores.

§ 2º O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento, por parte da microempresa e empresa de pequeno porte, das obrigações acessórias previstas na legislação previdenciária e trabalhista.

Ao descumprir essa obrigação, a recorrente queda sem meios hábeis para comprovação da origem dos valores que transitaram por sua conta-corrente. Não tendo a interessada qualquer cautela em documentar adequadamente os fatos, ficam por sua conta e risco as conseqüências de tal negligência. No caso, a conseqüência é a aplicação da presunção legal de omissão de receitas, nos estritos termos da lei, conforme anteriormente mencionado.

À míngua de novos argumentos e maiores comprovações, não faço qualquer reparo à decisão de primeira instância, quanto a este ponto.

A seguir, insurge-se a recorrente contra a multa qualificada de 150%, inaplicável, por seu entendimento, a uma simples apuração de omissão de rendimentos. Afirma, ainda, que “fraude e dolo não têm escora na presunção”, pelo que pleiteia sua redução ao percentual de 75%.



No que tange a essas considerações, cabe observar que a recorrente traz, em sede de recurso, contestação em relação a matérias que não foram objeto de impugnação. Com efeito, por ocasião da apresentação da referida peça (impugnação) a recorrente, em nenhum momento, aduziu quaisquer argumentos sobre algum dos pontos acima mencionados.

Assim, a teor do que dispõe o artigo 17 do Decreto nº 70.235, de 1972, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.532, de 1997, a matéria que não tenha sido expressamente contestada, considerar-se-á não impugnada, tornando-se preclusa. Decorre daí que, não tendo sido objeto de impugnação, carece competência à autoridade de segunda instância para dela tomar conhecimento em sede de recurso voluntário.

Por todo o exposto, voto por não conhecer da matéria preclusa e, no mais, negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 13 de novembro de 2008.


WALDIR VEIGA ROCHA

