



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

Processo nº 10950.725831/2012-54
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1401-001.306 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de setembro de 2014
Matéria SIMPLES
Recorrente TORNEARIA PARANAVAI LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

EXCLUSÃO AO SIMPLES NACIONAL. EXCESSO DE RECEITAS. Não logrando afastar a imputação de ter extrapolado o limite de receitas previsto para as empresas optantes pelo Simples Nacional, impõe-se declarar procedente o ato de exclusão da pessoa jurídica ao benefício.

EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SIMPLES.

A partir do momento em que operados os efeitos da exclusão, a pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeita-se às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

SIMPLES. EXCLUSÃO. EFEITO SUSPENSIVO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. NECESSIDADE DE EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. DESCABIMENTO. ART. 151, III DO CTN. APLICABILIDADE LIMITADA À EXIGÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

No âmbito do processo administrativo, o efeito suspensivo não se presume, isto é, deve estar expresso em lei, descabendo recorrer ao art. 151, III do CTN, que cuida tão somente de suspensão da exigibilidade de crédito tributário.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ
CRÉDITOS BANCÁRIOS.

Por presunção de natureza legal, os depósitos/créditos junto a instituições bancárias não comprovados com documentação hábil e idônea coincidente em datas e valores com esses créditos autorizam o lançamento de ofício como omissão de receitas.

RECEITA OMITIDA. LUCRO PRESUMIDO. PERCENTUAL
APLICÁVEL.

No caso de pessoa jurídica com atividades diversificadas tributadas com base no lucro presumido, não sendo possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, esta será adicionada àquela que corresponder o percentual mais elevado.

LANÇAMENTOS REFLEXOS: PIS, COFINS, CSLL

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

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano calendário: 2009, 2010

ALEGAÇÕES DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.

Discussões acerca da constitucionalidade ou legalidade das leis exorbitam da esfera de competência das autoridades administrativas, às quais cabe apenas cumprir o que determina a legislação em vigor, principalmente em se tratando de norma validamente editada, segundo o processo legislativo constitucionalmente estabelecido.

MULTA DE OFÍCIO PERCENTUAL APLICÁVEL LEGALIDADE.

Constatada infração à legislação tributária, a imposição de penalidades pelo fisco obedece ao princípio da estrita legalidade, nos termos do art. 97, inciso V, do CTN, sendo inerente ao lançamento de ofício, não cabendo à autoridade tributária reduzir os percentuais aplicados segundo a legislação tributária, nem afastar sua exigência, exceto quando há previsão legal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Assinado digitalmente

Jorge Celso Freire da Silva - Presidente.

Assinado digitalmente

Maurício Pereira Faro - Relator.

Participaram do julgamento os conselheiros Jorge Celso Freire da Silva (Presidente), Mauricio Pereira Faro, Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Sergio Luiz Bezerra Presta, Antônio Bezerra Neto e Fernando Luiz Gomes de Mattos

Relatório

Trata-se de recurso interposto pelo contribuinte contra acórdão que julgou procedente o auto de infração. Por bem resumir a questão ora examinada, adoto e transcrevo o relatório do órgão julgador *a quo*:

O presente processo trata dos seguintes atos a serem analisados: a) o Ato Declaratório Executivo DRF/MGÁ nº 01 (fl.639), de 08/01/2013, que determinou a exclusão da contribuinte ao Simples Nacional, desde 01/01/2009 e; b) a impugnação aos autos de infração lavrados pela sistemática do Lucro Presumido, relativos aos fatos geradores ocorridos nos anos calendário de 2009 e 2010.

Do Ato Declaratório Executivo nº 24, de 08/04/2011

2. O ADE nº 01, de 08/01/2013, foi emitido em face da Representação Fiscal de fls. 578589, com efeitos a partir de 01/01/2009, em face de a movimentação financeira da empresa junto ao sistema bancário demonstrar que, reiteradamente os faturamentos nos anos calendários de 2008 e 2009 ultrapassaram o limite de receita bruta anual legalmente estabelecido para as empresas de pequeno porte.

3. A fundamentação legal para a exclusão encontrase nos parágrafos §1 e §4 do art. 16, inciso I do art. 29 e inciso 11 do art. 30, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006; art. 12, inciso I da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007 c/c com o art. 3o, inciso II, alínea "a" da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007.

4. Cientificado da exclusão em 18/01/2013, apresentou em 18/02/2013, manifestação de inconformidade de fls. 789810, onde afirma que os depósitos bancários que deram origem à sua exclusão ao Simples Nacional possuem origem em contratos de mútuo, entre outras movimentações financeiras da pessoa jurídica, mas não são receitas, como entendeu a autoridade fiscal.

5. Pede que o ato declaratório seja declarado nulo posto estar embasado em suposições, sem a efetiva comprovação de que houve receitas superiores ao limite legal.

Sustenta que quem deve provar a origem dos depósitos é a Receita Federal e não atribuir ao contribuinte a obrigação de fazê-lo.

Deste ponto em diante, repete as mesmas alegações que constituem a peça de defesa contra o lançamento que será transcrito na seqüência,, ou seja, fala na necessidade de se provar a exteriorização de riquezas, em afronta a princípios constitucionais, da Súmula do antigo TFR nº 182, no Decretol nº 2.471, de 1988, em ilegalidade e injustiça quanto aos lançamento efetuados com base em movimentação bancária, da necessidade de autorização judicial para a requisição e análise dos extratos bancários, mesmo quando o contribuinte os entrega espontaneamente, do julgado referente ao RE nº 389.808PR e, ao final, pede que seja anulado o ato declaratório, por ter sido feito com base em provas ilícitas.

Do lançamento anos calendário 2009 e 2010.

6. *Em decorrência do Ato de Exclusão, a autoridade fiscal efetuou o lançamento pelo Lucro Presumido, posto que intimado a optar pela forma de tributação desejada, assim optou (fl.575).*

7. *Em face do exposto, e considerando o que consta do Termo de Verificação Fiscal de fls.640652, foram lavrados, com base no artigo 849 do RIR/99, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 1999, os autos de infração de fls. 702776 exigem do contribuinte crédito tributário no importe de R\$773.748,16 de IRPJ (fl.702), R\$289.915,30 de CSLL (fl.731), R\$231.095,00 de COFINS (fl.753) e, R\$47.710,79 de PIS (fl.765), acrescidos de multa de ofício à razão de 75% e juros, referentes aos fatos geradores ocorridos em 2009 e 2010.*

8. *À contribuinte está sendo imputado: a) omissão de receitas caracterizada pela falta de comprovação da origem dos valores creditados/depositados em contas correntes bancárias para o ano calendário de 2009, b) receita bruta da revenda de mercadorias escriturada e não declarada em relação aos dois períodos fiscalizados e; c) receita da prestação de serviços em geral, escriturada e não declarada em relação aos anos calendário 2009 e 2010.*

9. *O suporte legal para a exigência dos tributos obedece ao regramento descrito nos autos de infração. A ciência ocorreu em 18/01/2013 e a peça de defesa de fls. 816851 foi protocolada em 18/02/2013, onde após fazer uma síntese da ação fiscal afirma que todas as argumentações que deram origem aos autos de infração ora atacados não merecem acolhida, em virtude de ilegalidades e interpretações que geram, ao final, a nulidade dos autos e, em especial, o cancelamento do ADE que acarretou sua exclusão ao Simples Nacional.*

10. *Alega a nulidade do lançamento, posto que, excluída ao Simples Nacional, apresentou manifestação de inconformidade na forma da legislação aplicável (art. 39 da Lei Complementar nº 123 de 2006) acarretando a suspensão de seus efeitos, até a decisão final.*

11. *Prossegue afirmando que o auditor Fiscal efetuou a tributação das receitas brutas nos anos de 2009 e 2010, fazendo incidir IRPJ, CSLL, COFINS e PIS/PASEP.*

Ao final, notificou a recorrente para o pagamento das diferenças dos impostos não recolhidos, no montante total de R\$ 2.756.754,53 (dois milhões setecentos e cinquenta e seis mil setecentos e cinquenta e quatro reais e cinquenta e três centavos de ofício de 75%, já acrescidos de juros de mora e multa.

12. *Sustenta que cabe ao fisco provar a origem dos depósitos bancários, nos termos do art. 24 do Decreto nº 7.574, de 29/09/2011 que transcreve. Conclui que como não houve prova real da omissão de receitas e estando o auto de infração calcado em mera presunção pede a nulidade do feito.*

13. *Adentrando ao mérito, alega que os depósitos que teriam extrapolado as receitas declaradas nas DASN de 2008 e 2009 possuem origem em contratos de mútuo, transferências financeiras entre as contas da reclamante, antecipações de recursos financeiros (descontos de títulos de crédito), mas não se tratam de receita, razão pela qual não se pode admitir o prosseguimento do presente processo.*

14. *Afirma que depósito bancário não é sinônimo de receita e que, em face de sua exclusão ao Simples, a autoridade fiscal efetuou o lançamento por arbitramento para os fatos ocorridos no ano calendário de 2008 e pelo lucro*

presumido para os fatos ocorridos em 2009 e 2010 e mais, que toda a ação foi calcada no malfadado artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996 que estabeleceu a presunção de omissão de receitas aos depósitos bancários, cuja origem não reste comprovada.

15. Repisa a alegação de que depósitos bancários não são sinônimo de obtenção de rendas ou engrossamento de patrimônio, restando ainda improvable qualquer exteriorização de riqueza, conforme exige o artigos 43 do CTN, c/c artigo 153, III da Constituição Federal e artigos 37, “caput”, art. 55, XIII, 846, 923 e 924 todos do RIR, de 1999.

16. Defende que o auditor presumiu a obtenção de renda, dando por ocorrido o fato gerador e fazendo surgir a obrigação tributária, que para constituir o crédito tributário ele deve cumprir os requisitos do artigo 142 do CTN, provando a real existência do fato gerador, constatando a efetiva ocorrência fática ou jurídica descrita na norma, qual seja: exteriorização de riqueza e realização de gastos incompatíveis com a renda disponível, o que não restou comprovado. Acrescenta que a constituição do crédito tomando-se por base, simplesmente, os depósitos bancários é ilegal. Transcreve uma série de ementas proferidas pelo antigo Conselho de Contribuintes, hoje CARF e prossegue, sempre defendendo a necessidade de se provar o acréscimo patrimonial.

17. Discorre acerca dos princípios norteadores do Processo Administrativo Fiscal, defendendo que ao auditor cabe a busca incessante pela verdade material. Menciona a Súmula 182 do extinto TFR e o Decreto-lei nº 2.471, de 1º de setembro de 1988, que determinou o arquivamento dos processos que tivessem origem na cobrança do imposto de renda arbitrado com base exclusivamente em valores de extratos ou de comprovantes de depósitos bancários.

18. Fala em revogação do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, haja vista a Lei Complementar nº 105 prever que o lançamento com base em depósitos bancários depender, da demonstração do real e efetivo acréscimo patrimonial e argumenta que a posse de numerário alheio, descaracteriza a respectiva presunção de disponibilidade econômica.

19. Alega que a quebra do sigilo bancário, sem a devida autorização judicial é ilegal e que não há que se alegar entrega espontânea, uma vez que os contribuinte são obrigados a fazê-lo, sob ameaças, veladas ou não. Afirma que examinar dados bancários e extrair cópias de extratos sem autorização judicial fere os direitos assegurados pelos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal e que o STJ já proclamou a necessidade de intervenção judicial para a quebra do sigilo bancário, conforme julgamento do Renº 389.808PR, precedido de Ação Cautelar nº 33. Assim, significa que o fisco ao quebrar, por conta própria, o sigilo bancário do contribuinte e valer-se desses dados para efetuar o lançamento utiliza-se de prova ilícita, em face do disposto no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal, artigo 332 do Código de Processo Civil e artigo 157 do Código de Processo Penal. Faz menção a que o assunto possa ser levado ao judiciário.

20. Questiona os seguintes valores:

a) em 20/02/2008, teria ocorrido o estorno do valor de R\$ 2.150,00;

b) em 11/05/2009 teria havido uma transferência da conta da CEF para o BB, no valor de R\$ 9.998,00;

c) em 18/04/2008 houve um crédito proveniente de empréstimo particular no montante de R\$ 60.000,00 que não pode ser considerado.

21. Alega que, além destes, outros excessos teriam sido praticados, conforme planilha de conciliação que sustenta ter anexado à peça de defesa e que devem ser excluídos.

22. Reclama que ao efetuar a tributação dos anos calendários de 2009 e 2010, o Auditor Fiscal utilizou a alíquota de 32% de margem de lucro sobre a receita de serviços. Entretanto esta forma de cálculo não está correta, uma vez que a empresa, optante pelo regime tributário do Lucro Presumido, possui todos seus serviços classificados como obras de construção civil (eletrificação rural e urbana), prestadas principalmente à Cia. Paranaense de energia elétrica Copei, com margem de lucro estipulada em 8%, conforme ADN Cosit n. 6, de 1997. Para sua comprovação a recorrente apresenta o Certificado de Registro Cadastral emitido pela Copei, com validade de 2008 até 2011, com a descrição dos serviços habilitados.

23. Afirma estar classificada no CNAE 2.1: 4321/00 de Instalação e Manutenção Elétrica, que pertence a seção de Construção, Divisão de Serviços Especializados para Construção, conforme consulta no extrato do CNPJ e, informase ainda, que os serviços efetuados pela recorrente de instalação e manutenção elétrica abrangem a construção civil, mas com o uso de materiais, sendo correta a tributação na base de cálculo de 8% (oito por cento).

24. Sustenta que a base de cálculo utilizada esta incorreta, sendo de direito, caso ultrapassadas as defesas acima referidas, que seja declarada a nulidade do auto de infração n. 10950.725831/201254, por vício material e em caso de continuidade do Processo Administrativo Fiscal, seja aplicada a alíquota de 8% sobre os serviços de construção civil com o emprego de materiais.

25. Discorda do percentual da multa (75%) e diz que ela é indevida porb não ter havido comprovação de fraude. Baseia sua alegação na Súmula CARF nº 14. Menciona, ainda a Súmula CARF nº 25 e a nº 34.

26. Ao final, pede:

a) Seja declarada a nulidade do Lançamento diante da questão prejudicial externa, haja vista ausência de julgamento da impugnação realizada frente ao processo administrativo fiscal de exclusão do Simples Nacional Ato Declaratório Executivo n. 01 de 08 de janeiro 2013.

b) Seja declarada a nulidade do auto de infração n.10950.725834/201298, em razão da constatação de omissão de receitas com base em provas ilícitas e pelo excesso de autuação.

c) caso ultrapassados os pedidos supra, que seja declarada a nulidade do auto de infração nº 10950.725831/201254, por vício material, em razão da aplicação da base de cálculo incorreta e em caso de continuidade do Processo Administrativo Fiscal, seja aplicada a base de cálculo de 8% (oito por cento) sobre os serviços de construção civil com o emprego de materiais.

d) Se,a desconsiderado como omissão de receitas, os créditos demonstrados na Planilha de Conciliação Bancária.

e) Requer revisão do auto de infração para a adoção da mesma proporção entre revenda e prestação de serviços, conforme consta no Demonstração do resultado do exercício encerrado em 31/12/2008.

f) Que seja cancelada a incidência da multa de ofício sobre a diferença dos tributos supostamente não declarados, por não haver comprovação de fraude.

g) Sejam considerados como regulares e suficientes para a comprovação de depósitos bancários, todos os documentos que seguem a presente impugnação.

Em face destes argumentos, a 2ª Turma da DRJ/CTA, proferiu acórdão julgando improcedente a Impugnação apresentada, e, por via de consequência, manteve o crédito tributário, conforme se depreende do acórdão abaixo ementado:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano calendário: 2009

EXCLUSÃO AO SIMPLES NACIONAL. EXCESSO DE RECEITAS. Não logrando afastar a imputação de ter extrapolado o limite de receitas previsto para as empresas optantes pelo Simples Nacional, impõe-se declarar procedente o ato de exclusão da pessoa jurídica ao benefício.

EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SIMPLES.

A partir do momento em que operados os efeitos da exclusão, a pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitase às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

SIMPLES. EXCLUSÃO. EFEITO SUSPENSIVO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. NECESSIDADE DE EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. DESCABIMENTO. ART. 151, III DO CTN. APLICABILIDADE LIMITADA À EXIGÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

No âmbito do processo administrativo, o efeito suspensivo não se presume, isto é, deve estar expresso em lei, o que impede à DRJ receber a manifestação de inconformidade contra ato de exclusão do Simples no efeito suspensivo, descabendo recorrer ao art. 151, III do CTN, que cuida tão somente de suspensão da exigibilidade de crédito tributário.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Data do fato gerador: 31/01/2009, 28/02/2009, 31/03/2009, 30/04/2009, 31/05/2009, 30/06/2009, 31/07/2009, 31/08/2009, 30/09/2009, 31/10/2009, 30/11/2009, 31/12/2009, 31/01/2010, 28/02/2010, 31/03/2010, 30/04/2010,

31/05/2010, 30/06/2010, 31/07/2010, 31/08/2010, 30/09/2010, 31/10/2010, 30/11/2010, 31/12/2010

CRÉDITOS BANCÁRIOS.

Por presunção de natureza legal, os depósitos/créditos junto a instituições bancárias não comprovados com documentação hábil e idônea coincidente em datas e valores com esses créditos autorizam o lançamento de ofício como omissão de receitas.

RECEITA OMITIDA. LUCRO PRESUMIDO. PERCENTUAL APLICÁVEL.

No caso de pessoa jurídica com atividades diversificadas tributadas com base no lucro presumido, não sendo possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, esta será adicionada àquela que corresponder o percentual mais elevado.

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

A presunção legal tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para o contribuinte, que pode refutá-la amparada em demonstração com base em oferta de provas hábeis e idôneas, descabendo solicitar ao fisco que supra aquilo que deixou de juntar à peça de defesa.

LANÇAMENTOS REFLEXOS: PIS, COFINS, CSLL

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

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Anocalendário: 2009, 2010

NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE.

Comprovado que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, não há que se cogitar em nulidade processual, nem em nulidade do lançamento enquanto ato administrativo.

EXTRATOS BANCÁRIOS APRESENTADOS VOLUNTARIAMENTE. INOCORRÊNCIA DE QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO.

Extratos bancários fornecidos pelo próprio contribuinte, de maneira voluntária, em atendimento às intimações efetuadas pela autoridade

tributária no decorrer da ação fiscal, não caracterizam quebra de sigilo bancário.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. REGRA GERAL E ESPECIAL. VINCULAÇÃO.

Só em casos especiais, devidamente expressos na Constituição Federal ou na legislação infraconstitucional, os julgados administrativos e judiciais têm efeitos erga omnes e em razão disso vinculam o julgador administrativo no seu ofício de julgar. A regra geral é que as decisões administrativas e judiciais tenham eficácia interpartes, não sendo lícito

estender seus efeitos a outros processos, não só por ausência de permissão legal para isso, mas também em respeito às particularidades de cada litígio.

ALEGAÇÕES DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.

Discussões acerca da constitucionalidade ou legalidade das leis exorbitam da esfera de competência das autoridades administrativas, às quais cabe apenas cumprir o que determina a legislação em vigor, principalmente em se tratando de norma validamente editada, segundo o processo legislativo constitucionalmente estabelecido.

MULTA DE OFÍCIO PERCENTUAL APLICÁVEL LEGALIDADE.

Constatada infração à legislação tributária, a imposição de penalidades pelo fisco obedece ao princípio da estrita legalidade, nos termos do art. 97, inciso V, do CTN, sendo inerente ao lançamento de ofício, não cabendo à autoridade tributária reduzir os percentuais aplicados segundo a legislação tributária, nem afastar sua exigência, exceto quando há previsão legal.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformado com o resultado do julgamento, o Contribuinte interpôs Recurso Voluntário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator Maurício Pereira Faro

O presente Recurso Voluntário é tempestivo, motivo pelo qual dele conheço nos termos da lei.

Conforme descrito no relatório, trata-se, na origem, de análise de dois atos: a) o Ato Declaratório Executivo DRF/MGÁ nº 01 (fl.639), de 08/01/2013, que determinou a exclusão da contribuinte ao Simples Nacional, desde 01/01/2009 e; b) a impugnação aos autos de infração lavrados pela sistemática do Lucro Presumido, relativos aos fatos geradores ocorridos nos anos calendário de 2009 e 2010. Vejamos os desdobramentos em separado:

Da Exclusão do Simples Nacional

O primeiro fato a ser analisado é a exclusão da Recorrente ao benefício do Simples Nacional. A justificativa para a emissão do ato ora atacado e que consta da Representação Fiscal de fls. 578589, é que a movimentação financeira da empresa junto ao sistema bancário demonstra que, reiteradamente os faturamentos nos anos calendários de 2008 e 2009 ultrapassaram o limite de receita bruta anual legalmente estabelecido para as empresas de pequeno porte.

O demonstrativo colacionado aos autos sustenta as afirmações do fisco. O Levantamento efetuado nos extratos bancários apresentados pela Recorrente comprova que os valores declarados ao fisco foram bem inferiores àqueles que circularam pelas contas correntes da pessoa jurídica.

É bom frisar que a empresa foi intimada e reintimada a justificar a origem dos valores creditados nas contas correntes mantidas junto a instituições financeiras com a apresentação de documentação hábil e idônea; entretanto, o atendimento das duas intimações vieram desacompanhadas documentos que comprovassem a origem dos créditos ou depósitos listados em demonstrativos entregues anexos às intimações.

Assim, a ausência de comprovação da origem dos recursos creditados nas contas bancárias, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, acarretou o lançamento de ofício, em razão de omissão de receitas pelos depósitos bancários de origem não comprovada, consoante o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Do Efeito Suspensivo da Impugnação ao Ato de Exclusão

Inicialmente a Recorrente alega a nulidade do lançamento fiscal, em decorrência de existir impugnação contra o Ato de Exclusão do Simples Nacional.

Ocorre que, como já definiu este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, a impugnação do Ato de Exclusão não impede o lançamento de ofício, nesse sentido:

EXCLUSÃO DO SIMPLES — LANÇAMENTO — *a autoridade fiscal tem competência para promover o lançamento de crédito tributário segundo o regime geral de tributação das pessoas jurídicas, ainda que o ato de exclusão do Simples Federal não seja definitivo no âmbito administrativo. (1ª Seção, 1ª Turma da 2ª Câmara – Acórdão 1201-00.205, publicado em 14.02.2011)*

Além disso, a referida matéria já foi sumulado por este Egrégio Conselho, vejamos:

Súmula CARF nº 77: *A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.*

Assim, não há que se falar em nulidade do procedimento administrativo de lançamento.

Da Utilização de Depósitos Bancários – Da Suposta Nulidade por utilização de Prova Ilícita -

A Recorrente alega que a fiscalização teria utilizado prova ilícitos para realizar o lançamento, ou seja, argumento que os depósitos bancários não poderiam ser utilizados para considerar como presunção de receita tributável, bem como que os depósitos bancários não são sinônimos de receita.

Não assiste razão a Recorrente. Vejamos os histórico da evolução sobre a referida matéria.

A legislação pertinente à omissão de receita calcada em depósitos bancários, qual seja a lei 9430/96, assim dispõe:

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.

Sobre a presunção legal de omissão de receitas, é oportuno um rápido histórico da legislação vigente sobre a tributação de depósitos bancários, a fim de aclarar a evolução do ordenamento jurídico que regeu, e rege, a matéria tributária objeto do presente lançamento.

A Lei nº 8.021, de 14 de abril de 1990, determinou o seguinte:

"Art. 6.º. O lançamento de ofício, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando-se os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza.

(...)

§5.º. O arbitramento poderá ainda ser efetuado com base em depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o

contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações. (Grifou-se.) "

À vista de tais regras, tem-se que os rendimentos omitidos poderiam ser arbitrados com base nos sinais exteriores de riqueza, caracterizados por gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte; a omissão poderia, ainda, ser presumida no valor dos depósitos bancários injustificados, desde que apurados os citados dispêndios e que este fosse o critério de arbitramento mais benéfico ao contribuinte.

A partir de 1997, entretanto, o assunto em tela passou a ser disciplinado de forma diferente do previsto na Lei nº 8.021, de 1990: foi promulgada a já transcrita Lei nº 9.430, de 1996, que no art. 42, e 88, XVIII, com a alteração do art. 4º da Lei nº 9.481, de 13 de agosto de 1997, que, conforme art. 150, III da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 - CF, de 1988 c/c o art. 105 do CTN, aplica-se aos fatos geradores futuros ou pendentes ocorridos a partir de 01/01/1997, e que revogou a o §5.º do art. 6.º da Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990.

Dessa forma, o legislador estabeleceu, a partir da referida data, uma presunção legal de omissão de rendimentos; não logrando o titular comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, tem-se a autorização para considerar ocorrido o fato gerador, ou seja, para presumir que os recursos depositados traduzem rendimentos do contribuinte; há a inversão do ônus da prova, característica das presunções legais - o contribuinte é quem deve demonstrar que o numerário creditado não é renda tributável.

Assim, o legislador substituiu uma presunção por outra, as duas relativas ao lançamento do rendimento omitido com base nos depósitos bancários, porém diversas nas condições para sua aplicação: a da Lei nº 8.021, de 1990, condicionava-se à falta de comprovação da origem dos recursos à demonstração dos sinais exteriores de riqueza e que fosse este o critério mais benéfico ao contribuinte; já a presunção da Lei nº 9.430, de 1996, está condicionada apenas à falta de comprovação da origem dos recursos depositados em nome do fiscalizado, em instituições financeiras.

Via de regra, a autoridade deve estar munida de provas para alegar a ocorrência do fato gerador; contudo, nas situações em que a lei presume a ocorrência do fato gerador - as chamadas presunções legais - como no caso em tela, a produção de tais provas é dispensada, e cabe ao contribuinte apresentar provas que elidam a presunção de omissão resultante.

Nessa linha, as presunções legais são as estabelecidas por lei, que determina o princípio em virtude do qual se tem como provado o fato, pela dedução tirada de outro fato, ou de um direito, por outro direito.

As presunções legais dividem-se em absolutas ou presunções *júris et jure* e em relativas, condicionais ou presunções *júris tantum*. As presunções absolutas são as que, por expressa determinação da lei, não admitem prova em contrário nem impugnação; os fatos ou atos que por elas se deduzem, são tidos como provados, consequentemente como verdadeiros, ainda que se tente demonstrar o contrário. As presunções relativas são estabelecidas em lei, não em caráter absoluto ou como verdade indestrutível, mas em caráter relativo, que podem ser destruídas por uma prova em contrário, ou seja, valem enquanto prova em contrário não vem desfazê-las ou mostrar sua falsidade.

Tal como as absolutas, as presunções relativas não se confundem com os indícios, porquanto estes podem, em certas circunstâncias, merecer fé, desde que acompanhados de elementos subsidiários que os tornem de valor indiscutível, enquanto aquelas são geradas do preceito ou da regra legalmente estabelecida. No caso em análise, verifica-se não se tratar de simples indício de omissão de receitas, porquanto havendo uma presunção legal relativa, fica invertido o ônus da prova, cabendo à contribuinte a produção da prova de que não teria ocorrido a omissão de receitas.

Logo, tratando-se de presunção *júris tantum*, ou seja, está prevista em lei, mas admite prova em contrário, caberia à interessada comprovar a sua improcedência, mediante provas que apresentasse.

Assim, tratando o caso em tela de presunção legal relativa, fica invertido o ônus da prova, pois a autoridade administrativa fica dispensada de provar que ao negócio jurídico com as características descritas na lei corresponde, efetivamente, o fato econômico sujeito à incidência do imposto de renda; nesse caso, cabe à contribuinte a produção da prova de que o fato presumido não existe, ou seja, de que não teria ocorrido a omissão de receitas apontada pela fiscalização com base nos depósitos bancários de origem não comprovada.

Dessa forma, não há que se falar em procedimento ilícito, pois o procedimento dos depósitos bancários estão em consonância com a legislação pátria e que a Recorrente não trouxe nenhuma forma nova que comprove-se a origens dos depósitos bancários.

Da nulidade quanto a utilização da base de cálculo

A Recorrente requer que seja declarada a nulidade do auto de infração nº 10950.725831/2012-54, por vício material, em razão da aplicação da base de cálculo incorreta e em caso de continuidade do Processo Administrativo Fiscal, seja aplicada a base de cálculo de 8% (oito por cento) sobre os serviços de construção civil com o emprego de materiais.

Bem. Entendo que não assiste razão ao contribuinte. Os valores autuados como omissão de receitas presumida a partir de depósitos/créditos bancários recebidos em contas de sua propriedade estão demonstrados nos autos. Observa-se que resultam da soma dos depósitos/créditos recebidos, menos os valores declarados de receitas.

Portanto, os recebimentos pela empresa de tais valores não foram justificados, sendo, por presunção legal que se comenta a seguir, considerados receita omitida, caso em que o RIR, de 1999, conforme base legal da autuação, assim determina:

OMISSÃO DE RECEITA

Art. 528. Verificada omissão de receita, o montante omitido será computado para determinação da base de cálculo do imposto devido e do adicional, se for o caso, no período de apuração correspondente, observado o disposto no art. 519 (Lei nº 9.249, de 1995, art. 24).

Parágrafo único. No caso de pessoa jurídica com atividades diversificadas tributadas com base no lucro presumido, não sendo possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, esta será adicionada àquela que corresponder o percentual mais elevado (Lei nº 9.249, de 1995, art. 24, § 1º).

Das atividades desenvolvidas pelo contribuinte, o de percentual mais elevado é a prestação de serviços de intermediação de negócios, para a qual se aplica 32%.

De onde se evidencia descabida a pretensão de que se aplique o percentual de 8% na apuração do lucro presumido à receita omitida.

Da Tributação Reflexa (CSLL, PIS e COFINS)

Com relação aos tributos reflexos (PIS, Cofins e CSLL), sendo decorrentes das mesmas infrações tributárias que motivaram a autuação relativa ao IRPJ (lançamento principal), deverá ser aplicada idêntica solução, em face da estreita relação de causa e efeito, até porque não foram trazidos pela impugnante argumentos específicos contra esses lançamentos, tanto no que tange a exoneração do crédito tributário, quanto a manutenção do mesmo. Nesse sentido, a Lei nº 9.249, de 1995, estabelece em seu art. 24 e § 2º:

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

(...)

§ 2º O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para a seguridade social - COFINS e da contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP.

Assim, há de se exonerada e mantida a tributação de CSLL, PIS e COFINS nos mesmos termos acima transcritos.

Da Multa de Ofício

O contribuinte contesta também a cobrança da multa de ofício, aplicada no percentual de 75%, por entender ser indevida, já que não restou caracterizada fraude.

Aqui, deve-se ressaltar que a responsabilidade por infrações tributárias é objetiva e independe da culpa ou dolo do agente, como estabelece o artigo 136 do Código Tributário Nacional CTN:

“Art.136 Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.”

Uma vez instaurado o procedimento de ofício, o crédito tributário apurado pela autoridade fiscal deve ser lançado de acordo com a legislação de regência em vigor nesta data, pois a atividade do lançamento é vinculada e obrigatória, por força do parágrafo único do artigo 142 do CTN, não cabendo ao agente decidir sobre sua aplicação ou não. Em relação ao

percentual aplicado, foi utilizado o menor percentual de multa previsto na legislação em vigor, como se verifica do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, sobre multas aplicáveis aos lançamentos de ofício:

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

I de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

A multa aplicada de 75% decorreu de uma infração fiscal cometida pelo Recorrente e constitui penalidade pecuniária. Trata-se, portanto de penalidade e não de tributo, não tendo o dito caráter confiscatório, já que não visa arrecadar mais tributo (ou contribuição), mas sim desestimular a prática da ilicitude fiscal que a mesma visa coibir. Mesmo entendendo o espírito da lei, o contribuinte deixou de cumpri-la, assumindo, assim, o ônus da conduta inadequada, pois somente incorre na multa quem infringe a legislação tributária. Se ele não queria sofrer dita penalidade, bastaria cumprir rigorosamente as disposições da legislação em vigor em relação ao recolhimento do tributo.

Assim, diante do exposto rejeito as preliminares e voto no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário, e manter o crédito tributário *in totum*.

É como voto.

Mauricio Pereira Faro - Relator