



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

Processo nº 11020.003780/2005-41
Recurso nº 159.293 Voluntário
Acórdão nº 1102-00.183 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de abril de 2010
Matéria SIMPLES
Recorrente Alzido Dinnebier & Cia. Ltda.
Recorrida 1ª Turma da DRJ em Porto Alegre-RS

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

Ano-calendário: 2000

NULIDADE DO LANÇAMENTO. INEXISTÊNCIA.

Não ocorre nulidade do lançamento quanto atendidos os preceitos do artigo 59 do Processo Administrativo Fiscal.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM. ÔNUS DA PROVA.

Por presunção legal contida no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, os depósitos efetuados em conta bancária cuja origem dos recursos depositados não tenha sido comprovada pela contribuinte mediante apresentação de documentação hábil e idônea, caracterizam omissão de receita.

BASE DE CÁLCULO. RECEITA OMITIDA.

A base de cálculo do SIMPLES é a receita bruta, assim compreendida como o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, sendo-lhe vedado proceder a qualquer outra exclusão em virtude da alíquota incidente ou de tratamento tributário diferenciado. Verificada a omissão de

Assinatura manuscrita em tinta preta, com uma inicial 'R' e uma letra 'K' estilizadas, seguidas por um traço horizontal.

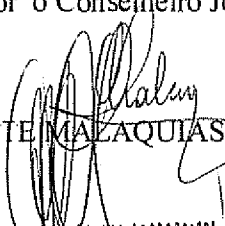
receita aplica-se os percentuais legalmente previstos sobre a receita bruta mensal auferida para a determinações dos impostos e contribuições devidos.

MULTA QUALIFICADA – Não é possível aplicação de multa qualificada, quando a autuação deriva tão somente, de presunção.

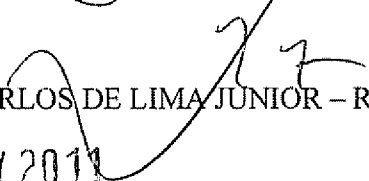
PRELIMINAR DECADÊNCIA. RECONHECIDA EM PARTE. Nos termos do artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, inicia-se com o respectivo fato gerador. Passados cinco anos sem lançamento fiscal, ocorre a decadência do crédito tributário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar a preliminar de nulidade. No mérito, por maioria de votos, desqualificar a multa de ofício aplicada e, nesta conformidade, acolher a preliminar de decadência para os fatos geradores ocorridos até o mês de novembro de 2000, vencidos o Relator e Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro João Carlos de Lima Junior.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO - Presidente.


JOSÉ SÉRGIO GOMES - Relator


JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR – Redator designado

EDITADO EM: 25 FEV 2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ivete Malaquias Pessoa Monteiro (Presidente), João Carlos de Lima Júnior (Vice-Presidente), José Sérgio Gomes, Silvana Rescigno Guerra Barreto, João Otávio Opperman Thomé e Manoel Mota Fonseca.

Relatório

Em foco recurso voluntário visando a reforma da decisão da 1ª Turma de Julgamento da DRJ em Porto Alegre/RS que julgou procedentes os lançamentos efetuados em 06/12/2005 pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Caxias do Sul/RS com vistas à exigência de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), Contribuição

para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), Contribuição para Seguridade Social (INSS) e Imposto sobre Produtos Industrializados, respeitado o regime de tributação pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), acrescidos de multas de ofício de 75% (setenta e cinco por cento) e de 150% (cento e cinquenta por cento) e juros moratórios calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC).

A ação fiscal consistiu na tributação, a título de omissão de receitas, dos valores depositados em contas-correntes bancárias cuja origem não logrou ser justificada pela contribuinte, fazendo-se incidir sobre as exigências resultantes a multa de 150% ante o entendimento de conduta fraudulenta, bem como, no lançamento das quantias correspondentes à insuficiência na apuração dos próprios valores declarados e/ou recolhidos em face da mudança da alíquota aplicável decorrente da transposição da faixa de receita bruta, incidindo, quanto a estes, a multa de 75% (setenta e cinco por cento).

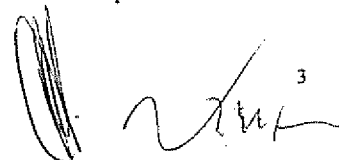
Impugnando os lançamentos a contribuinte invocou preliminar de nulidade dos autos de infração por ocorrente a decadência do direito fiscal e cerceamento do direito de defesa caracterizado pela não concessão do prazo de 180 (cento e oitenta) dias para apresentação dos documentos e esclarecimentos. Quanto ao mérito, consignou o equívoco da fiscalização em deixar de excluir do montante dos depósitos bancários os valores afetos às notas fiscais de vendas, já que grande parte dessas fazia-se acompanhada de duplicatas posteriormente pagas via instituições financeiras e os valores dos empréstimos feitos pela pessoa jurídica Sandra de Lio Indústria e Comércio de Confeções Ltda, e ainda, os valores das duplicatas dessa mesma empresa descontadas nos Bancos em seu nome.

Pugnou pela inexistência de diferenças a serem recolhidas e que aquelas afetas à COFINS devem ser decotadas do valor do ICMS, dado que este tributo não poderia constituir sua receita. Ainda, quanto ao PIS e à COFINS, disse que são inviáveis as exigências em razão da inconstitucionalidade do agravamento da base de cálculo trazida pela Lei nº 9.718, de 1998, a par da ilegitimidade da revogação do permissivo nela contido, trazida pela Medida Provisória nº 1991-18, de 2000, no sentido de ser possível excluir da receita, no período de janeiro de 1999 a setembro de 2000, as verbas transferidas para outras pessoas jurídicas e, por fim, em relação à contribuição ao INSS, que descabe qualquer exigência sobre as remunerações pagas a autônomos, previstas na Lei Complementar nº 84, de 1996 e Lei nº 9.876, de 1999, por falta de respaldo constitucional.

Igualmente, irressignou-se contra exigências para o Seguro Acidente de Trabalho (SAT), salário educação, SEBRAE e ao INCRA.

Por fim, asseverou que a multa de 150% (cento e cinquenta por cento) tem caráter confiscatório e que a lei que a prevê configura absoluta inconstitucionalidade, a par de ferir o princípio da razoabilidade, e ainda, que não haveria justificativa legal para cobrança de juros à taxa do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC).

Aquela 1ª Turma de Julgamento admitiu a impugnação e refutou a preliminar de cerceamento do direito de defesa em vista da concessão de prazo razoável para a apresentação de documentos, como também não reconheceu a decadência do direito fiscal de lançamento em face de julgados do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o prazo para tanto é de 10 (dez) anos, contados da ocorrência do fato gerador, ou mesmo que se tenha em



mente o prazo de 5 (cinco) anos, a contagem inicial foi prorrogada para o primeiro dia útil do exercício seguinte ante a constatação de conduta dolosa.

Consignou, também, que a omissão da contribuinte em comprovar os esclarecimentos requeridos pela fiscalização tornou impossível quantificar eventual parte do faturamento que efetivamente tenha transitado pelas contas-correntes bancárias e que, no condizente às duplicatas de terceiros, o relatório fiscal é suficientemente conciso na afirmação de que nenhum borderô ou duplicata fora apresentado, muito menos feita qualquer vinculação destes valores com aqueles creditados nas contas-correntes.

Expressou entendimento, ainda, que a legislação que rege o SIMPLES não contempla deduções da base de cálculo do PIS e da COFINS, como também, que o contencioso administrativo não é foro próprio para discussões quanto à constitucionalidade da legislação de exigência de tributos e dos acréscimos de multa e juros.

Ciente do decisório em 07 de junho de 2006 a contribuinte apresentou em 04 do mês seguinte o recurso e documentos de fls. 454/515 reprisando as razões expendidas na peça impugnatória.

Encontra-se encartado às fls. 518/523 o Acórdão nº 302-38.701, da extinta Segunda Câmara Terceiro Conselho de Contribuintes, aprovando a remessa dos autos ao então Primeiro Conselho de Contribuintes e registrando a necessidade de retorno àquela Câmara para apreciação da matéria reflexa (ato de exclusão do SIMPLES).

É o relatório, em apertada síntese.

Voto Vencido

Conselheiro JOSÉ SÉRGIO GOMES

Observo a legitimidade processual e o aviamento do recurso no trintídio legal. Assim sendo, dele tomo conhecimento.

Inicialmente, registro a plena competência deste Colegiado para apreciação da matéria ventilada no Acórdão de fls. 518/523, eis que delineada no artigo 2º do Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recurso Fiscais (CARF), aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, órgão resultante da unificação dos antigos Conselhos de Contribuintes feita pelo artigo 48 da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.

Não se verifica nos autos qualquer das hipóteses previstas no art 59 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que versa:

"Art. 59. São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa "

Encontrando-se os autos de infração, como efetivamente se encontram, lavrados e assinados por pessoa competente, dentro da estrita legalidade, descaber cogitar a incidência na primeira hipótese. Também não se observa qualquer desobediência ao inciso II



da norma processual em pauta, já que à Recorrente fora disponibilizado o prazo superior a 3 (três) meses, bastante razoável, para apresentar documentação que comprovasse a origem dos recursos ingressados nas contas-correntes bancárias, de sorte que não se afigura o cerceamento do direito de defesa.

No que diz respeito à decadência do direito fiscal em constituir o crédito tributário suplementar verifico que as exigências materializadas nos autos de infração encontram-se afetas a lançamento cuja natureza é por homologação, assim compreendida pela atividade imposta ao contribuinte em determinar a matéria tributável, calcular a exação e efetuar o pagamento do *quantum* eventualmente apurado, independentemente de notificação.

Afora o lançamento por excelência (praticado de ofício), duas outras modalidades de lançamento foram previstas pelo Código Tributário Nacional (CTN): *i*) por declaração (artigo 147) e *ii*) por homologação (artigo 150). Assim, se a administração fiscal praticamente baniu a utilização da primeira modalidade (ao menos os tributos aqui discutidos não são lançados mediante prévias declarações da contribuinte), resta concluso que impera a segunda.

As prescrições do lançamento por homologação encontram-se delineadas no artigo 150 do CTN, que estabelece:

"Art. 150 – O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação "

Entendo que a "atividade" eleita pela norma não se restringe à presença de efetivo pagamento, bastando a existência do sujeito passivo, é dizer, encontrar-se a pessoa jurídica inscrita nos cadastros fiscais, pois o pagamento nem sempre poderá apresentar-se necessário, embora apurado crédito tributário, que se anula à vista de crédito a favor da própria contribuinte.

Já as disposições legais afetas às condutas fraudulentas de que fala o transcrito § 4º, encontram-se delineadas nos artigos 71 a 73 da lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, a ver:



"Lei nº 4.502 de 1964"

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

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

II - das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação principal ou o crédito tributário correspondente

Art. 72 - Fraude é toda ação ou omissão, dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou deferir o seu pagamento.

Art. 73 - Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos no art. 71 e 72"

A sonegação impede a apuração da obrigação tributária principal diante da ocultação de bens ou fatos jurídicos à incidência fiscal, incólume, portanto, o fato gerador, enquanto na figura da fraude a ação ou omissão está direcionada ao obscurecimento da própria ocorrência do fato gerador.

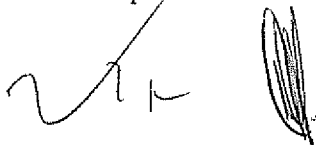
O Fisco, bem assim a decisão recorrida, adotaram a tese de sonegação em vista da declaração anual e pagamentos não terem refletido o verdadeiro faturamento naquele ano de 2000, impedindo ou retardando, assim, o conhecimento da ocorrência do fato gerador.

Creio acertado o entendimento, não obstante a figura da declaração inexata não se amoldar totalmente às condutas previstas na lei, já que não se trata de instrumento tendente ao lançamento a que alude o artigo 147 do CTN.

Em se tratando de pessoa jurídica, e tendo-se em mente a sistemática de lançamento por homologação adotada pela Administração, bem como, o fato da receita auferida exprimir-se na base de cálculo ou integrar a conceituação do fato gerador do regime do SIMPLES, afigura-me que à contribuinte cumpre emitir a nota fiscal de venda ou documento equivalente, escriturar a operação, calcular o tributo devido e declará-la ao Fisco

No caso dos autos restou incontestado que não foram escrituradas quaisquer operações indicativas de receitas que pudessem lastrear a origem dos recursos ingressados nas contas-correntes bancárias, aliás, sequer escriturou-se o livro "Caixa", nem tampouco logrou a Recorrente apresentar notas fiscais de vendas que laborassem nessa conclusão. Ora, a prática reiterada de não registrar na contabilidade essa movimentação bancária caracteriza o intuito doloso de ocultar a obrigação tributária principal, o que atrai, inclusive, a qualificação da multa de ofício.

Assim, o termo inicial de contagem do prazo de decadência iniciou-se em 1º de janeiro de 2001. Por conseguinte, aplicando-se as regras de contagem insertas no artigo 210 do CTN e artigo 66, § 3º, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, quais sejam, que se exclui o dia de início e inclui-se o dia final, bem como, que na fixação de prazo em meses e anos conta-se data a data, apercebe-se que em 06 de dezembro de 2005, quando se ultimaram os atos administrativos, o direito fiscal em proceder aos lançamentos complementares não pereceu.



Quanto ao mérito, importa à questão o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que trata de presunção relativa quando a pessoa jurídica não logra comprovar a origem dos recursos utilizados nas operações de depósitos ou de investimentos em conta mantida junto a instituição financeira.

Assim dispõe o citado dispositivo legal:

"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"

Art. 88. Revogam-se .

(...)

XVIII – o §5.º do art. 6º da Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990

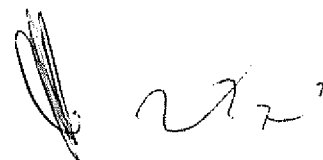
"

Assim, o Fisco, ante a vinculação legal decorrente do princípio da legalidade que rege a Administração Pública, precisa apenas demonstrar a existência de depósitos bancários não escriturados ou de origem não comprovada para satisfazer o *onus probandi* a seu cargo. Antes tal previsão não existia e com isso precisava, nos estritos termos do parágrafo 5.º e do *caput* do artigo 6.º da Lei nº 8.021 de 1990, não apenas constatar a existência dos depósitos, mas estabelecer uma conexão, um nexo causal, entre estes depósitos e alguma exteriorização de riqueza e/ou operação concreta do sujeito passivo que pudesse ter dado ensejo à omissão de receitas.

Enfim, não se tributa o depósito bancário nem tampouco se interpreta que ele seja o fato gerador dos tributos abarcados pelo regime do SIMPLES. O que se está tributando é uma importância financeira de propriedade da fiscalizada que, pelo fato de não estar escriturada, declarada ou justificada, deve ser considerada receita omitida, segundo a legislação acima reproduzida, que presume que este montante na verdade se origina de receita tributável auferida e não declarada.

O contribuinte, de sua parte, afasta a presunção *iuris tantum* produzindo a prova em contrário, no caso apresentando os documentos que comprovem a origem dos valores depositados em sua conta bancária. Não o fazendo, como ao longo da pesquisa fiscal efetivamente não o fez, nem tampouco os remédios recursais aviados (impugnação e recurso voluntário) se fizeram acompanhados desses comprovantes, lícito concluir que se tratam de receitas tributáveis não incorporadas àquelas registradas na escrituração.

Verificada a omissão de receita cumpre à autoridade tributária determinar o valor dos tributos de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão (artigo 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995). Em sendo empresa inscrita no SIMPLES, e não havendo sua exclusão do referido sistema no ano fiscalizado (2000), os valores devidos mensalmente pela empresa autuada devem ser determinados mediante a aplicação, sobre a receita bruta mensal auferida, dos percentuais definidos na lei do regime simplificado.



Por sua vez, não prospera o argumento de que os valores do faturamento constante na Declaração Anual Simplificada e dos empréstimos feitos pela pessoa jurídica Sandra de Lio Indústria e Comércio de Confeções Ltda e ainda das duplicatas dessa mesma empresa descontadas em sua conta devem ser excluídos do montante dos depósitos classificados à margem da escrita, seja porque o primeiro resume-se à esfera da presunção, e aí aflorada a presunção *hominis* dentro da presunção legal de omissão de receita, sem contar que as únicas deduções possíveis são aquelas expressamente previstas no § 3º da norma em comento, quais sejam, *i)* os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica e, *ii)* no caso de pessoa física, sem prejuízo do item anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00, desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00, seja porque os segundos não foram comprovados.

Noutro giro, e como bem assentado pela decisão recorrida, no regime do SIMPLES inexistente espaço para deduções da base de cálculo dos tributos por ele abarcados, isto é, a base que serve ao cálculo dos gravames é a receita bruta mensal auferida (Lei nº 9.317, 1996, artigo 2º, § 2º c/c artigo 5º).

Com efeito, a receita bruta está bem definida no § 2º do art. 2º da lei instituidora do SIMPLES, *in verbis*:

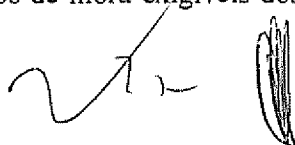
"§ 2º Para os fins do disposto neste artigo, considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos."

Assim, afóra as exclusões indicadas no dispositivo transcrito é vedado, para fins da determinação da receita bruta apurada mensalmente, proceder-se a qualquer outra exclusão em face da alíquota incidente ou de tratamento tributário diferenciado, tais como, substituição tributária, diferimento, crédito presumido, redução de base de cálculo, isenção, outros tributos embutidos no preço de venda, etc.

Finalmente, no que diz respeito à multa aplicada e aos juros de mora observa-se que ditos acréscimos incidem sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição, bem como, que seus respectivos percentuais não são arbitrados pela autoridade administrativa, sendo que a apreciação de arguições de inconstitucionalidade/ilegalidade da legislação tributária foge à alçada delas por não disporem de competência para examinar a legitimidade de normas inseridas no ordenamento jurídico nacional.

Cediço que todas as leis vêm ao mundo jurídico gozando de presunção de constitucionalidade, cabendo à autoridade administrativa tão-somente velar pelo seu fiel cumprimento. Embora exista a possibilidade de afrontarem a Constituição instituiu-se, por esta razão, os controles de constitucionalidade dos atos legais (difuso e concentrado), mas são eles da exclusiva alçada do Poder Judiciário, consoante artigo 102 da Constituição.

Contudo, diante do disposto no parágrafo único do artigo 4º do Decreto nº 2.346, de 10/10/1997, o qual estabelece que "... devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação de lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal", resta salientar que inexistente até a presente data decisão proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade do § 3º do artigo 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que rege a utilização da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) como juros de mora exigíveis dos débitos de qualquer natureza para com a Fazenda



Nacional, bem assim, do artigo 44, inciso I e § 1º desse mesmo diploma legal, que trata da multas de ofício e sua gradação.

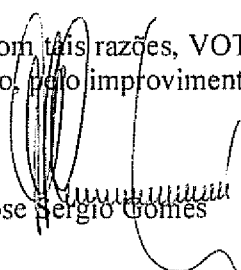
Registro, ainda, que as Súmulas nºs 2 e 4 deste Conselho assim se expressam:

“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

“A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.”

Deixo de apreciar as irresignações contra as contribuições ao Seguro Acidente de Trabalho (SAT), salário educação, SEBRAE e ao INCRA, haja vista não integrarem a exigência fiscal.

Com tais razões, VOTO pela rejeição da preliminar de nulidade dos autos de infração e, no mérito, pelo improvimento do recurso.


Jose Sergio Gomes

Voto Vencedor

João Carlos de Lima Junior – Redator Designado

Trata-se de Auto de Infração e Imposição de Multa relacionado à omissão de receitas de valores depositados em contas bancárias cuja origem não foi comprovada pelo contribuinte, quando intimado para tanto, incidindo em razão deste ato, multa qualificada de 150% ante o entendimento fiscal de que houve conduta fraudulenta.

Com relação à multa qualificada, reitero o entendimento, por mim defendido, de que a mesma só pode ser aplicada mediante comprovação de ocorrência previstas nos artigos 71, 72 e/ou 73 da Lei nº 4.502/64, conforme se depreende do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 acima transcrito.

Como já dissemos *alhures*, para que seja aplicada a multa qualificada de 150% é necessário que a fiscalização comprove, de forma inequívoca, que o contribuinte agiu dolosamente na execução do ato fraudulento, não bastando meros indícios de sua conduta ilícita.



Ora, se o Fisco presumiu a existência da omissão de receitas é porque não tinha prova de sua real existência, vez que o significado da palavra presumir é justamente “Entender, baseando-se em certas probabilidades” (Dicionário Aurélio).

Além disso, a própria inversão do ônus da prova resulta da impossibilidade do fisco de comprovar a real existência da receita e, portanto, da fraude, pois se isso fosse possível, por lógica, não haveria a necessidade da inversão.

Por outro lado, também não se pode alegar que o fato de o contribuinte não ter feito prova da inexistência do ato fraudulento implica em prova positiva.

Entendo que uma coisa é oposta a outra, ou tem-se prova da omissão de receita e então a fraude também está provada, ou tem-se indício da omissão com a consequente inversão do ônus da prova e, ante a ausência de prova do contribuinte, não se tem prova da omissão e então a fraude também não está provada.

Outrossim, diferentemente da omissão de receita, a legislação não autoriza a presunção de fraude, que deve ser provada e não presumida.

Aliás, este entendimento foi sumulado por este E. Conselho, senão vejamos:

Súmula CARF Nº 25

A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Desta forma, diante da presunção da omissão de receitas, não há como se comprovar no presente caso o evidente intuito de fraude exigido para a qualificação da multa de ofício, razão pela qual deve ser afastada a multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento), aplicada sobre a omissão de depósitos da empresa, nos termos do artigo 44, inciso I da Lei nº 9430/96.

Em assim sendo, percebe-se que o termo *a quo* para a contagem do prazo decadencial também se modifica, haja vista que não havendo intuito fraudulento o prazo decadencial dos tributos sujeitos a lançamento por homologação devem ser contados da data de ocorrência do fato gerador, nos termos do artigo 150, §4º do CTN.

Handwritten signature and a circular stamp.

In casu, o crédito tributário deriva de tributos sujeitos a lançamento por homologação, logo, a ocorrência do fato gerador constitui o termo *a quo* para a contagem do prazo decadencial, conforme determina o § 4º do artigo 150 do CTN, o qual diz, *in verbis*:

"Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

()

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação."

Sob essa premissa, concluímos que houve decadência dos tributos cujos fatos geradores ocorreram até o mês de novembro de 2000.

É como voto.

João Carlos Lima Júnior