



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

Processo n° 11634.000100/2008-61
Recurso n° 000000 Voluntário
Acórdão n° 1202-00.546 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de junho de 2011
Matéria IRPJ
Recorrente OWER COMPUTADORES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005

NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO. PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA.

Não verificado que houve preterição do direito de defesa, descabe falar em nulidade dos autos de infração. Não enseja nulidade do lançamento quando presentes os elementos do art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972 e alterações.

PERÍCIA. NÃO CONHECIMENTO.

Nos termos do processo administrativo fiscal, não se conhece do pedido de perícia quando não atendidos os requisitos formais para a sua solicitação.

ARBITRAMENTO. MATÉRIA NÃO CONTESTADA. DEFINITIVIDADE.

Considera-se definitiva, na esfera administrativa, matéria não expressamente contestada na peça recursal.

OMISSÃO DE RECEITAS DA ATIVIDADE DA EMPRESA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM COMPROVAÇÃO DA ORIGEM.

Por expressa disposição legal, consideram-se receitas omitidas os valores creditados em conta mantida junto a instituição financeira cuja origem não seja comprovada, mediante documentação hábil e idônea.

MULTA DE OFÍCIO.NO PERCENTUAL DE 75%. CONFISCO.

É inaplicável às multas o conceito de confisco, o qual é dirigido unicamente aos tributos.

LANÇAMENTOS DECORRENTES. PIS, CSLL E COFINS

Subsistindo o lançamento principal, devem ser mantidos os lançamentos que lhe sejam decorrentes, na medida que os fatos que ensejaram os lançamentos são os mesmos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do pedido de perícia, rejeitar a preliminar de nulidade dos autos de infração, considerar definitiva a matéria não contestada e, no mérito, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Donassolo – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Donassolo, Orlando José Gonçalves Bueno, Marcelo Baeta Ippolito, Geraldo Valentim Neto, Jorge Celso Freire da Silva e Maria Elisa Bruzzi Boechat.

Relatório

Por bem retratar os fatos ocorridos transcrevo, em parte, o relatório do Acórdão nº 06-21.363 da DRJ/Curitiba, de fls. 333 a 341, o qual passo a adotar:

“Trata o processo de:

a) exclusão da empresa do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — Simples, a partir de 01/01/2005, mediante o Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/LON nº 6, de 8 de fevereiro de 2008, fl. 41, emitido pelo delegado da Receita Federal do Brasil em Londrina/PR, porque a empresa, no ano-calendário 2004, auferiu receitas em montante superior ao admitido pela sistemática, conforme apurado em autuação contida no processo administrativo nº 11634.000307/2008-36; a base legal foram os arts. 9º, II e 23, II da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, Instrução Normativa SRF nº 608, de 9 de janeiro de 2006;

b) autos de infração relativos ao exercício de 2006, ano-calendário 2005, exigindo os impostos e contribuições:

a. Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ, fls. 274/279, no valor de R\$ 33.331,17, devido a omissão de receitas da atividade, relativas a depósitos bancários não escriturados e cuja origem não foi esclarecida, nos períodos de apuração 31/03/2005, 30/06/2005, 30/09/2005 e 31/12/2005, apurados mediante arbitramento do lucro, com base nos arts. 27, I e 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; [...]

b. contribuição ao Programa de Integração Social - PIS, lis. 280/286, no valor de R\$ 13.095,11 relativa à mesma infração, nos meses de 01 a 12/2005, com base no art. 1º a 3º da Lei Complementar nº 7, de 07 de setembro de 1970; [...]

c. Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, fls. 287/293, no valor de R\$ 58.845,73 relativa à mesma infração, nos meses de 01 a 12/2005, com base nos arts. 20, II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524, de 2002;

d. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, fls. 294/299, no valor de R\$ 19,006,48 relativa à mesma infração e nos mesmos períodos que o IRPJ, com base no art. 2º e §§ da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988; art. 24, § 2º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; art. 29 da Lei nº 9.430, de 1996; [...]

3. Sobre os impostos e contribuições devidos apurados com base nos depósitos bancários de origem não justificada exige-se multa de ofício de 75% do art. 44, I da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e juros de mora segundo o art. 61, § 3º da Lei nº 9.430, de 1996.

4. As fls. 264/272, no Termo de Verificação e Encerramento Parcial de Ação Fiscal, estão descritos os procedimentos de fiscalização e a autuação; que em cumprimento ao Mandado de Busca e Apreensão, policiais federais estiveram na empresa C. Brusque Costa (Bytec) e os documentos apreendidos foram entregues à DRF por meio do ofício nº 1.997 de 10/05/2006; [...]

5. Cientificada do Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/LON nº 6, de 8 de fevereiro de 2008, em 27/02/2008, fl. 42, apresentou a manifestação de inconformidade, de fls. 237/256, por meio de sua representante legal, fls 48/49, resumida a seguir.

6. Afirma que o ADE deve ser declarado nulo, por ser ilegal e improcedente, porque baseado em movimentação bancária obtida mediante quebra de sigilo fiscal, em dados não consolidados nem confirmados e cujo processo administrativo ainda não está concluso e em relação ao qual a interessada ainda não exerceu plenamente o seu direito ao contraditório e ampla defesa nas instâncias administrativas recursais.

7. Assevera que nem todo lançamento a crédito apurado nos extratos bancários deve ser considerado como receita bruta da empresa, já que esta pode ter utilizado sua conta corrente para outras movimentações financeiras, o que discutirá no processo administrativo do qual decorreu o ADE.

8. Acusa que o ADE é decorrente de suposição, fruto do arbítrio das preferências subjetivas da fiscalização, dado que, nos autos, sequer houve o lançamento que alicerce a afirmação de que a litigante excedeu o limite de receita bruta; que não basta, para a empresa ser excluída do Simples a conclusão de que excedeu o limite de receitas e a simples quebra de sigilo bancários, sendo imprescindível a confirmação de que se trata de receitas brutas; [...]

[...]

10. Cientificada dos autos de infração em 23/05/2008, a interessada apresentou a impugnação tempestiva em 24/06/2008, fls. 303/320, por meio de sua representante legal, fls. 48/49.

11. Afirma que foi desconsiderada a opção pelo Simples da empresa, no presente lançamento, porque o sócio Jair Delfim da Costa foi considerado sócio solidário da empresa Technology Componentes Eletrônicos Ltda e que inexistindo decisão com trânsito em julgado, ou seja, coisa julgada, quanto à essa solidariedade passiva nos autos de infração lavrados em face daquela empresa, a autoridade autuante antecipou-se e, para suposta omissão de receita a partir de lançamentos em conta corrente, adotou a modalidade do lucro arbitrado no lançamento fiscal contra a Ower, até porque a empresa havia optado por uma escrituração simplificada, deixando de realizar a contabilidade completa à qual não estava obrigada.

12. Reclama que não há amparo legal para a desqualificação da opção da empresa pelo Simples sem decisão final que confirme a responsabilidade solidária do sócio acusado no outro processo, movido contra a Technology.

13. Pleiteia preliminarmente a nulidade da autuação, porque os impugnantes foram cerceados no seu direito constitucional de ampla defesa e do contraditório, porque lhes foi negado o acesso e a prorrogação do exíguo prazo consignado pelos auditores, para justificarem créditos/depósitos nas contas bancárias da empresa; [...]

14. Aduz que foi violado o princípio da segurança jurídica, dado que "não há determinação segura da infração, a autuação foi com base no subjetivismo de que a empresa omitiu receitas, a partir do que foi levantado nos extratos bancários".

[...]

16. Garante que obteria êxito na demonstração de que não omitiu receitas se tivesse sido permitida uma perícia técnica e contábil

17. Pleiteia o princípio da interpretação mais favorável ao contribuinte e a nulidade da autuação.

18. Taxa de exorbitante e confiscatória a multa de ofício aplicada, que contraria o art. 150, IV da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 - CF de 1988; cita Ministro do Supremo Tribunal Federal — STF, no sentido de que as multas são acessórias e não podem, como tal, ultrapassar o valor do principal; requer a nulidade da multa.

19. Conclui, requerendo o "cancelamento e anulação do auto de infração e do processo dele decorrente, ou se assim não for entendido, para julgar totalmente improcedente a exigência fiscal determinando-se a devolução dos autos de processo administrativo para o exercício da ampla defesa dos impugnantes e reclassificação dos lançamentos e receitas, extinguindo-se o crédito tributário em constituição, dada sua nulidade, ilegalidade e total improcedência." E, como prova, requer "a realização de perícia contábil na escrita e documentos da Impugnante, assegurando-lhe a indicação de assistente técnico, quesitos e participação nos atos do contraditório, na época oportuna, bem como juntada de novos documentos, requisição de informações à Secretaria da Fazenda do Estado, ou qualquer outro órgão, ativa de testemunhas e demais meios em direito admitidos."

20. Que, não sendo este o entendimento, observar que por não haver coisa julgada em relação à solidariedade passiva de Jair Delfim da Costa na empresa Technology, devendo ser mantida a opção pelo Simples da Ower, afastando-se o enquadramento no lucro arbitrado."

Na sequência, foi emitido o Acórdão nº 06-21.363 da DRJ/Curitiba, de fls. 333 a 341, mantendo integralmente o lançamento, com o seguinte ementário:

“ATO DECLARATORIO EXECUTIVO (ADE). EXCLUSÃO DO SIMPLES. AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

ADE. EXCLUSÃO DO SIMPLES. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA..

Não há cerceamento pelo fato de o ADE ter sido cientificado à interessada antes da ciência do auto de infração por omissão de receitas no ano precedente, se a interessada já havia sido intimada e re-intimada 5 (cinco) vezes a justificar os depósitos/créditos em contas bancárias de sua titularidade, sem apresentar qualquer prova e o prazo de resposta a essas intimações já se havia esgotado, e tampouco porque esse auto de infração ainda não foi julgado em todas as instâncias administrativas, dado que, se porventura vierem a ser julgadas improcedentes as omissões, a exclusão decorrente será revertida.

AUTO DE INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA..

Não há cerceamento de defesa se a empresa não exerceu o direito de vistas ou solicitação de cópias de documentos apreendidos e dispôs de quase nove meses para a defesa, além de lhe ser facultada a apresentação de documentos a posteriori, caso haja motivo justificado, bem como recurso à segunda instância de julgamento.

MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO E PERCENTUAL LEGALIDADE.

Aplicável a multa de ofício no lançamento de crédito tributário que deixou de ser recolhido ou declarado e no percentual determinado expressamente em Lei.

INCONSTITUCIONALIDADE ILEGALIDADE. APRECIÇÃO. VEDAÇÃO.

Não compete à autoridade administrativa manifestar-se quanto à inconstitucionalidade ou ilegalidade das Leis, por ser essa prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

EXCLUSÃO DO SIMPLES EXCESSO DE RECEITA BRUTA

Mantém-se a exclusão da empresa a partir do primeiro dia do ano-calendário seguinte àquele em que a fiscalização identificou receita bruta superior ao permitido no Simples.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS.

A Lei nº 9.430, de 1996, no seu art. 42, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

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

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

LANÇAMENTOS REFLEXOS • PIS, CSLL, COFINS e INSS - Simples.

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

NOVAS PROVAS.

As provas devem ser apresentadas junto com a impugnação, precluindo o direito de a interessada fazê-lo em outra ocasião, ressalvada a impossibilidade por motivo de força maior, quando se refira a fato ou direito superveniente ou no caso de contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

PERÍCIA. PEDIDO NÃO FORMULADO

Considera-se não formulado pedido de perícia genérico, sem formulação de quesitos específicos nem indicação de perito.

OITIVA DE TESTEMUNHAS.

Indefere-se o pedido para oitiva de testemunhas, no âmbito da primeira instância do contencioso administrativo fiscal, por falta de previsão legal.

Lançamento Procedente”

Os principais fundamentos do Acórdão podem ser assim resumidos:

1- Foi rejeitada a preliminar de nulidade do Ato Declaratório de Exclusão do Simples por não ter sido caracterizada nenhuma ofensa aos arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e alterações.

2- Quanto ao mérito da exclusão da autuada da sistemática do Simples, a partir de 01/01/2005, o voto condutor fundamentou sua decisão no fato da recorrente ter ultrapassado o limite permitido de receita bruta, tal como constou na Representação Fiscal para fins de exclusão do Simples, fls. 1 e 2, e também dos autos do processo administrativo nº 11634.000307/2008-36 referente a Autos de Infração por omissão de receitas identificadas a partir de depósitos/créditos bancários cuja origem a interessada não justificou, onde foi constatada receita bruta de R\$ 2.898.839,62 no ano-calendário 2004, superior ao limite de R\$ 1.200.000,00 permitido ao Simples.

3- No que se refere a reclamação por cerceamento do direito de defesa, em razão do processo nº 11634.000307/2008-36, também da interessada, ainda não ter julgamento definitivo, ficou destacado que no referido processo foi dada oportunidade de ampla defesa à interessada, tendo sido apresentada impugnação, que foi julgada em primeira instância pelo Acórdão nº 06-21.360 da 2ª Turma da DRJ/Curitiba, onde foi decidido pela procedência da omissão de receitas (dos anos de 2003 e 2004) apurada a partir da presunção legal, sem que se tenha vislumbrado qualquer cerceamento ao seu direito de defesa.

4- Em relação à nulidade dos Autos de Infração, o acórdão recorrido repete praticamente a mesma fundamentação utilizada na análise da nulidade do Ato Declaratório de Exclusão do Simples.

5- Quanto à sujeição passiva solidária dos dois sócios da atuada (Jair Delfim da Costa e Celso Brusque da Costa) nas empresas Technology Componentes Eletrônicos Ltda, Lucena Cia Ltda — EPP e PCPlug Comércio de Equipamentos Eletrônicos, Sistemas e Automação Industrial Ltda, ressalta que a discussão é objeto dos seus respectivos processos administrativos, não causando reflexo na autuação do processo nº 11634.000307/2008-36 (que originou a exclusão do Simples por ultrapassar o limite de receita bruta em 2003 e 2004) e nem no presente processo, onde a matéria discutida se refere à apuração do lucro arbitrado com base nos depósitos bancários não justificados.

6- Em relação ao cerceamento do direito de defesa, por falta de acesso aos extratos com a movimentação financeira bancária e da negativa para realização de perícia contábil, o voto condutor assim se manifesta:

“A interessada não requereu vistas ou cópias dos extratos ou de partes do processo ou mesmo de todo ele em momento algum, o que lhe é facultado pela legislação que rege o processo administrativo-fiscal, portanto, não pode reclamar de falta de acesso, nem de não ter tido oportunidade de realizar perícia contábil, além de que possuía autoridade para obter cópias dos extratos junto aos bancos, se é que já não estavam em seu poder.”

7- No tópico referente à presunção da omissão de receitas, pela constatação da existência de depósitos bancários não justificados, o acórdão recorrido fundamentou sua decisão com base na previsão legal contida no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Menciona, ainda, que:

“ [...] 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.”

8- A multa imposta, no percentual de 75%, não ultrapassa o valor dos impostos e contribuições exigidos, está legalmente prevista e não pode ser dispensada pelos agentes fiscais, em decorrência da vinculação das autoridades administrativas aos textos legais.

9- Aos órgãos do Poder Executivo, não compete apreciar a conformidade de lei, validamente editada segundo o processo legislativo constitucionalmente previsto, a ponto de declarar-lhe a nulidade ou inaplicabilidade ao caso expressamente previsto, haja vista tratar-se de matéria reservada ao Poder Judiciário, por força de determinação constitucional.

10- O pedido de realização de perícia, feito de forma genérica, sem formulação de quesitos específicos nem indicação de perito deve ser considerado não formulado.

11- No tocante à produção de provas, o § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, acrescido pelo art. 67 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, estabelece que o momento oportuno é o da impugnação, precluindo o direito de a interessada fazê-lo em outra

ocasião, ressalvada a impossibilidade por motivo de força maior, quando se refira a fato ou direito superveniente ou no caso de contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos, não verificados no presente caso.

12- Dada a íntima relação de causa e efeito, aplica-se aos lançamentos reflexos da CSLL, PIS e COFINS, o que foi decidido em relação ao principal.

Tempestivamente, foi apresentado recurso voluntário a este Conselho, mediante arrazoado, de fls. 347 a 364, repisando praticamente os mesmos argumentos trazidos na peça impugnatória.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Donassolo, Relator.

O recurso é tempestivo e atende os pressupostos de admissibilidade. Dele tomo conhecimento.

São duas as matérias objeto do presente processo: i) a exclusão do sistema Simples por meio do ADE nº006/2008, a partir de 01/01/2005, pela constatação de excesso de receita bruta em relação ao limite de R\$ 1.200.000,00 no ano-calendário de 2004; e ii) a lavratura de Autos de Infração para exigir o IRPJ e contribuições reflexas, do ano-calendário de 2005, pela ocorrência da presunção de “omissão de receitas” prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

O lucro da pessoa jurídica foi arbitrado de acordo com o artigo 530, inciso III do Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99), uma vez que a empresa optou pela tributação simplificada e não possuía escrituração (contabilidade completa por trimestre, demonstrações financeiras, documentação e os livros auxiliares obrigatórios, inclusive o LALUR) que possibilitasse a apuração do Lucro Real Trimestral.

As principais controvérsias apresentadas no recurso voluntário dizem respeito à violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, do indeferimento de perícia técnica, da não comprovação da existência de acréscimo patrimonial face os depósitos bancários não comprovados e da vedação ao confisco pela aplicação da multa de ofício, no percentual de 75%.

Inicialmente, cabe registrar que restou muito bem comprovado nos autos a existência de contas bancárias em nome da empresa autuada, no Banco Bradesco, conta-corrente nº 20.595-8, agência 0941-5 e no Banco Unibanco, conta-corrente nº 129352-8, agência 092, cuja origem dos valores depositados/creditados, após regularmente intimada, a autuada não logrou comprovar. Os extratos bancários foram entregues à fiscalização por meio de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF, de fls. 91/92 e 96/97.

Da análise dos extratos bancários, ficou provado que o volume de movimentação financeira nas referidas contas, nos anos de 2003 a 2005, era totalmente incompatível com os valores de receita informados nas declarações DSPJ. No ano de 2005 aqui

analisado, de um total de R\$ 2.480.093,58 de receitas apuradas pela fiscalização, somente R\$ 777.851,26 foram declaradas ao fisco, fls. 269 e 270.

Verifica-se, portanto, que a autuada incorreu em grave atitude ao realizar a movimentação financeira de parte de suas operações sem declarar ao fisco, evidenciando a intenção de ocultar parcela de seus rendimentos das autoridades tributárias.

Registre-se, também, que não há no processo evidência de que tenha havido, mesmo no curso da fiscalização, eventual ato praticado com abuso de poder ou qualquer procedimento adotado que fosse ilegal ou que pudesse causar eventual constrangimento à interessada ou a terceiro. Verifica-se que o agente fiscal agiu nos estritos limites impostos pela legislação, tendo feito várias intimações à interessada durante a fiscalização, oferecendo-lhe, assim, oportunidades diversas para ela apresentar esclarecimentos e os documentos comprobatórios.

Passo à análise dos pontos questionados pela recorrente.

Exclusão do Simples

Na matéria referente à exclusão do Simples, alega a defesa que foi desconsiderada a opção pelo Simples da empresa porque o sócio Jair Delfim da Costa foi considerado sócio solidário da empresa Technology Componentes Eletrônicos Ltda (processo nº 11634.001267/2007- 69) e que inexistindo decisão com trânsito em julgado, quanto à essa solidariedade, a autoridade autuante antecipou-se em sua decisão.

Creio não assistir razão à recorrente.

Conforme se verifica do Ato Declaratório Executivo-ADE nº 006/2008, fls. 41, o fundamento para a exclusão da sistemática do Simples da interessada foi o excesso de receita em relação ao limite de R\$ 1.200.000,00 apurado no ano-calendário de 2004.

Quanto à receita auferida no ano de 2004, verifica-se que o limite da receita bruta para opção no Simples foi efetivamente ultrapassado pela autuada no ano de 2004, como ficou decidido no Acórdão proferido por este mesmo órgão, por ocasião do julgamento do processo nº 11634.000307/2008-36 da empresa autuada.

Não foi utilizado nenhum fundamento no mencionado Ato Declaratório de Exclusão relacionado com a existência de sócio solidário com a empresa Technology Componentes Eletrônicos Ltda, como equivocadamente alegou a requerente.

Portanto, é de se manter a exclusão do Simples da empresa autuada a partir de 01/01/2005, como corretamente entendeu o acórdão recorrido.

Nulidade do Auto de Infração. Lesão ao contraditório e ampla defesa. Perícia

Menciona a defesa que seria totalmente nula e improcedente a exigência contida na autuação porque teria havido cerceamento de defesa, porquanto indispensável perícia técnica e contábil, na qual a interessada obteria êxito na demonstração de que não omitiu receitas.

A esse respeito, cumpre dizer que para o deferimento da realização de perícia é necessário que sejam cumpridas as determinações do art. 16, inciso IV, do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1976 e alterações, diploma que regula o Processo Administrativo Fiscal, devendo a requerente expor os motivos que a justifiquem, bem como formular quesitos e indicar a qualificação profissional do seu perito, o nome e endereço. Assim dispõe o art. 16, inciso IV mencionado:

Art. 16. A impugnação mencionará:

[...]

*IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, **expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.** (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993) (grifei)*

No presente caso, não foram atendidos pela defesa os requisitos previstos em lei devendo, por essa forma, considerar o pedido de perícia formulado como não conhecido.

Quanto à impossibilidade de apresentação dos esclarecimentos da origem dos recursos movimentados em suas contas bancárias, cumpre esclarecer que foi dada à recorrente ampla possibilidade de esclarecer a origem dos depósitos bancários. Como prova, menciono o que foi descrito no Termo de Verificação Fiscal, onde se verifica que foram efetuadas diversas intimações e reintimações à autuada para que justificasse essa origem, conforme relatado pela fiscalização em seu Termo, fls. 266/267:

“Em 28/09/2007, a empresa foi intimada a comprovar, por meio de documentos hábeis, a origem dos valores depositados/creditados, nos anos-calendário de 2003 a 2005, na conta-corrente nº20.595-8, agência 0941-5 do Banco Bradesco e na conta-corrente nº129352-8, agência 092 do Unibanco, fls. 193 a 218.

A empresa não atendeu à intimação.

Em 24/10/2007, 23/11/2007 e 14/01/2008 a empresa foi reintimada a comprovar, por meio de documentos hábeis, a origem dos valores depositados/creditados, nos anos-calendário de 2003 a 2005, na conta-corrente nº 20.595-8, agência 0941-5 do • Banco Bradesco e na conta-corrente nº129.352-8, agência 092 do Unibanco, fls. 219 a 225

A empresa não atendeu às intimações.

Em 31/01/2008, foi lavrado Termo de Constatação e Intimação Fiscal, onde relatamos todos os procedimentos realizados na presente fiscalização até essa data e novamente intimamos a empresa a comprovar, por meio de documentos hábeis, a origem dos valores depositados/creditados, nos anos-calendário de 2003 a 2005, na conta-corrente nº20.595-8, agência 0941-5 do Banco Bradesco e na conta-corrente nº129.352-8, agência 092 do Unibanco, fls 226 a 231.

A empresa não atendeu à intimação.”

Como se percebe do relato acima, decorreram mais de 120 dias entre a primeira e a última intimação para que a fiscalizada demonstrasse a origem dos valores depositados em suas contas bancárias, tempo mais do que suficiente para providenciar na

documentação solicitada, mas que não foi atendida pela recorrente. O que se esperaria de uma sociedade empresarial legalmente estabelecida é que ao menos mantivesse em boa ordem a documentação fiscal e contábil de suas operações, o que viria a atender plenamente as requisições do fisco, fato que não ocorreu no presente caso.

Por fim, quanto à alegação de nulidade das autuações, esclareça-se ao contribuinte que as hipóteses de nulidade do ato administrativo são aquelas previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972 e alterações, e somente ocorrem se lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, hipóteses que definitivamente não ocorreram no presente caso:

"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."

(Grifou-se)

Assim, uma vez que os autos de infração contêm todos os elementos previstos no art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972 e não provada violação das disposições contidas no art. 59 do mesmo diploma legal, é de se rejeitar a preliminar de nulidade levantada.

Pelos motivos expostos, entendo que não deve ser conhecido do pedido de perícia, e deve ser rejeitada a preliminar de nulidade dos autos de infração por cerceamento do direito de defesa.

Presunção de Omissão de receitas – Depósitos bancários não justificados

Argumenta a defesa que os depósitos bancários são apenas indícios que permitem à fiscalização iniciar o processo de identificação dos suportes fáticos da ocorrência do fato gerador (acréscimos patrimoniais) não oferecidos à tributação, no exercício do dever de prova que lhe é imposto pelos princípios da legalidade e da motivação previstos no art. 142 do CTN.

Em relação a essa matéria, cabe dizer que a presunção da receita omitida relativos aos depósitos bancários movimentados nas operações, sem comprovação da sua origem, decorre de expressa previsão legal, contida no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, "*in verbis*":

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.

Assim, uma vez que a contribuinte foi regularmente intimada a justificar os valores creditados em suas contas de depósito bancário, não comprovando, mediante a entrega de documentação hábil e idônea, a origem desses depósitos, a lei atribuiu que todos os valores creditados em conta de depósito sejam considerados omissão de receita, exatamente como fez a fiscalização.

A presunção da omissão de receitas é a favor do fisco, que o contribuinte pode descaracterizar apresentando a respectiva documentação que justifique a origem dos depósitos, tanto na fase procedimental de fiscalização ou na fase impugnatória, contrapondo a omissão de receitas prevista na lei. Ao contrário do que alega a defesa, o fisco não precisa provar que houve acréscimo patrimonial para tributar a renda. Trata-se de presunção “*juris tantum*”, passível de prova em contrário, mas que não foi apresentada, em nenhum momento, pela interessada.

O que ocorreu no caso em exame, é que a autuada foi intimada e reintimada por diversas vezes a apresentar a documentação hábil e idônea que comprovasse a origem dos depósitos bancários relacionados pela fiscalização, preferindo à interessada silenciar. Assim, não restou outra alternativa à agente fiscal senão proceder ao lançamento dos tributos e contribuições caracterizado pela omissão de receitas, em obediência ao dispositivo legal acima transcrito.

A jurisprudência do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes era pacífica nesse sentido, como demonstra o Acórdão 105-17355, da Quinta Câmara, julgado em 17/12/2008, dentre outros, cuja parte da ementa abaixo se transcreve:

ARBITRAMENTO DO LUCRO – DEPÓSITOS BANCÁRIOS – Os depósitos bancários cuja origem o contribuinte, regularmente intimado, não comprove, caracterizam omissão de receita e, como tais, constituem base de cálculo para o arbitramento do lucro.

Uma vez identificada a omissão de receita, pelos depósitos bancários sem comprovação de origem, o que foi decidido quanto ao principal, relativo ao IRPJ, repercute seus efeitos nos lançamentos reflexos da CSLL, PIS e COFINS.

Por fim, quanto a este tópico, cumpre registrar que a recorrente deixou de contestar, expressamente, nas peças impugnatória e recursal, matéria relativa ao arbitramento do lucro da pessoa jurídica para quantificação dos valores devidos do IRPJ e da CSLL, bem como da quantificação do PIS e da COFINS exigidos na autuação, motivo pelo qual essa matéria é considerada definitivamente decidida, na esfera administrativa, nos termos do art. 17 do Decreto nº 70.235, de 1972 e alterações.

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

Multa de Ofício no percentual de 75% - Confisco.

Quanto à aplicação da multa de ofício, no percentual de 75%, esclareça-se à recorrente que a mesma se encontra perfeitamente enquadrada no seu dispositivo legal, no caso, o art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 1996, com a nova redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, a seguir transcrito:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de

pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Ficou evidenciado nos autos que a interessada foi autuada pela caracterização da omissão de receitas e, em consequência, restou à fiscalização o lançamento das diferenças dos tributos não declarados e não pagos ao fisco, incidindo ao fato a norma legal acima transcrita.

Assim, existindo expressa previsão legal para aplicação da penalidade, no percentual de 75%, nos casos de lançamento de ofício pela falta de pagamento do imposto e de declaração, a multa de ofício exigida deve ser mantida.

Quanto ao alegado caráter confiscatório da multa aplicada, com violação a princípio constitucional, cabe dizer que esta autoridade julgadora não detém competência para o exame de matéria constitucional, tarefa privativa do Poder Judiciário. Não obstante tal fato, cabe esclarecer que dito Princípio Constitucional constante do art. 150, IV, da Constituição da República, só se aplica em matéria de tributos, não se incluindo as penalidades previstas na legislação.

O art. 150, IV, acima mencionado, assim dispõe:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

IV— utilizar tributo com efeito de confisco; (grifei)

Já o art. 3º do Código Tributário Nacional define o conceito de tributo, que não abrange as sanções de atos ilícitos. Sendo assim, as multas pecuniárias não são alcançadas pelo Princípio acima mencionado.

Jurisprudência do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes também entendia nesse mesmo sentido, conforme ementário do Acórdão nº 104-22313, sessão de 29/3/2007, abaixo transcrito, em parte:

MULTA DE OFÍCIO - CONFISCO - Em se tratando de lançamento de ofício, é legítima a cobrança da multa correspondente, por falta de pagamento do imposto, sendo inaplicável o conceito de confisco que é dirigido a tributos.

Em face do exposto, voto no sentido de que não deva ser conhecido do pedido de perícia, que seja rejeitada a preliminar de nulidade dos autos de infração por cerceamento do direito de defesa, que seja considerada definitiva a matéria não contestada e, no mérito, que seja negado provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Donassolo

Processo nº 11634.000100/2008-61
Acórdão n.º **1202-00.546**

S1-C2T2
Fl. 398
