



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

Processo n° 11634.000307/2008-36
Recurso n° 000000 Voluntário
Acórdão n° 1202-00.547 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de junho de 2011
Matéria SIMPLES-AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente OWER COMPUTADORES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2003, 2004

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.

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. CONFISCO. INAPLICABILIDADE.

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

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 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

Trata o presente processo da lavratura de Autos de Infração para exigência de crédito tributário relativo ao IRPJ-Simples, à CSLL-Simples, ao PIS-Simples, à COFINS-Simples e ao INSS-Simples, relativos aos anos de 2003 e 2004, fls. 280 e seguintes, pela constatação da ocorrência das seguintes infrações:

a) omissão de receitas da atividade pela existência de depósitos bancários não escriturados e cuja origem não foi esclarecida, com fundamento no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

b) insuficiência dos recolhimentos pelo Simples em razão da mudança dos percentuais das respectivas alíquotas, face às omissões de receitas mencionadas no item precedente, com fundamento no art. 5º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996;

Sobre os impostos e contribuições lançados foi aplicada a multa de ofício, no percentual de 75%, e juros de mora com base na taxa Selic.

No Termo de Verificação e Encerramento Parcial de Ação Fiscal, fls. 249/256, estão descritos os procedimentos de fiscalização, assim sintetizados:

i) 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 Delegacia da Receita Federal por meio do ofício nº 1.997 de 10/05/2006;

ii) que em 21/03/2007, a empresa autuada foi cientificada, por meio de seu sócio Sr. Jair Delfim da Costa — CPF: 014.052.339-15, do início do procedimento fiscal. Na oportunidade foi intimada a apresentar os seguintes documentos: cópia do Contrato Social e alterações, Livros Diário e Razão, ou Livro Caixa, relativos aos anos-calendário 2003 e 2004, Livros de Apuração do ICMS, do período de 01/01/2003 a 31/12/2004, e extratos de todas as contas-correntes bancárias, contas de poupança e aplicações financeiras movimentadas no período de 01/01/2003 a 31/12/2004, fls. 04 e 05.

iii) em 31/05/2007, a empresa foi intimada a apresentar extratos de todas as aplicações financeiras e de todas as contas-correntes bancárias movimentadas pela empresa, no

período de janeiro de 2003 a dezembro de 2004, nos Bancos Unibanco e Bradesco, não tendo atendido à respectiva intimação, fls. 33 e 34.

iv) em 13/08/2007, foi elaborada a Solicitação de Emissão de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira (Lei Complementar nº 105/2001), fls. 47 a 49. Na mesma data, as requisições (RMF nº 0910200.2007.00050-3 e nº 0910200.2007.00051-1) foram encaminhadas às instituições bancárias por meio de ofícios, de fls. 50 a 59. Em atendimento aos ofícios, as instituições financeiras encaminharam os documentos solicitados, fls. 60 a 174.

v) 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 nº 20.595-8, agência 0941-5 do Banco Bradesco e na conta-corrente nº 129.352-8, agência 092 do Unibanco, fls. 175 a 198. A empresa não atendeu à intimação.

vi) em 24/10/2007, 23/11/2007 e 14/01/2008, a empresa foi reintimada a comprovar, a origem dos valores depositados/creditados nas contas mencionadas no item precedente, fls. 199 a 207, não tendo atendido às respectivas intimações.

vii) face à presunção da omissão de receitas, foram lavrados os Autos de Infração já mencionados.

Cientificada das autuações, a interessada apresentou a sua impugnação, mediante arrazoado, de fls. 323 a 340, por meio de sua representante legal, instrumento de fls. 7/8, cujos argumentos foram assim resumidos no relatório do Acórdão nº 06-21.360 da DRJ/Curitiba, de fls. 346 a 353, o qual também adoto, em parte:

“5. 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;

(...)

6. 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*’.

7. Assevera que nem tudo que se apura em conta corrente pode ser havido como fato gerador tributável e ressalta que cabe à União o dever de provar cabalmente que os depósitos/créditos nas contas bancárias da empresa são receitas tributáveis; (...) entende que depósitos bancários são meros indícios que permitem à fiscalização iniciar o processo de identificação dos acréscimos patrimoniais não oferecidos à tributação no exercício do dever de prova que cabe ao Fisco; que são meros indícios de renda e não há legitimidade em transformá-los, nem pela lei tributária, em acréscimos patrimoniais suscetíveis de tributação e reafirmam que o fisco falhou ao não intimar o contador responsável pela escrita contábil da empresa a apresentar justificativas, como requereram os impugnantes.

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

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

10. 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.

11. Conclui, requerendo ‘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, oitiva de testemunhas e demais meios em direito admitidos.’”

Na sequência, foi emitido o Acórdão nº 06-21.360 da DRJ/Curitiba, de fls. 346 a 353, mantendo integralmente o lançamento, com o seguinte ementário:

“CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. ACESSO A DOCUMENTOS APREENDIDOS E PRAZO PARA DEFESA.

Não há cerceamento do direito 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. APRECIACÃO. VEDAÇÃO.

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

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:

i) em relação à nulidade dos lançamentos, estatuem os arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 1972, que somente se pode cogitar de declaração de nulidade de auto de infração, quando lavrado por pessoa incompetente (art. 59, I). A nulidade por preterição do direito de defesa, como se infere do art. 59, II, somente pode ser declarada quando o cerceamento está relacionado aos despachos e às decisões, ou seja, somente pode ocorrer em uma fase posterior à lavratura do auto de infração. Quaisquer outras irregularidades, incorreções e omissões não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, a teor do art. 60 do Decreto nº 70.235, de 1972.

ii) a sujeição passiva solidária dos dois sócios Jair Delfim da Costa e Celso Brusque da Costa da autuada nas empresas Technology Componentes Eletrônicos Ltda, Lucena Cia Ltda — EPP e, ainda, na empresa PCPlug Comércio de Equipamentos Eletrônicos, Sistemas e Automação Industrial Ltda é objeto de discussão nos respectivos processos administrativos, não causando reflexo algum no presente, no qual a Ower foi autuada por omissão de receitas, resultando que o valor total das receitas no ano-calendário 2004, fls. 257, foi de R\$ 2.898,839,62 e ultrapassou o limite para as empresas no Simples, de R\$ 1.200.000,00. Por isso, conforme consta do processo 11.634.000100/2008-61, fls. 344, foi

excluída da sistemática a partir de 01/01/2005 e este ano-calendário foi autuado tendo o lucro arbitrado fora da sistemática do Simples.

iii) quanto à alegação do cerceamento do direito de defesa, foi concedido à interessada o direito de vista aos documentos apreendidos, mas que a empresa não exerceu, conforme descrito no Termo de Constatação e Intimação Fiscal de fls. 208/213. A interessada, em nenhum momento, requereu vistas ou cópias dos extratos ou de partes do processo, o que lhe é facultado pela legislação que rege o processo administrativo fiscal, não podendo reclamar de falta de acesso, nem de não ter tido oportunidade de realizar perícia contábil. No que tange à exigüidade do prazo para comprovar a origem dos depósitos, intimada desde 02/10/2007 e re-intimada e cientificada da autuação em 23/05/2008, o prazo para impugnação encerrou-se em 24/06/2008, de onde se evidencia que a interessada dispôs de 266 (duzentos e sessenta e seis) dias, quase nove meses, prazo mais do que suficiente, para apresentar as suas justificativas.

iv) a partir de janeiro de 1997, com a entrada em vigor da Lei nº 9.430, de 1996, o legislador estabeleceu 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. Trata-se de presunção *juris tantum*, ou seja, está prevista em lei, mas admite prova em contrário, cabendo à interessada comprovar a sua improcedência, mediante a apresentação de provas hábeis e idôneas.

v) a multa imposta, no percentual de 75%, não ultrapassa o valor dos impostos e contribuições exigidos e está legalmente prevista e não pode ser dispensada ou substituída pelos servidores fiscais em função de seu livre arbítrio. Na esfera administrativa a multa deve ser mantida pelo percentual de lei, em decorrência da vinculação dos julgadores com os textos legais.

vi) o pedido de perícia genérico, sem formulação de quesitos específicos nem indicação de perito deve ser considerado não formulado.

vii) quanto à produção de provas, o § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972 e alterações, estabelece que o momento oportuno é o da impugnação, precluindo o direito da interessada fazê-lo em outra ocasião. Quanto à possibilidade de oitiva de testemunhas, não há previsão legal no âmbito da primeira instância, devendo ser indeferida a pretensão.

Tempestivamente, foi apresentado recurso voluntário a este Conselho, mediante arrazoado, de fls. 361 a 377, 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.

As principais alegações apresentadas no recurso voluntário dizem respeito à nulidade da autuação por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, do indeferimento de perícia técnica, da não comprovação da existência de acréscimo patrimonial, fato gerador do imposto de renda, face os depósitos bancários não comprovados e da alegação de vedação ao confisco pela imposição da multa de ofício.

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 129.352-8, agência 092, cuja origem dos valores depositados/creditados, após regularmente intimada, e reintimada, a autuada não logrou comprovar. Os extratos bancários foram entregues à fiscalização por meio de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF, de fls. 50 a 59.

Da análise dos extratos bancários, ficou provado que o volume de movimentação financeira nas referidas contas, nos anos de 2003 a 2004, era totalmente incompatível com os valores de receita informados nas declarações DSPJ. Somente no ano de 2004, de um total de R\$ 2.898,839,62 de receitas apuradas pela fiscalização, apenas R\$ 633.824,93 foi informado ao fisco na declaração DSPJ entregue pela autuada (fls. 254 e 245).

Verifica-se, portanto, que a interessada 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.

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, 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 citado art. 16, inciso IV:

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 como não conhecido o pedido de perícia formulado.

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. 251/252:

“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 nº 20.595-8, agência 0941-5 do Banco Bradesco e na conta-corrente nº 129.352-8, agência 092 do Unibanco, fls. 175 a 198.

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 nº 129.352-8, agência 092 do Unibanco, fls. 199 a 207.

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 nº 20.595-8, agência 0941-5 do Banco Bradesco e na conta-corrente nº 129.352-8, agência 092 do Unibanco, fls. 208 a 213.

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 atuada 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, no entanto, silenciar a respeito. Assim, não restou outra alternativa à agente fiscal senão proceder ao

lançamento dos tributos e contribuições caracterizado pela omissão de receitas, em estrita obediência ao dispositivo legal acima transcrito.

A jurisprudência do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes também 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.

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 pela falta de declaração dos valores devidos, 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 e, no mérito, que seja negado provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Donassolo