



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12571.000045/2009-35
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-004.717 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de março de 2021
Recorrente CARVÃO PAPALÉGUAS LTDA. - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

NULIDADE DO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. PROCEDIMENTO ANALISADO EM OUTRO PROCESSO. NULIDADE REJEITADA. PROCESSO ENCERRADO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. NÃO CABE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA.

Os argumentos de nulidade do procedimento fiscal já foram objeto de julgamento e rejeitados por unanimidade em outro processo, que decorreu do mesmo Mandado de Procedimento Fiscal que originou o lançamento do presente processo, e encerrado na esfera administrativa. Portanto, não cabe rediscussão, por meios destes autos.

REPETIÇÃO NO RECURSO VOLUNTÁRIO DE ARGUMENTOS TRAZIDOS NA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. NÃO APRESENTOU DE ARGUMENTOS CONTRA DECISÃO DA PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO APRESENTAÇÃO DE NOVAS PROVAS. APLICAÇÃO DO ART. 57 § 3º DO RICARF. FACULDADE DO JULGADOR.

A Contribuinte não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, bem como não apresenta novas provas para infirmar a acusação fiscal. Os argumentos da contribuinte apresentados na manifestação de inconformidade foram devidamente enfrentadas pela decisão recorrida. Cabível portanto a adoção das razões de decidir da Turma Julgadora *a quo*, nos termos do art. 57, § 3º do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

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, aplicado sobre o imposto e contribuições devidos.

SIGILO BANCÁRIO.

A legislação autoriza à autoridade competente requisitar informações referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, e depois de o sujeito passivo ter sido intimado para a apresentação de informações sobre movimentações financeiras necessárias à execução do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF.

RETRO ATIVIDADE DA LEI.

A Lei Complementar 105, de 2001 e a Lei 10.174, de 2001 têm aplicação retroativa face o comando expresso no § único do art. 144 do CTN.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS CUJA ORIGEM NÃO FOI COMPROVADA.

Caracterizam omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituições financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados.

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.

DEPÓSITOS/CRÉDITOS BANCÁRIOS. ESTORNOS DE DÉBITOS.

Devem ser excluídos da autuação por omissão de receitas com base na presunção legal relativa a depósitos/créditos bancários de origem não esclarecida, valores de créditos que constituem estornos de valores deduzidos, e que não alteraram os saldos das contas.

DEPÓSITOS/CRÉDITOS BANCÁRIOS. DUPLICATAS E CHEQUES PRÉ-DATADOS DESCONTADOS.

Caracterizam receita omitida os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, referentes a duplicatas e cheques pré-datados recebidos mediante o desconto antecipado do valor, cuja origem não foi justificada como referente a receitas tributadas, não tributáveis, tributadas na fonte ou isentas, nem que tenham sido considerados em duplicidade.

LANÇAMENTOS REFLEXOS: PIS, COFINS, CSLL

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte do recurso voluntário e, na parte conhecida, negar-lhe provimento. O Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque votou pelas conclusões.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Efigênio de Freitas Júnior, Gisele Barra Bossa, Wilson Kazumi Nakayama, Jeferson Teodorovicz, Fredy José Gomes de Albuquerque e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Fl. 3 do Acórdão n.º 1201-004.717 - 1ª Seju/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 12571.000045/2009-35

Relatório

Trata-se de recurso voluntário em face do acórdão 06-27.431 da 2ª Turma da DRJ/CTA, de 15 de julho de 2010, que julgou procedente em parte a impugnação apresentada pela contribuinte contra o Auto de Infração lavrada contra a mesma com exigência de IRPJ e seus reflexos do ano-calendário 2005.

Por economia e celeridades processuais, adoto e transcrevo o relatório da decisão de primeira instância, complementando-o mais adiante.

Trata o processo de 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 (originalmente processo nº 16404.00105/2009-01, anexado ao presente, fls. 808/1.032 c 1.106) e dos autos de infração exigindo o IRPJ, CSLL, PIS e Cofins na sistemática do lucro arbitrado, relativos a 2005, fls. 670/721.

1 Exclusão do Simples.

2. A empresa foi excluída do Simples a partir de 01/01/2005, porque, no ano-calendário anterior de 2004, auferiu receitas em montante superior ao admitido na sistemática, o que foi constatado nos autos do processo nº 12571.000034/2009-55, relativo ao ano-calendário 2004.

3. A exclusão se deu mediante o Ato Declaratório Executivo nº 12, de 20 de abril de 2009, fl. 911, do qual a empresa foi cientificada em 27/05/2009, fls. 915/916, tendo sido o ADE publicado no Diário Oficial da União em 04/05/2009, fl. 914; a exclusão foi com base legal no arts. 9º, II da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, com alterações, e Instrução Normativa SRF nº 608, de 9 de janeiro de 2006.

4. A interessada, tempestivamente, em 26/06/2009, apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 919/953, por meio de seu representante legal, fl. 954, e documentos anexos de fls. 955/1.104.

1.1 MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE CONTRA A EXCLUSÃO DO SIMPLES.

5. Afirma tratar-se de exclusão decorrente da exigência fiscal feita com base no art.42 da Lei nº 9.430, de 1996. ou seja arbitramento de receita com base em simples movimentação financeira da contribuinte, sem nexo causal.

6. Em relação ao citado lançamento, invoca o Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, que regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105 de 10 de janeiro de 2001. relativamente à requisição, acesso e uso pela RFB das informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras, para acusar que se desobedeceu a determinação de que tal exame somente poderia se dar quando houvesse procedimento de fiscalização em curso e tais exames fossem considerados indispensáveis, sendo que o procedimento fiscal somente tem início por força de ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal -Fiscalização (MPF-F), sendo a autoridade competente para o emitir o Coordenador Geral, Superintendente, Delegado ou Inspetor,

7. Por isso, pleiteia a nulidade das autuações lavradas nos processos administrativos n.º 12571.00034/2009-55 e 12571.000045/2009-35, assim como pleiteia a nulidade do ADE porque os autos de infração foram lavrados em procedimento fiscal com o mandado vencido e o ADE decorreu dessa autuação concretizada com o mandado vencido, conforme explica:

a. Que o Termo de Início de Fiscalização teve como base o Mandado n.º 274/08, fls. 2/3, emitido em 09/06/2008, recebido pela interessada em 13/06/2008, sendo que o prazo máximo de validade do Mandado de Procedimento Fiscal Fiscalização (MPF-F) segundo o art. 11, I e II da Portaria RFB n.º 11.371, de 12 de dezembro de 2007, é de 120 (cento e vinte) dias, renováveis a cada 60 (sessenta) dias, e se extingue pela conclusão do procedimento ou pelo decurso de prazo; e na emissão de novo MPF não poderá ser indicado o mesmo Auditor responsável pelo mandado extinto;

b. Que o agente renovou, Termo de Intimação n.º 772/2008, em 11/08/2008, com vencimento em 30/09/2008, mas, mesmo vencido, o agente continuou a fiscalização, emitindo novo Termo de Continuação emitido em "06/10/2008, com vencimento em 30/09/2009"; que, *"vencido o mandado este recebido pela autuada em 01/10/2008. mesmo vencido emitiu novo mandado em 02/11/2008, e somente em 29/01/2009 continuando a fiscalização com mandado já vencido, emitiu nove (sic) mandado em 29/01/2009, este vencido em 29/03/2009, concluindo a fiscalização com os mandados vencidos em 29/04/2009 da lavraura do auto, trinta dias após último vencimento, cópias em anexo, docs. n.ºs 2 a 34"*;

c. Que, por isso, inexistindo no ato regulamentar atribuição para delegação de competência, o MPF é um ato irregular de indiscutível nulidade, porque assinado por servidor incompetente, com base no qual não poderia o auditor encarregado da execução da fiscalização ter continuado com os mandados vencidos;

8. Relata que, conseqüentemente, ao impugnar os lançamentos fiscais, requereu que a emissão de novo MPF de que trata o parágrafo único do art. 15 (do Decreto n.º 3.724, de 2001), nomeando novo responsável pela execução e conclusão do procedimento fiscal.

9. Assevera que a omissão de receitas deve ser provada pela fiscalização; aponta defeitos no Termo de Início de Fiscalização e no Termo de Intimação n.º 40/2009, onde questiona a informação fiscal de que a não identificação dos depósitos implicaria na tributação por omissão de receitas e reclama que o art. 42 e §§ da Lei n.º 9.430, de 1996, não estabelecem que a documentação comprobatória das origens dos depósitos bancários deva ser "coincidente em datas e valores" e cita comentários publicados na revista DDT n.º 66, fl. 69, de que o art. 6º da LC n.º 105, de 2001, à luz do Decreto n.º 3.724, de 2001, interpretado sistematicamente, asseguraria às instituições e aos contribuintes o direito de não fornecerem informações que identifiquem a origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados, só devendo informar valores dos débitos e créditos efetuados no período sob fiscalização, bem como determinam que tais informações sejam conservadas sob sigilo fiscal, conforme o art. 198 do Código Tributário Nacional - CTN, Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966.

10. Acerca da movimentação financeira informada pelas instituições, afirma que, da totalidade dos depósitos autuados, as planilhas que anexa informam os lançamentos (sic) que não podem ser considerados receitas:

d. No que tange ao processo nº 12571.000034/2009-55:

i. R\$ 50.000,00 de capital de giro parcelado do ano 2004, em 29/12/2004;

ii. Cheques e duplicatas descontados em 2004, no total de R\$ 362.784,91;

iii. R\$ 933.280,38 de "Redução de Saldo Devedor";

e. E em relação ao processo nº 12571.000045/2009-35:

i. R\$ 411,79 de estorno de energia elétrica - CFLO, Cia. Força e Luz Oeste;

ii. Cheques e duplicatas descontados em 2005, no total de R\$ 309.654,65;

iii. R\$ 913.602,60 de "Redução de Saldo Devedor".

11. Disserta acerca das diferenças entre receita bruta e rendimentos, para concluir que *"a movimentação financeira carrega o custo da produção e que o preço de venda contido nos respectivos lançamentos bancários, só poderiam ser considerados omissão de receita, se corroborados com levantamento físico da produção e do estoque, dívidas contraídas e não quitadas com instituições, impostos e terceiros, que evidenciasse a saída de produtos sem controle das operações"*; aduz que a ilação de omissão de receita tirada do confronto da movimentação financeira não assegura a certeza do direito do fisco e a segurança jurídica indispensáveis à cobrança do tributo sem ferir o princípio da legalidade, portanto, para que se legitime a lavratura do auto de infração, é necessário que a autoridade fiscal aprofunde a investigação e colha elementos de prova, dado que o CTN consagrou o princípio da reserva legal e a própria jurisprudência administrativa entende que o procedimento fiscal é inválido e nula a exigência fiscal, se não demonstrado o auferimento de receita e que a tributação com base nos valores dos depósitos somente é possível se a fiscalização lograr vinculá-los às transações comerciais da pessoa jurídica ou demonstrar que as importâncias depositadas deixaram de ter como contrapartida receitas contabilizadas.

12. A título de mérito, invoca o princípio da verdade material, ressaltando que o importante na atividade administrativa de lançamento é a produção da prova; que até a edição da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, as provas poderiam ser juntadas praticamente a qualquer tempo, sem preclusão do direito do contribuinte, porém no processo fiscal predomina o princípio de que as afirmações sobre omissão de rendimentos devem ser provadas pelo fiscal, enquanto que as afirmações que importem em redução, exclusão, suspensão ou extinção do crédito tributário competem ao contribuinte; que o ônus da prova incumbe a quem alega; que o direito tributário adotou o ônus subjetivo da prova - um fato alegado por uma das partes e não contestado pela outra se tem como provado porém por outro lado, adotou a teoria do ônus da prova, art. 131 do Código do Processo Civil - CPC, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, de que

o juiz apreciará livremente a prova; e o art. 333 do CPC prevê que o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo modificativo ou extintivo do direito do autor; então, quanto à exigência tributária:

f. A autoridade lançadora deve provar que o sujeito passivo omitiu rendimentos;

g. Cabe ao sujeito passivo provar abatimentos, deduções e isenções

h. Sempre que se verifica litígio há, por presunção, incerteza sobre qual o direito aplicável ao caso e por isso devem as partes oferecer provas para a formação da convicção daquele que irá decidir, se a incerteza diz respeito a fatos, cabe à parte o encargo de provar que os fatos realmente aconteceram, pois indício é pretexto jurídico que autoriza o desencadeamento do processo de investigação, mas não é a prova, como no presente caso e o Conselho de Contribuintes tem se pronunciado reconhecendo a Impreestabilidade de lançamentos que não tragam mínimos elementos de segurança necessários a demonstrar e embasar o fato nele presumido pela fiscalização, não bastando ao fisco acusar, deve também fundamentar e destaca que, no presente caso, o fisco adota critérios contraditórios, como por exemplo, na apuração dos fatos quando exige a comprovação da "origem de valores que deram suporte aos créditos bancários", com documentos hábeis e idôneos e "coincidentes em datas e valores", fazendo uso de suposto poder discricionário do autor do feito, ora aceitando, ora negando as justificativas apresentadas pela contribuinte; que, sendo a renda (art. 43 do CTN) produto do capital, do trabalho ou combinação de ambos e de acréscimos patrimoniais, a autuada apresentou decréscimo patrimonial no ano autuado, com prejuízo e dívidas inclusive ajuizadas contra ela e não quitadas.

13. Aponta a irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001, que alterou o art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996 (que instituiu a CPMF), e que facultou a utilização das informações prestadas pelas instituições para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário, para lançamento fiscal; que o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (alterado pela Lei nº 9.047, de 8 de maio de 1995), art. 1º, § 4º estabelece que as correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova e que até a LC nº 105, de 2001, era inquestionável a inviolabilidade do sigilo bancários; que a par de ser constitucional ou não o direito à quebra do sigilo bancário pelo Fisco, para fins tributários, a utilização retroativa do direito tem sido examinados pelo Poder Judiciário e transcreve acórdão do TRF 4ª região de 14/11/2002, que reconhece a irretroatividade dos efeitos da LC nº 105, de 2001.

14. Conclui que os mencionados autos de infração devem ser declarados nulos, ou no mínimo devem ser suspensos, a teor do art. 151, III do Código Tributário Nacional – CTN, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, mantendo a impugnante no regime do Simples, por uma medida de justiça, até o julgamento dos respectivos processos administrativos; e o ADE é nulo porque fundado em autuações com mandados de procedimentos fiscais vencidos, bem como indevido à aplicação de multa de 75% que deveria ser de 50%, e pelos valores indevidamente apontados como omissão relacionados nas planilhas que anexa, assim como porque ausentes os requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade,

2 Autos de Infração.

15. Excluída a empresa do Simples, foram lavrados os seguintes autos de infração relativos a 2005, na sistemática do lucro arbitrado, dado que a contribuinte, que declarava pelo Simples, informou que não escriturava livro Caixa nem livro Registro de Inventário e não apresentou livros Diários e Razão, fls. 2/5, ou seja, não dispunha de escrituração que permitisse a apuração do lucro real; exigem-se:

a. Imposlo sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ, fls. 670/677, no valor de R\$ 115.700,78, 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 no art. 77 do Decreto-Lei nº 5.844, de 23 de setembro de 1942, art. 149 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 41 da Lei nº 8.541, de 23 de dezembro de 1992, art. 16 e 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; art. 16 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995; arts. 27, I e 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; arts. 528, 530, 532 e 537 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (Decreto nº 3000, de 26 de março de 1999);

b. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, fls. 678/684, no valor de R\$ 62.355,56 relativa à mesma infração e nos mesmos períodos que o IRPJ, exigida com base no art. 149 da Lei nº 2.172, de 1966; 2º e §§ da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, art. 40 de 15 de dezembro de 1988; art. 40 da Lei nº 8.541, de 1992; arts. 20 e 24 da Lei nº 9.249, de 1995; arts. 28, 29 e 42 da Lei nº 9.430, de 1996; art. 47 da Lei nº 8.981, de 1997; art. 37 da Lei nº 10.637 de 30 de dezembro de 2002; art. 530 do RIR de 1999;

c, contribuição ao Programa de Integração Social PIS, fls. 685/692, no valor de R\$ 37.784,25 relativa à mesma infração, nos períodos de apuração mensais de 01 a 12/2004, com base nos arts. 1º e 3º da Lei Complementar nº 7, de 07 de setembro de 1970, art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996; art. 47 da Lei nº 8.981, de 1997; arts 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998; art. 8º da Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998, art. 8º da Lei nº 10.637 de 30 de dezembro de 2002; arts 2º, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524, de 17 de dezembro de 2002; art. 530 do RIR de 1999;

d. Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, fls. 693/700, no valor de R\$ 173.631,03 relativa à mesma infração, nos períodos de apuração de 01 a 12/2004, com base nos arts. 2º, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524, de 2002; art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996; art. 47 da Lei nº 8.981, de 1997; arts. 1º, 2º e 8º da Lei nº 9.718, de 1998; art. 10 da Lei nº 10.833, de 28 de dezembro de 2003, art. 530 do RIR de 1999.

16. Sobre os impostos e contribuições devidos apurados com base nos depósitos bancários de origem não justificada exigem-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.

17. Às fls. 701/710, no Relatório de Ação Fiscal, estão descritos os procedimentos de fiscalização e a autuação, que é acompanhado do Anexo Único de fls. 711/721.

18. Às fls. 726/727, o autuante descreveu a Representação Fiscal para Fins Penais, por ele apresentada, formalizada no processo nº 12571.000049/2009-13.

19. Cientificada em 07/05/2009, fl. 725, a interessada apresentou a impugnação tempestiva em 03/06/2009, fls. 734/766, por meio de seu representante legal, fl. 767, com os documentos de fls. 768/804. Q

2.1 IMPUGNAÇÃO AOS AUTOS DE INFRAÇÃO. ANO-CALENDÁRIO 2005.

20. Diz tratar-se de exigência fiscal calcada no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, arbitramento da receita com base na simples movimentação financeira do contribuinte, sem qualquer nexo causal.

21. A argumentação que apresenta é exatamente a mesma que fundamentou a manifestação de inconformidade contra o ADE, já resumida neste relatório e que, por este motivo se deixa de repetir, apenas se destacando pontos adicionais que a litigante incluiu.

22. Requerimento para que se determine a emissão de novo MPF de que trata o parágrafo único do art. 15 (do Decreto nº 3.724, de 2001), nomeando novo responsável pela execução e conclusão do procedimento fiscal.

23. A nulidade na autuação porque o autuante, indevidamente, teria aplicado multa de 75% do imposto atualizado, quando o correto seria de 50%.

24. Acerca da movimentação financeira informada pelas instituições, para a autuação relativa ao ano de 2005, afirma que, da totalidade dos depósitos autuados, as planilhas que anexa informam os lançamentos a débito (sic) que não podem ser considerados receitas:

i. RS 411,79 de estorno de energia elétrica - CFLO, doc. 35;

j. Cheques e duplicatas descontados em 2005, no total de R\$ 309.654,65, doc. 36;

k. R\$ 913.602,60 de "Redução de Saldo Devedor; doe. 37/38,

25. Conclui que o auto é nulo seja pelos mandados de procedimento fiscais vencidos, como pela multa de 75% que deveria ser de 50%, e pelos valores indevidamente apontados como omissão relacionados nas planilhas que anexa, assim como porque ausentes os requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade.

O processo se compõe de 6 (seis) volumes.

A 2ª Turma da DRJ/CTA julgou procedente em parte a impugnação, reconhecendo a reclamação da contribuinte de que os créditos recebidos nas contas bancárias do banco Itaú, a título de "Redução Saldo Dev (...)", informados nos Docs. 37/38 não deveriam ser considerados como receitas, excluindo, por conseguinte, na apuração dos tributos lançados.

A contribuinte tomou ciência do acórdão em 18/08/2010 (e-fl. 1.187).

Irresignada como r. acórdão, a contribuinte, ora Recorrente apresentou recurso voluntário em 16/09/2010 (e-fls. 1188-1225) onde repete os mesmos argumentos apresentação na manifestação de inconformidade.

Requer ao final o provimento do recurso, com o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração.

É o Relatório

Voto

Conselheiro Wilson Kazumi Nakayama, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo, assim dele tomo conhecimento.

O lançamento de ofício analisado no presente processo (12571.000045/2009-35), iniciou-se com a expedição do Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização (MPF-F) nº 09.1.04.00-2008-00262-8, referente ao período de 01/2004 a 12/2007, conforme se verifica do excerto do Termo de Início de Fiscalização abaixo:

TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO INTIMAÇÃO Nº 274/2008

CONTRIBUINTE	
NOME	Carvão Papalégua Ltda
CNPJ/CPF nº	: 01.191.858/0001-43
ENDEREÇO	: Rua Sebastião de Camargo Ribas, 266 Bairro: Industrial
MUNICÍPIO	: Guarapuava
ESTADO	: PR CEP: 85.045-480
LOCAL DA LAVRATURA E DATA	
ENDEREÇO	: DRF PONTA GROSSA
CIDADE	: PONTA GROSSA - PR
DATA	: 09/06/2008
CONTEXTO	
No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, conforme Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização nº 09.1.04.00-2008-00262-8, referente à fiscalização de tributos federais no período de 01/2004 a 12/2007, INTIMO o contribuinte acima identificado para, no prazo de 20 (vinte) dias a contar do recebimento deste, apresentar os documentos abaixo especificados.	

Posteriormente, o MPF nº 09.1.04.00-2008-00262-8 foi trocado pelo MPF nº 09.1.04.00-2008-00284-9, através do Termo de Intimação nº 772/2008 (e-fl. 53) do qual a Recorrente teve ciência em 11/08/2008. Segundo o que consta no Termo de Intimação nº 772/2008, permaneciam todas as demais informações e exigências do Termo de Início de Fiscalização já enviado. Confira-se:

TERMO DE INTIMAÇÃO Nº 772/2008

CONTRIBUINTE	
NOME:	Carvão Papalégua Ltda
CNPJ/CPF nº :	01.191.858/0001-43
ENDEREÇO :	Rua Sebastião de Camargo Ribas, 266 Bairro: Industrial
MUNICÍPIO :	Guarapuava
ESTADO : PR	CEP: 85.045-480
LOCAL DA LAVRATURA E DATA	
ENDEREÇO :	DRF PONTA GROSSA
CIDADE :	PONTA GROSSA - PR
DATA :	11/08/2008
CONTEXTO	

Informamos por meio deste que a fiscalização em curso junto ao contribuinte acima especificado, cujo termo de início foi encaminhado por meio da intimação nº 274/2008, teve seu número de Mandado de Procedimento Fiscal - MPF trocado de 09.1.04.00-2008-00262-8 para 09.1.04.00-2008-00284-9. Sendo que este poderá ser consultado na página da Receita Federal do Brasil na Internet, endereço eletrônico <<http://www.receita.fazenda.gov.br/>>, informando o CNPJ e o código de acesso 49885166. Permanecem todas as demais informações e exigências do termo de início de fiscalização já enviado.

O lançamento de ofício analisado no presente processo (12571.000045/2009-35) foi decorrente do mesmo procedimento fiscal que resultou no lançamento de ofício com exigência de tributos do SIMPLES Federal consubstanciado no processo nº 12571.000034/2009-55. Foram lavrados Autos de Infração distintos pelo fato de conterem exigência de tributos distintos.

No processo nº 12571.000034/2009-55 foram exigidos tributos do SIMPLES Federal. Por decorrência do lançamento de ofício, a autoridade fiscal entendeu que a Recorrente extrapolou o limite de receita bruta para optantes do SIMPLES Federal no ano-calendário de 2004 e encaminhou representação para exclusão da Recorrente do regime diferenciado a partir do ano calendário seguinte (2005).

Como a Recorrente recolheu os tributos na forma do SIMPLES Federal no ano-calendário de 2005, o lançamento de ofício com exigência de IRPJ e seus reflexos no ano-calendário de 2005 (analisado no presente processo), decorreu da exclusão da Recorrente do SIMPLES Federal.

Constata-se que o processo administrativo nº 12571.000034/2009-55 transitou em julgado na esfera administrativa, tendo sido prolatado o Acórdão 1401-001.237, de 31 de julho de 2014, da 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF que por unanimidade negou provimento ao recurso voluntário.

Portanto, a situação fática para a exclusão da Recorrente do SIMPLES Federal, a extrapolação do limite de receita bruta no ano-calendário de 2004, está evidenciada, uma vez que o processo nº 12571.000034/2009-55 foi encerrado no âmbito administrativo com a exigência dos tributos relativos a omissão de receitas por depósitos bancários não escriturados.

Das nulidades arguidas**Nulidade do MPF**

A Recorrente reproduz no presente processo, *ipsis litteris*, seus argumentos utilizados no processo nº 12571.000034/2009-55 quanto a nulidade do MPF, de lavratura do Auto de Infração com base em suposto MPF vencido e por fim requerendo a emissão de novo MPF, com a nomeação de novo responsável pela conclusão do procedimento fiscal.

Ocorre que os argumentos de nulidade suscitados já foram objeto de julgamento e rejeitados por unanimidade pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF, no bojo do processo nº 12571.000034/2009-55, encerrado na esfera administrativa, tendo sido prolatado o Acórdão 1401-001.237, de 31 de julho de 2014.

Assim entendo que não cabe rediscussão, por meios destes autos, arguição de nulidade do MPF, já julgada e definitivamente encerrada nos autos do processo nº 12571.000034/2009-55.

Dessa forma não conheço do recurso quanto a nulidade do MPF e do requerimento para emissão de novo MPF, com a nomeação de novo responsável pela conclusão do procedimento fiscal.

Mérito

Há que se consignar, mais uma vez, que o lançamento de ofício do presente processo (com exigência de IRPJ e seus reflexos foi decorrente da exclusão da Recorrente do SIMPLES Federal a partir de 1º de janeiro de 2005, que por sua vez foi resultado do lançamento de ofício com exigência de tributos do SIMPLES Federal no processo nº 12571.000034/2009-55. Como o processo foi encerrado no âmbito administrativo, com a manutenção do Auto de Infração, consideram-se verdadeiros os seus fundamentos e seus reflexos, isto é, que a Recorrente extrapolou o limite de receita bruta para optantes do SIMPLES Federal e válida a sua exclusão do regime diferenciado a partir de 01/01/2005.

Como afirmado alhures, o Recurso Voluntário apresentado constitui-se basicamente em cópia da impugnação, cujos argumentos foram, no entender deste Relator, adequadamente analisadas pela Turma Julgadora *a quo*.

A Recorrente não juntou novos documentos no recurso voluntário para infirmar a acusação fiscal e/ou contrapor as razões de decidir da 2ª Turma da DRJ/CTA, tão somente repetiu os mesmos argumentos perfilados na manifestação de inconformidade.

Assim, com base na faculdade garantida ao julgador pelo § 3º do Art. 57 do Regimento Interno do CARF, proponho a manutenção da decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos, considerando-se como se aqui transcrito integralmente o voto da decisão recorrida:

4.2 MÉRITO.

4.2.1 Quebra de sigilo fiscal.

45. Afirma que art. 6º da LC nº 105, de 2001, à luz do Decreto nº 3.724, de 2001, assegura às instituições e aos contribuintes o direito de não fornecerem informações que identifiquem a origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados, só devendo informar valores dos débitos e créditos efetuados no período sob fiscalização, que devem ser conservadas sob sigilo fiscal; aponta a irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001, que alterou o art. 11 da Lei nº 9.311,

de 1996, facultando a utilização das informações prestadas pelas instituições para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário, para lançamento fiscal.

Cabe analisar como ocorreram os fatos.

Iniciando o procedimento fiscal atinente à autuação que se discute, foi a empresa intimada em 13/06/2008, fls. 2/3 a apresentar entre outros, os extratos bancários de todas as contas correntes e poupança e de investimentos, ao que a interessada informou em 08/07/2009, que não dispunha dos extratos, fl. 5; em 11/08/2008, quando foi informada acerca da alteração de numeração do MPF por meio do Termo de Intimação nº 772/2008, fl. 51 e 449, foi-lhe reiterado que permaneciam todas as demais informações e exigências do termo de início de fiscalização já enviado.

A Lei Complementar nº 105, de 2001, estabelece, em seu art. 1º, § 3º, III, que não constitui violação do dever de sigilo o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. II da Lei nº 9.311, de 1996, quais sejam, as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações e no art. 6º que:

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária. (Grifou-se.)

49. E o Decreto nº 3.724, de 2001, regulamentou esse art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas, nos seguintes termos:

Art. 2º A Secretaria da Receita Federal, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis. § 1º Entende-se por procedimento de fiscalização a modalidade de procedimento fiscal a que se referem o art. 7º e seguintes do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal.

§ 2º - O procedimento de fiscalização somente terá início por força de ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), instituído em ato da Secretaria da Receita Federal, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º deste artigo.

(...)

Art. 4º Poderão requisitar as informações referidas no caput do art. 2º as autoridades competentes para expedir o MPF.

§ 1º A requisição referida neste artigo será formalizada mediante documento denominado Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) e será dirigida, conforme o caso, ao;

I - Presidente do Banco Central do Brasil, ou a seu preposto;

II - Presidente da Comissão de Valores Mobiliários, ou a seu preposto;

III - presidente de instituição financeira, ou entidade a ela equiparada, ou a seu preposto;

IV - gerente de agência.

§ 2º A RMF será precedida de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre movimentação financeira, necessárias à execução do MPF. (Grifou-se.)

50. No caso em concreto, a ação fiscal teve início em 13/06/2008, portanto, o procedimento adotado, visando à constituição do crédito tributário com base em informações relacionadas à CPMF, obtidas das instituições financeiras, encontrava-se plenamente respaldado pela legislação.

51. As RMF foram emitidas em 06/08/2008, tendo as instituições financeiras entregue os extratos à fiscalização.

52. Assim, autorizada pela legislação em vigor, Lei Complementar nº 105 de 10 de janeiro de 2001, e Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e depois de ter intimado a fornecê-los e de lhe ter concedido o prazo de 2 (dois) meses, obteve a fiscalização, diretamente das instituições financeiras, as informações e os extratos a partir dos quais elaborou os demonstrativos referentes aos valores creditados nas contas correntes movimentadas pela empresa, intimando a empresa a comprovar a origem desses valores.

53. A autuada reclama que as instituições só devem informar valores dos débitos e créditos efetuados no período sob fiscalização, e que tais informações sejam conservadas sob sigilo fiscal; verificando-se os extratos deste processo, tem-se que se referem aos anos-calendário 2004 e 2005, tendo sido o primeiro objeto de autuação no processo nº 12571.000034/2009-55, já citado, assim, de fato, somente dados referentes ao período fiscalizado foram fornecidos, em conformidade com o determinado na RMF cuja cópia se juntou à fl. 1.107 e que abrange ambos esses anos.

54. Quanto a serem conservados sob sigilo, tem-se que a transferência de dados para a fiscalização da Receita Federal do Brasil não se constitui em quebra de sigilo, pois os Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil estão obrigados à manutenção do sigilo, conforme dispõe a própria LC nº 105, de 2001, invocada, em seu art. 11:

Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo

da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.

55. A reclamação de que não se aplica retroativamente a Lei nº 10.174, de 2001, que alterou o art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996 (que instituiu a CPMF), e que facultou a utilização das informações prestadas pelas instituições para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário, para lançamento fiscal, improcede, primeiramente, porque os fatos investigados são posteriores, movimentação financeira dos anos calendário 2004 e 2005, fiscalizados em 2008 e 2009, e segundo porque não se aplica a irretroatividade à legislação que institua novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas.

56. Por pertinente, transcreve-se acórdão.

SIGILO BANCÁRIO (Ano 98) - Os extratos bancários regularmente requisitados pela autoridade administrativa, com fundamento no art. 11 da Lei Complementar 105/01. art. 38 da Lei 4.595/64 e art. 8º da Lei 8.021/90, não podem ser taxados como provas obtidas de forma ilícita e nem com desvio de poder. A Lei Complementar 105/01 e a Lei 10.174/01 têm aplicação retroativa face o comando expresso no § único do art. 144 do CTN (Ac. 1º CC 101-94.196/03 -DO 04/07/03)

57. Por fim, no tocante às decisões judiciais mencionadas, cm que a interessada não figura em qualquer dos pólos da relação jurídica, as mesmas somente têm efeito entre as partes componentes dos respectivos processos judiciais.

58. Assim, perfeitamente legal o meio de obtenção de provas utilizado pela fiscalização.

4.3 OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO ESCLARECIDA. PRESUNÇÃO LEGAL.

A título de mérito, depois de ter acusado o lançamento de ser sem nexo causal, arbitrado simplesmente sobre movimentação financeira da contribuinte, invoca o princípio da verdade material, para afirmar que o importante na atividade administrativa de lançamento é a produção da prova; que no processo fiscal predomina o princípio de que as afirmações sobre omissão de rendimentos devem ser provadas pelo fiscal.

A exigência tem como fundamento a presunção legal de omissão de receitas, prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, nos seguintes termos:

Depósitos Bancários

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..

61. Esclareça-se que, nessa forma de apuração, o que se tributa não são os depósitos bancários como tais considerados, mas sim a omissão de receitas ou

rendimentos que eles representam. Os depósitos são, na verdade, apenas a forma, o sinal de exteriorização pelo qual se manifesta a omissão de receitas objeto da tribulação, porque não satisfatoriamente comprovada a origem financeira dos recursos utilizados.

62. Conforme se depreende do texto legal, trata-se de presunção legal *juris tantum*, que autoriza a caracterização de omissão de receita. É a própria lei que determina que os depósitos bancários, de origem não comprovada, caracterizam omissão de receita ou de rendimentos, e não meros indícios de omissão. A presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus.

63. Primeiramente, veja-se o que determina a legislação pertinente, Lei nº 9.430, de 1996:

Depósitos Bancários

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.

(...)

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

64. 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.

[...]

68. 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.

69. 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 a 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.

70. A Lei nº 9.430, de 1996, também estabeleceu, a esse respeito dessa presunção legal que:

Da Omissão de Receita

Art. 18. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições de que trata esta Lei, desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas.

71. Ou seja, aplica-se a presunção inclusive às empresas na sistemática do Simples; o dispositivo supra é coerente com o fato de o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples, não ser um tributo novo que foi criado, mas simplesmente, uma sistemática simplificada, destinada a desonerar e desburocratizar as empresas que beneficia.

4.4 DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

72. Argumenta que cabe ao autuante o ônus de provar a verdade material relativa à omissão de receita.

73. Não tem razão. Ocorre, no presente caso, a presunção legal já descrita nessa decisão, sobre a qual se aduz a seguinte explanação: via de regra, a autoridade deve estar munida de provas para alegar a ocorrência de fato gerador; contudo, nas situações em que a lei presume a ocorrência do fato gerador - as chamadas presunções legais - a produção de tais provas é dispensada, e cabe ao contribuinte apresentar provas que elidam a presunção de omissão resultante.

74. A criação de presunções legais está prevista na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil - CPC), que assim dispõe em seus arts. 333 e 334:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

(...)

Art. 334. Mão dependem de prova os fatos: (...)

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade."
(Grifou-se).

75. Portanto, 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 *juris et jure* e em relativas, condicionais ou presunções *juris 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, conseqüentemente 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.

76. 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.

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

78. No texto a seguir reproduzido, extraído de Imposto sobre a Renda - Pessoas Jurídicas, JUSTEC-RJ, 1979, pág. 806, José Luiz Bulhões Pedreira sintetiza com muita clareza essa questão:

O efeito prático da presunção legal é inverter o ônus da prova: invocando-a, a autoridade lançadora fica dispensada de provar, no caso concreto, que ao negócio jurídico com as

características descritas na lei corresponde, efetivamente, o fato econômico que a lei presume - cabendo ao contribuinte, para afastar a presunção (se é relativa) provar que o fato presumido não existe no caso. (Grifou-se.)

79. Nesse sentido, são também brilhantes as lições de Maria Rita Ferragut m Presunções no Direito Tributário (São Paulo, Dialética, 2001, págs. 91/92):

Discordamos do entendimento de que as presunções ferem a segurança jurídica porque, como meio de prova indireta que são, portam elevado grau de incerteza, prejudicando a necessária apuração dos fatos. Entendemos que as presunções não devam ser aplicadas em casos de dúvida e incerteza, mas somente nas hipóteses de impossibilidade de comprovação direta do evento descrito no fato, já que seu principal fim é o de suprir deficiências probatórias.

A certeza e a convicção (...) é inatingível objetivamente, estando, nessa perspectiva, também ausente na prova direta. Sobre a questão da certeza, manifestou-se Moacyr Amaral dos Santos, para quem 'há certeza, relativamente a um fato quando o espírito se convence de sua existência ou inexistência'.

A previsibilidade (inerente ao princípio da segurança jurídica) quanto aos efeitos jurídicos da conduta praticada não se encontra comprometida quando a presunção for corretamente utilizada para a criação de obrigações tributárias. O enunciado presuntivo não altera o antecedente da regra-matriz de incidência tributária, nem equipara, por analogia ou interpretação extensiva, fato que não é como se fosse, nem substitui a necessidade de provas. Apenas, e tão-somente prova o acontecimento factual relevante não de forma direta - já que isso, no caso concreto, é impossível ou muito difícil — mas, indiretamente, baseando-se em indícios graves, precisos e concordantes, que levem à conclusão de que o fato efetivamente ocorreu.

Caso não tenha ocorrido, até para a garantia de observância da segurança jurídica, é permitido ao contribuinte produzir todas as provas juridicamente admitidas para os fins de demonstrar a inveracidade fática do fato imputado.

(...)

A Administração tem o dever-poder de cumprir com certas finalidades, sendo-lhe obrigatória essa tarefa para a realização do interesse da coletividade, indicado na Constituição e nas Leis. Consequência dessa premissa é a indisponibilidade do interesse público.

A utilização de presunções para a instituição de tributos é uma forma de atender ao interesse público, já que essas regras são passíveis de evitar que atos que importem evasões fiscais deixem de provocar as consequências jurídicas que lhe seriam próprias não fosse o ilícito. E, nesse sentido, instrumento que o direito coloca à disposição da fiscalização, para que obrigações tributárias não deixem de ser instauradas em virtude da prática de atos ilícitos pelo contribuinte, tendentes a acobertar a ocorrência do fato típico. (Grifou-se)

80. Logo, 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.

81. Reclamou também a autuada que a autoridade fiscal teria extrapolado suas atribuições quando da intimação para que a empresa esclarecesse a origem dos recursos recebidos nas contas de sua titularidade com "documentação hábil e idônea", em valores "coincidentes em datas e valores", pois estes últimos termos não constam do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

82. No Termo de Início de Fiscalização que a litigante cita, nada consta dessa reclamação; quanto ao Termo de Intimação nº 40/2009, fls. 616/643, de fato, o autuante intimou a contribuinte a "Analisar (...) apontando individualmente, em relação a cada crédito, a **ORIGEM** dos recursos (...) documentação **comprobatória hábil e idônea**." "Poderão ser excluídos (...) **créditos decorrentes de transferências de outras contas do próprio contribuinte** desde que seja apresentada documentação de transferência comprobatória coincidente em datas e valores (...)" ; que "A não identificação implicará na tributação por omissão de receita, levando-se em conta a presunção legal prevista no Art. 42 da Lei 9.430/96".

83. Ora, da leitura do dispositivo legal que embasou a autuação, é evidente que a não comprovação da origem resultaria na autuação por omissão de receitas; quanto a ser hábil e idônea a documentação que a litigante deve apresentar para provar suas alegações, termos que constam literalmente do dispositivo legal, pode-se considerar que seja um pleonasmo, uma maior ênfase dada pelo legislador, para deixar claro à contribuinte que a documentação, por óbvio, deve ser pertinente e legal.

84. Quanto à questão das transferências entre contas, como verificado, a litigante apresentou ao fiscal a relação de fl. 656 de créditos recebidos, cujos históricos se referem a "transferência interconta" ou "transferência (age/conta) Carvão, Papaleguas". porém sem extratos que respaldassem a alegação de que seriam transferências entre contas ambas de titularidade da autuada; se constam os extratos com os créditos recebidos (de onde foram extraídos pela fiscalização que intimou a contribuinte a esclarecê-los), onde estão os extratos com os

débitos da conta remetente? Estes não foram apresentados. Faltou documentação que evidencie ambas as operações; quanto a serem coincidentes em valor, trata-se de uma exigência óbvia; quanto à coincidência de data, o analista dos documentos avaliará se as datas são pertinentes, podendo ocorrer que não se tratem de transferências instantâneas tipo TED, mas via DOC, quando pode não haver coincidência, mas com certeza as datas serão coerentes; contudo, na falta de documentos, a discussão cai no vazio - o fato é que a contribuinte pleiteou tais exclusões da autuação somente com base nos históricos dos extratos da conta recebedora dos créditos, o que é insuficiente.

4.5 PROVAS APRESENTADAS. Doc 35, 36 E 37/38.

85. A impugnante pleiteia a exclusão dos valores a seguir analisados.

[...]

89. Consequentemente, devem ser excluídos da exigência o imposto e contribuições apurados relativos aos seguintes valores de receitas: (grifei)

	Omissão - AUTO	Cancelado	Omissão - Acórdão
jan/05	775.831,11	156.622,90	619.208,21
fev/05 *	547.898,79	66.092,56	481.806,23
mar/05	648.529,52	39.715,55	608.813,97
abr/05	531.240,37	0,00	531.240,37
mai/05	669.368,94	98.348,52	571.020,42
jun/05	371.172,49	115.450,76	255.721,73
jul/05	363.397,27	88.920,11	274.477,16
ago/05	575.754,49	148.759,86	426.994,63
set/05	421.914,97	77.650,41	344.264,56
out/05	377.264,94	85.677,18	291.587,76
nov/05	337.434,94	23.993,05	313.441,89
dez/05	149.846,36	0,00	149.846,36
TOTAL	5.769.654,19	901.230,90	4.868.423,29

90. Passando a serem os totais de Receita Bruta mensal os seguintes (grifei)

	Rec Br declarada	Omissão-Acórdão	Receita Bruta Total
jan/05	3.419,72	619.208,21	622.627,93
fev/05	3.929,37	481.806,23	485.735,60
mar/05	3.242,69	608.813,97	612.056,66
abr/05	3.639,95	531.240,37	534.880,32
mai/05	3.225,24	571.020,42	574.245,66
jun/05	3.302,84	255.721,73	259.024,57
jul/05	15.524,58	274.477,16	290.001,74
ago/05	3.420,88	426.994,63	430.415,51
set/05	3.512,20	344.264,56	347.776,76
out/05	3.650,76	291.587,76	295.238,52
nov/05	3.341,33	313.441,89	316.783,22
dez/05	3.937,03	149.846,36	153.783,39
TOTAL	54.146,59	4.868.423,29	4.922.569,88

91. Diz ainda a reclamante que "a movimentação financeira carrega o custo da produção e que o preço de venda contido nos respectivos lançamentos bancários, só poderiam ser considerados omissão de receita, se corroborados com levantamento físico da produção e do estoque, dívidas contraídas e não quitadas com instituições, impostos e terceiros, que evidenciasse a saída de produtos sem controle das operações"

e junta certidões positivas de dívidas e de ações de execução fiscal, para demonstrar que a empresa vem apresentando decréscimo patrimonial.

92. Tem-se que os depósitos recebidos não foram justificados como referentes a receitas declaradas, ou que fossem não tributáveis, isentos ou que pertencessem a terceiros, ou outra justificativa que elidisse a autuação.

93. No caso, a caracterização da ocorrência do fato gerador do imposto de renda não se deu pela mera constatação de um depósito bancário, considerada isoladamente, abstraída das circunstâncias fáticas. Pelo contrário, a caracterização está ligada à falta de esclarecimentos da origem dos numerários depositados, conforme dicção literal da lei. Existe, portanto, uma correlação lógica entre o fato conhecido - ser beneficiado com um depósito bancário sem origem - e o fato desconhecido - auferir rendimentos. Essa correlação autoriza plenamente o estabelecimento da presunção legal de que o dinheiro surgido na conta bancária, sem qualquer justificativa, provem de receitas ou rendimentos não declarados.

94. A única forma de elidir a presunção legal é a apresentação de provas hábeis e idôneas que demonstrem a origem dos recursos utilizados nos depósitos bancários. E essas provas, se não apresentadas por ocasião da fiscalização, devem ser apresentadas junto com a peça de defesa. Na peça impugnatória, examinaram-se os elementos de prova apresentados, tendo sido alguns acolhidos, e outros não; quanto aos demais valores não justificados permanece a presunção legal de omissão de receita e as correspondentes exigências de imposto e contribuições devidos no Simples. (grifei)

95. Não é excessivo comentar que o Conselho de Contribuintes vem mantendo os lançamentos de IRPJ fundado em omissão de receitas por falta de comprovação da origem de depósitos bancários, a teor das seguintes decisões:

[...]

4.6 MULTA DE OFÍCIO DE 75%.

96. Pleiteou a nulidade dos autos devido à multa de ofício de 75%, aplicada, segundo a impugnante, sobre o imposto atualizado, alegando que o limite seria de 50%.

97. Primeiramente, a multa aplicada de ofício foi calculada sobre o valor do imposto e contribuições devidos, sem qualquer atualização, e obedeceu à legislação vigente, inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que, expressa e objetivamente, prevê:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

1 - 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;

98. A multa de ofício calculada sobre o valor do imposto cuja falta de recolhimento se apurou, está em consonância com a legislação de regência, sendo o percentual de 75% o legalmente previsto para o lançamento de ofício,

não se podendo, em âmbito administrativo, reduzi-lo ou alterá-lo por critérios meramente subjetivos, contrários ao princípio da legalidade.

99. Considerações sobre a graduação da penalidade, no caso, não se encontram sob a discricionariedade da autoridade administrativa, uma vez definida objetivamente pela lei. Nesse sentido, qualquer pedido ou alegação que ultrapasse a análise de conformidade do ato administrativo de lançamento com as normas legais vigentes, em franca ofensa à vinculação a que se encontra submetida a instância administrativa (art. 142, parágrafo único, do CTN), como a contraposição a princípios constitucionais, somente podem ser reconhecidos pela via competente, o Poder Judiciário.

100. Desse modo, deve-se considerar correta a aplicação da multa de lançamento de ofício ao percentual de 75%, definido em lei, sobre o valor do imposto e contribuições lançados de ofício.

101. De se destacar que, apesar da aplicação da multa de ofício de 75%, em vez de a de 150%, qualificada, foi feita Representação Fiscal para Fins Penais, processo nº 12571.000049/2009-13.

4.7 CITAÇÕES DE ACÓRDÃOS ADMINISTRATIVOS E DECISÕES JUDICIAIS.

102. Por fim, no que se refere às citações de acórdãos administrativos, cumpre destacar que não se aplicam ao presente processo, a teor do art. 100, 11, do Código Tributário Nacional, por inexistir lei que lhes atribua eficácia normativa; cabe ressaltar ainda que, no tocante as decisões judiciais mencionadas, em que a interessada não figura em qualquer dos polos da relação jurídica, as mesmas somente têm efeito entre as partes componentes dos respectivos processos judiciais.

5 Lançamentos Reflexos: Pis, Cofins e CSLL

[...]

7 Conclusão.

À vista do exposto, **voto** por rejeitar as preliminares de nulidade do ADE e dos autos de infração, negar o pedido de emissão de novo Mandado de Procedimento Fiscal -Fiscalização (MPF-F) c designação de novo Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil e, no mérito, julgar procedente o ADE nº 12 de 20 de abril de 2009 e procedente em parte a impugnação aos autos de infração, mantendo as exigências de R\$ 70.814,61 de IRPJ, R\$ 31.926,30 de PIS, R\$ 52.622,28 de CSLL e R\$ 146.594,17 de Cofins e respectiva multa de 75% e juros de mora.

Depreende-se, portanto, que a decisão recorrida enfrentou todos os argumentos apresentados na manifestação de inconformidade, e repetidos no recurso voluntário, decidindo com base na legislação vigente e de acordo com as provas e realidade fáticas apresentadas.

Portanto, por todo o acima exposto, conheço parcialmente do recurso, e na parte conhecida voto em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama