



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

Processo nº 12897.000092/2010-40
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 1401-001.315 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de setembro de 2014
Matéria SIMPLES
Recorrente SAMPAIO E NOGUEIRA COMERCIO LTDA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2006

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE

Tendo o auto de infração preenchido os requisitos legais e o processo administrativo proporcionado plenas condições à interessada de contestar o lançamento, descabe a alegação de nulidade

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS E VALORES CREDITADOS EM CONTA BANCÁRIA. ORIGEM NÃO COMPROVADA. ÔNUS DA PROVA.

A Lei nº 9.430/96, em seu art. 42, estabeleceu a presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta corrente ou de investimento.

EMPRÉSTIMOS DE TERCEIROS - UTILIZAÇÃO DO SALDO DA CONTA CAIXA - VENDAS A PRAZO - EXCLUSÃO DOS CHEQUES DEVOLVIDOS - NÃO COMPROVAÇÃO

Não há como acatar as alegações trazidas em sua defesa quando não comprovados, sendo correto o procedimento adotado durante a ação fiscal.

DECORRÊNCIAS. CSLL - PIS - COFINS - INSS.

Aplica-se ao lançamento reflexo o mesmo tratamento dispensado ao lançamento matriz, em razão da relação de causa e de efeito que os vincula.

DECORRÊNCIAS - INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

Apurada omissão de receitas alteram-se, por mudança de faixa da receita acumulada, os percentuais utilizados para cálculo dos tributos devidos pelo

Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte -Simples. Tal mudança de percentuais acarreta insuficiência de recolhimento, sendo devidas às diferenças lançadas.

TAXA SELIC. JUROS DE MORA.

Os juros de mora, com base na taxa SELIC, encontram previsão em normas regularmente editadas, não tendo o julgador administrativo competência para apreciar arguições de sua inconstitucionalidade e/ou ilegalidade, pelo dever de agir vinculadamente às mesmas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, INDEFERIR o pedido de perícia, REJEITAR as preliminares e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Presidente para a Formalização do Acórdão

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto – Relator

Considerando que o Presidente à época do Julgamento não compõe o quadro de Conselheiros do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) na data da formalização da decisão, e as atribuições dos Presidentes de Câmara previstas no Anexo II do RICARF (Regimento Interno do CARF), a presente decisão é assinada pelo Presidente da 4ª Câmara/1ª Seção André Mendes de Moura em 18.09.2015.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Bezerra Neto, Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Sérgio Luiz Bezerra Presta, Maurício Pereira Faro e Jorge Celso Freire da Silv (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra Acórdão da 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento do Rio de Janeiro I.

Adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância, compondo em parte este relatório:

Trata o presente processo administrativo fiscal de autos de infração, com ciência em 19/06/2011, fls. 282/355, para cobrança dos seguintes tributos relativos ao ano-calendário de 2006:

	Principal R\$	Juros de Mora R\$ *	Multa R\$	Total R\$
IRPJ	34.326,93	13.476,42	25.745,13	73.548,48
PIS	25.184,01	9.885,63	18.887,95	53.957,59
CSLL	34.326,93	13.476,42	25.745,13	73.548,48
COFINS	101.123,46	39.719,42	75.842,54	216.685,42
INSS	292.441,90	114.837,09	219.331,36	626.610,35
			TOTAL	1.044.350,30

Juros de Mora até 31/05/2010

AUTO DE INFRAÇÃO

De acordo com Termo de Constatação, fls. 277/281, foi apurado omissão de receita decorrente da falta de comprovação da origem dos recursos representados por depósitos bancários nas seguintes contas corrente:

Banco Bradesco, agência 2605, c/c 405-7;

Banco Unibanco, agência 490, c/c 650458-9.

Para efeito de apuração da receita omitida, foram considerados os valores dos depósitos não comprovados conforme planilha abaixo, com a dedução dos cheques devolvidos e da receita bruta declarada, conforme PJSI 2007 (planilha consta nos autos às fls. 273/276).

	A	B	C	D	A+B-C-D
PA	BRADESCO	UNIBANCO	CHEQUES DEVOLVIDOS	PJSI 2007	BASE DE CÁLCULO
jan/06	284.409,03	32.079,67	42.186,72	47.614,15	226.687,83
fev/06	188.462,38	13.734,64	27.734,18	30.094,96	144.367,88
mar/06	410.496,80	13.365,58	44.985,62	44.653,42	334.223,34
abr/06	306.867,26	17.985,07	66.800,57	45.812,51	212.239,25
mai/06	373.876,78	19.861,54	47.609,95	64.633,66	281.494,71
jun/06	482.658,29	22.661,32	78.903,57	44.158,34	382.257,70
jul/06	520.178,46	22.457,13	131.992,72	45.532,84	365.110,03

ago/06	580.713,23	23.402,04	153.639,02	46.316,97	404.159,28
set/06	595.954,87	22.621,19	155.194,21	51.437,75	411.944,10
out/06	562.236,88	18.970,20	141.989,88	41.582,67	397.634,53
nov/06	474.507,98	28.790,02	130.703,79	61.742,03	310.852,18
dez/06	407.830,80	66.543,86	89.573,34	66.771,13	318.030,19

Consta, ainda, que durante a ação fiscal, intimada para apresentar documentação hábil e idônea que comprovasse a origem dos recursos ingressados nas contas correntes de sua titularidade, a autuada apresentou os seguintes esclarecimentos, que foram considerados como não suficientes à comprovação dos elementos solicitados nas intimações.

- alguns lançamentos a crédito se encontram em duplicidade, tendo em vista que os bancos têm a praxe de registrar os depósitos efetuados em cheques, e novamente efetuarem o mesmo lançamento quando do desbloqueio dos referidos depósitos, ocasionando duplicidade.

- maioria dos créditos registrados nos quatro meses do ano, quais sejam, janeiro, fevereiro, março e abril, são oriundos de venda efetivadas em cheques pré-datados no ano anterior.

- uma outra grande maioria dos créditos constantes dos extratos bancários, são oriundos de ted ou doc, da mesma titularidade.

Em função destes esclarecimentos, a autuada foi novamente intimada a identificar os lançamentos que deram origem às referidas alegações, bem como identificar/comprovar as vendas efetivadas por meio de cheques pré-datados no ano anterior, além dos demais comprovantes já anteriormente solicitados. Foi notificado que o não atendimento ensejaria o lançamento de ofício por omissão de rendimentos com base no artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

Além disso, constatou-se que a alegação de que os créditos registrados nos meses de janeiro a abril seriam oriundos de vendas do ano anterior não teria cabimento, pois o total da receita bruta do ano-calendário de 2005 é de R\$ 556.859,30, enquanto que a renda total dos quatro primeiros meses de 2006 é de R\$ 1.085.693,34.

Diante dos fatos, foi lavrado auto de infração por omissão de receita, por presunção legal prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

Enquadramento Legal: Art. 185, 186, 188, 199, 287 e 288, d o RIR/99, Art. 33 da Lei nº 11.196/2005 e Lei nº 11.307/2006 (conversão da Medida Provisória nº 275/2005).

Em decorrência dos valores omitidos, o percentual aplicado sobre a receita bruta acumulada foi alterado, gerando insuficiências de recolhimentos.

Enquadramento Legal: Arts. 186 e 188 do RIR/99; Art. 10 da Medida Provisória nº 275/2005, convertida na Lei nº 11.307/2006.

Esta fiscalização, considerando que o contribuinte ultrapassou no ano o limite estabelecido para sua permanência no Simples, e que também foi verificado a existência do processo nº 15471.001040/2009-46, protocolado em 11/03/09, referente à contestação da exclusão de ofício do Simples Nacional, elaborou relatório fiscal solicitando o encaminhamento do mesmo à Divisão de Controle e Acompanhamento Tributário -DRF-RJ1.

Inconformada, a autuada apresentou impugnação em 13/07/2010, fls. 357/358, citando o processo administrativo nº 15471.001040/2009-46, que trata de exclusão do Simples Nacional, com as seguintes alegações:

- tendo sido informada, no relatório fiscal, acerca da existência do processo 15471.001040/2009-46, protocolado em 11/03/2009, e para não ter seu direito precluso em função do presente auto de infração, vem recorrer pela presente nos termos do

Decreto 70.235/72.

- considerando correto o procedimento por parte da autuada, e que, mesmo julgado procedente a impugnação, ou ainda que parcialmente, poderá se manter no regime do simples, uma vez que sua receita bruta anual permanecerá dentro dos limites previstos na Lei nº 9.317/96.

- apresenta impugnação ao ato declaratório de exclusão, requerendo a suspensão dos efeitos da exclusão do Simples, com base no artigo 151, inciso III do CTN.

Na mesma data, apresenta impugnação em face do lançamento, fls. 359/379, com as seguintes alegações:

- cita os dispositivos legais que embasaram o lançamento;

- requer a nulidade do lançamento, por não ter seguido os requisitos previstos no artigo 10 do Decreto 70.235/72.

- faltam elementos comprobatórios daquilo que se encontra supostamente materializado na peça impositiva, pois não indica quais incisos, alíneas ou parágrafos do artigo 5º da Lei 9.317/96, e do artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

- faz-se mister minudenciar a essência da ação fiscal, de forma a tornar possível a determinação esculpida no artigo 5º, LV da Constituição Federal.

- contesta a correção do débito com a aplicação da taxa SELIC.

- quanto ao mérito, alega que trocou de contador, sendo que o anterior renunciou no meio da fiscalização, e com ele diversos documentos necessários ao deslinde foram extraviados, principalmente os DARF simples que comprovam o correto recolhimento dos valores declarados.

- da análise do extrato bancário, a maioria da movimentação decorre de depósitos feitos em cheques e vendas através de cartões de crédito, que eram devolvidos por falta de fundos, e depois reapresentados, ocasionando duplicidade no lançamento.

- assim, pugna por perícia técnica contábil, onde se poderá apurar, inclusive junto às Instituições Financeiras, a relação nominal dos cheques devolvidos e reapresentados, onde se poderá excluir da base de cálculo, já que não foi feito em sua totalidade.

- não foram excluídos empréstimos com sócios e terceiros, já que os contratos foram extraviados.

- com relação às vendas com cartões de crédito, efetuados nos meses de novembro e dezembro, haja vista que a maioria são parceladas em 30/60/90 dias, e

cujos valores deverão ser deduzidos da base de cálculo conforme tabela abaixo, e provas carreadas no processo administrativo:

venda	crédito	valor R\$
out/05	jan/06	25.395,52
nov/05	fev/06	16.539,82
dez/05	mar/06	14.537,82
	abr/06	8.590,92
	Total	65.064,08

- o mesmo ocorreu com vendas efetuadas no período de novembro a dezembro, cujos cheques foram depositados nos meses de janeiro, fevereiro e março, haja vista que a maioria são realizadas para recebimento em 30/60/90 dias, devendo os seguintes valores serem excluídos da base de cálculo:

venda	crédito	valor R\$
out/05	jan/06	38.946,90
nov/05	fev/06	62.501,35
dez/05	mar/06	90.145,40
	Total	191.593,65

não é possível imaginar que uma empresa de pequeno porte não tem porte para movimentar por compra e venda de mercadorias os valores movimentados financeiramente, mas que pela exiguidade do tempo, e extravios dos documentos, não pode ser demonstrado, a ainda alicerçado a lei de regência que disciplina a matéria, que prevê a dispensa da escrituração comercial.

- houve extravio do livro caixa e demais documentos, sendo que o livro caixa apresentado na ação fiscal foi feito apenas com base em documentos que a empresa dispunha, poucos documentos incluídos os extratos bancários.

- os depósitos e teds de valores altos são cheques emprestados por terceiros e descontados pela autuada, razão pela qual requer os expurgos, conforme relação anexada à defesa, cuja prova poderá ser testemunhal:

Nome do Credor	Valor R\$
Jose Augusto Rodrigues	44.033,00
Luiz Cláudio Sampaio	192.022,81
Iddas Com Gen Alimentícios	105.200,00
Valeska Pereira da Silva	33.627,00
Ana Luiza da Silva Regis	10.080,00
Geraldo Lira de Carvalho	41.500,27
Total	426.463,08

- os valores tomados a título de empréstimos foram devolvidos aos mesmos consoante a tabela abaixo:

mês	pagos
jan/06	18.422,00
fev/06	31.969,40
mar/06	114.840,00
abr/06	52.521,41
mai/06	39.947,00
jun/06	74.556,00
jul/06	48.157,20
ago/06	0,00
set/06	24.386,00

out/06	21.664,27
nov/06	0,00
dez/06	0,00
Total	426.463,28

- no que tange a exclusão do fisco dos cheques devolvidos, não foi em sua totalidade, conforme quadro a seguir e extratos anexados ao presente:

Competência	lançado fisco	valor real
mai/06	47.609,95	51.239,22
jul/06	131.992,72	136.520,52
out/06	141.989,88	150.787,56
nov/06	130.703,79	131.002,84
Totais	452.296,34	469.550,14
Diferença		17.253,80

- resta caracterizado o excesso de tributação no valor de R\$ 17.253,80.
- requer que seja excluído o saldo de caixa constante no balanço de 31/12/2005, no valor de R\$ 41.446,31, já que fora utilizado para depósitos bancários no decorrer do ano de 2006, uma vez que, devido a dificuldades financeiras, vivia do mercado financeiro.
- finaliza requerendo a nulidade do lançamento, pela efetiva demonstração do cerceio de defesa, ou ultrapassada esta, seja julgado improcedente.
- caso assim não entenda, que sejam expurgados os valores apontados que totalizam R\$ 747.468,56, assim como a atualização monetária calculada pela SELIC.
- na remota possibilidade de procedência parcial, requer a devolução do prazo;
- protesta pelos seguintes provas documental, evitando a incidência da regra do §4º do artigo 16 do Decreto nº 70.235/72.
 - * prova documental superveniente.
 - * produção de perícia técnica contábil, nos termos do artigo 16, inciso IV do Decreto nº 70.235/72, indicando o Perito Judicial Dra ELISABETH DA SILVA ANCHIETA DE OLIVEIRA, brasileira, Contadora, com endereço profissional a Rua Coronel Moreira Cesar, 165/901 - Icaraí - Niterói.RJ.
 - * expedição de ofício às empresas de cartões de crédito constantes nos extratos, para que informe a esse órgão os exatos valores alusivo a vendas ocorridas no ano-calendário de 2005, cujos créditos foram efetuados no ano-calendário de 2006.
 - * testemunhal das pessoas que efetivamente realizaram empréstimos à autuada.

Considerando a impugnação quanto à exclusão do Simples Nacional, formalizado no processo administrativo de nº 15471.001040/2009-46, o processo foi encaminhado à DICAT/DRF/RJ para as providências necessárias.

Assim, foi anexada aos autos, fls. 530/531, a decisão prolatada no processo administrativo nº 15471.001040/2009-46, que CANCELOU A EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

Em seguida, o processo retornou a esta Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento - RJ I, para julgamento da impugnação em face ao lançamento.

É o relatório.

A DRJ MANTEVE os lançamentos, nos termos das ementas abaixo:

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

Ano-calendário: 2006

Ementa:

NULIDADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. DESCABIMENTO.

É infundada a arguição de nulidade dos lançamentos se os dispositivos legais que os fundamentaram encontram-se descritos no Auto de Infração, e a peça impugnatória é apresentada com desenvoltura suficiente para contradizer o suposto cerceamento do direito de defesa.

PROVA TESTEMUNHAL. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. JUNTADA DE NOVOS DOCUMENTOS. PRECLUSÃO. PEDIDO DE PERÍCIA. PEDIDO GENÉRICO NÃO FORMULADO. PEDIDO DE DILIGÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE.

Nos termos da legislação do PAF, não há previsão para produção de prova testemunhal, e toda prova documental deve ser apresentada na impugnação, sob pena de preclusão, salvo exceções previstas. Os pedidos de perícia sem indicação de perito e quesitos são considerados como não formulados, e os pedidos de diligência devem ser indeferidos quando prescindíveis ao deslinde do litígio.

JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS. A juntada de documentos em momento posterior à apresentação da impugnação requer a comprovação de umas das condições prevista no artigo 16 do Decreto nº 70.235/72, o que não ocorreu nos autos.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS - OMISSÃO DE RENDIMENTOS. A Lei nº 9.430, de 1996, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza lançar o 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 como receita omitida.

EMPRÉSTIMOS DE TERCEIROS - UTILIZAÇÃO DO SALDO DA CONTA CAIXA - VENDAS A PRAZO - EXCLUSÃO DOS CHEQUES DEVOLVIDOS - NÃO COMPROVAÇÃO

Não há como acatar as alegações trazidas em sua defesa quando não comprovados, sendo correto o procedimento adotado durante a ação fiscal.

DECORRÊNCIAS. CSLL - PIS - COFINS - INSS. Aplica-se ao lançamento reflexo o mesmo tratamento dispensado ao lançamento matriz, em razão da relação de causa e de efeito que os vincula.

DECORRÊNCIAS - INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO Apurada omissão de receitas alteram-se, por mudança de faixa da receita acumulada, os percentuais utilizados para cálculo dos tributos devidos pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte -Simples. Tal mudança de percentuais acarreta insuficiência de recolhimento, sendo devidas às diferenças lançadas.

TAXA SELIC. JUROS DE MORA.

Os juros de mora, com base na taxa SELIC, encontram previsão em normas regularmente editadas, não tendo o julgador administrativo competência para apreciar arguições de sua inconstitucionalidade e/ou ilegalidade, pelo dever de agir vinculadamente às mesmas.

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs recurso voluntário a este Conselho, repetindo literalmente os tópicos trazidos anteriormente na impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator

Os recursos preenchem os requisitos de admissibilidade.

DELIMITAÇÃO DA LIDE

A lide foi muito bem delimitada pela decisão de piso, valendo também para este julgamento:

Cumpre, de início, ressaltar que a impugnação de fls. 357/358, em face da exclusão da sistemática do SIMPLES NACIONAL, com efeitos a partir de 01/01/2009, tratada no processo administrativo de nº 15471.001040/2009-46, não será objeto deste contencioso administrativo. Primeiro, porque o presente processo trata de lançamento em decorrência de omissão de receitas, e relativo ao ano-calendário de 2006, esclarecendo que esta autuação NÃO DEU ENSEJO À CITADA EXCLUSÃO.

Ademais, a exclusão da sistemática já foi objeto de julgamento naquele processo, resultando no seu cancelamento, conforme atesta a decisão acostada aos autos às fls.

Quanto às alegações de nulidade seja por cerceamento do direito de defesa, e de suposto na descrição minudente do enquadramento legal, apenas para um melhor esclarecimento sobre o assunto, transcreve-se o dispositivo que rege a matéria no processo administrativo fiscal. Prescreve o art. 59 do Decreto 70235/72 com a nova redação dada pela Lei 8748/93:

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;

Por conseguinte, considera-se nulo o ato, se praticado por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, não tendo se caracterizado quaisquer das situações, pois não se põe em dúvida a competência do autor, auditor fiscal, bastando para tanto a assinatura do mesmo, nem há que se falar em preterição do direito de defesa, vez que os fatos apurados foram descritos com o respectivo enquadramento legal, e levados ao conhecimento, da autuada, levando a mesma a defender-se plenamente através da peça impugnatória e recurso acostados aos autos, como efetivamente o fez.

Outrossim, diferentemente do alegado foram observados todos os requisitos fundamentais à validade do ato administrativo previstos no art. 10 do Decreto 70.235/72.

A esse respeito a DRJ já deixou isso bem claro e não foi refutado pela Recorrente em seu recuso:

A autuada alega que não foram atendidos os requisitos previstos no artigo 10 do Decreto nº 70.235/72, por não haver a indicação dos incisos que constam no artigo 5º da Lei nº 9.317/96 e no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, que fundamentaram o lançamento, cerceando o seu direito de defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Da leitura dos citados dispositivos, verifica-se ser dispensável a indicação de incisos ou parágrafos. O artigo 5º da Lei nº 9.317/96 disciplina os percentuais a serem aplicados para determinação dos valores devidos, para aqueles optantes pela sistemática do Simples Federal. O percentual depende da receita bruta acumulada até o mês do tributo devido. Logo, este artigo não trata da infração propriamente dita, e sim a determinação do crédito tributário.

Quanto ao artigo 42 da Lei nº 9.430/96, a omissão de receita está prevista no seu caput, que é muito claro ao descrever que caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Ademais, verifico que o auto de infração contém a descrição precisa dos fatos imputados ao sujeito passivo, de forma a caracterizar a matéria tributável e o cálculo do montante exigido. Tanto que a autuada pode exercer o seu direito de defesa, uma vez que contestou os pontos que entendeu necessário.

Com relação às demais alegações, por se tratar de matéria de mérito, serão analisadas mais adiante neste voto.

Por todo o exposto, rejeito as preliminares de nulidade.

Perícia

A Recorrente requer a realização de perícia.

Em primeiro lugar, cabe esclarecer que o deferimento de diligência e perícia é uma decisão do âmbito de discricionariedade do julgador, cabendo a ele fazê-la ou não a depender da formação de sua convicção (diligência) ou mesmo que se lhe exigirá conhecimentos técnicos específicos que somente um perito especializado poderia ter (perícia), o que não é o caso dos autos em que se requer apenas análise de meros dados contábeis, fiscais e legais., perfeitamente dentro da alçada de competência do Auditor Fiscal

No caso concreto a justificativa dada seria para que se investigasse a respeito da relação nominal dos cheques devolvidos e reapresentados, onde se poderia excluir da base de cálculo.

No entanto, como bem colocou a decisão de piso “a relação de cheques devolvidos pode ser obtida da análise dos extratos bancários, prescindindo de perícia contábil. Com base nestes documentos, o auditor fiscal elaborou as tabelas de folhas 250/272, excluindo corretamente da base de cálculo os cheques devolvidos. Não ocorre, portanto, a alegada duplicidade de valores.”

Portanto, indefiro o pedido de perícia por entender desnecessária.

Produção de prova testemunhal e de junta posterior de provas

O pedido de produção de prova testemunhal e juntada posterior de provas. No que diz respeito ao pedido de prova testemunhal para comprovar os empréstimos de terceiros, não encontra previsão na legislação processual tributária, por inexistir dispositivo legal regulando a matéria.

Outrossim, o art. 16 do mesmo instrumento legal, em seu parágrafo quarto, determina que as provas documentais devam ser apresentadas juntamente com a peça impugnatória, sob pena de preclusão, salvo exceções taxativamente ali previstas.

No que diz respeito ao protesto por juntada posterior de provas, cabe registrar que até o presente momento, não consta que Recorrente tenha juntado qualquer outra documentação.

MÉRITO

A recorrente apesar de ter sido intimada a comprovar a origem dos depósitos bancários, justificou em parte a sua não apresentação ou dificuldade de apresentação em função de o livro Caixa ter sido extraviado por seu antigo contador.

A esse respeito, o art. 264 do vigente Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, dispõe:

“Art. 264. A pessoa jurídica é obrigada a conservar em ordem, enquanto não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, os livros, documentos e papéis relativos a sua atividade, ou que se refiram a atos ou operações que modifiquem ou possam vir a modificar sua situação patrimonial (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 4º).

§ 1º Ocorrendo extravio, deterioração ou destruição de livros, fichas, documentos ou papéis de interesse da escrituração, a pessoa jurídica fará publicar, em jornal de grande circulação do local de seu estabelecimento, aviso concernente ao fato e deste dará minuciosa informação, dentro de quarenta e oito horas, ao órgão competente do Registro do Comércio, remetendo cópia da comunicação ao órgão da Secretaria da Receita Federal de sua jurisdição (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 10).” (grifei)

De observar que o supracitado dispositivo legal elenca as providências que o contribuinte, ante a destruição dos seus livros, deve adotar como elementos de prova de suas alegações.

No caso que se cuida, prova não há de que o estabelecimento do contribuinte tomou tais providências).

Atendo-se ao caso concreto, não consta dos autos prova de que o contribuinte não demonstrou que tenha cumprido a determinação de prestar minuciosa informação, dentro de 48 horas, ao órgão competente do Registro do Comércio, com cópia da comunicação ao órgão da Secretaria da Receita Federal de sua jurisdição, neste mesmo prazo, além de não dar notícia do fato em jornal de grande circulação.

Ademais, mesmo que tivesse tomado tais providências ainda assim não poderia se eximir de ter procedido com a reescrituração de sua contabilidade. E tempo não faltou para tal.

A recorrente não pode se valer de um evento fortuito para se blindar contra qualquer fiscalização e verificação que por ventura o Fisco queira fazer. Isso, no mínimo seria imoral.

Afasto, portanto, essa justificativa.

PRESUNÇÃO LEGAL - Depósitos Bancários sem comprovação da origem dos recursos

O art. 42, da Lei nº 9.430/1996 é cristalino ao determinar que a omissão de receitas pode ser caracterizada por meio de valores creditados em conta de depósito mantida junto à 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.

Ora, como se vê da descrição dos fatos, a empresa, apesar de ser intimada e reintimada diversas vezes, não apresentou documentação alguma que comprovasse a origem dos recursos daqueles diversos depósitos. A recorrente não logrou comprovar, através de documentação hábil e idônea, coincidentes em datas e valores, a origem dos recursos recebidos em conta bancária.

Em sede impugnatória e repetindo-se literalmente em fase recursal, a interessada ao invés de tentar provar os fatos alegados, limita-se a tecer considerações vagas e genéricas desprovidas de qualquer prova concreta de sua veracidade, tais como:

- “os depósitos e TEDs de valores altos são cheques emprestados por terceiros e descontados pela autuada (...)”;

- Os depósitos do 1º trimestre de 2006 são referente a cheques pré-datados oriundos de vendas dos anos anteriores;

- Alega sem provar que não foram excluídos todos os cheques devolvidos;

- Requer prova testemunhal para provar a devolução de empréstimos a terceiros, sem no entanto apresentar quaisquer provas;

Alega extravio do seu livro caixa.

- Protesta por perícia e juntada de provas, sem até o momento juntar prova alguma, entre outras alegações vazias e genéricas.

O teor do art. 42 da Lei 9.430, é bastante claro:

LEI nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 - DOU de 30.12.96

“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.

Tratando-se de uma presunção legal de omissão de rendimentos, o ônus da prova fica invertido, a autoridade lançadora exime-se de provar no caso concreto a sua ocorrência, transferindo o ônus da prova à contribuinte. O contribuinte, por sua vez, não logrando êxito nessa tarefa que se lhe impunha, como ocorre no caso presente, tem-se a autorização para considerar ocorrido o fato gerador, ou seja, por presunção legal se toma como verdadeiro que os recursos depositados representam rendimentos do contribuinte. Por se tratar de uma presunção relativa *juris tantum*, somente a apresentação de provas hábeis e idôneas pode refutar a presunção legal regularmente estabelecida.

Ao fisco cabe provar o fato constitutivo do seu direito, no caso em questão, a existência de depósito bancário sem origem comprovada. À recorrente, comprovar a origem desses depósitos.

Apenas por descargo, reproduzo abaixo o teor da decisão da DRJ onde foi respondido cada uma daquelas alegações genéricas do contribuinte. Apesar disso, a Recorrente em fase recursal, fez ouvido de mercador à decisão de piso, repetindo os mesmos argumentos da fase impugnatória:

CHEQUES DEVOLVIDOS - R\$ 17.253,80

A autuada afirma que nem todos os cheques devolvidos foram excluídos da base de cálculo da autuada, e apresenta planilha onde demonstrara que ainda caberia a exclusão de R\$ 17.253,80.

Para fins de comprovação das alegações, esta autoridade julgadora verificou os extratos bancários onde constam os cheques devolvidos, fato que ocorreu somente nos extratos do Banco Bradesco, e não encontrou qualquer divergência dos valores apurados pelo auditor fiscal.

Já a planilha apresentada pela autuada carece de comprovação, em que pese afirmar que teria anexado aos autos os documentos que demonstrariam os valores nela constantes.

Portanto, não cabe a exclusão da suposta diferença de R\$ 17.253,80.
EMPRÉSTIMOS DE TERCEIROS

A autuada também afirma que vários depósitos referem-se a empréstimos de terceiros, que totalizam R\$ 426.463,08. Como os documentos foram extraviados, não pode comprovar, solicitando a prova testemunhal.

Como já dito anteriormente, não tem cabimento a prova testemunhal por falta de previsão legal. Além disso, é de responsabilidade da autuada a manutenção dos documentos que comprovariam os alegados empréstimos.

Ademais, os valores constantes na planilha apresentada pela autuada, às fls. 384 dos autos, não compuseram a base de cálculo da presente autuação.

Logo, não há como excluir da base de cálculo o valor de R\$ 426.463,08 por falta de comprovação de que trata de empréstimos de terceiros.

SALDO DA CONTA CAIXA - R\$ 41.446,31

Segundo a autuada, o saldo da conta Caixa, no valor de R\$ 41.446,31, foi utilizado em vários depósitos bancários. No entanto, esta alegação também carece de comprovação, não cabendo a exclusão deste valor da base de cálculo

VENDAS A PRAZO

A autuada afirma que algumas vendas com cheque são feitas a prazo, sendo que R\$ 191.593,65, depositados nos meses de janeiro a março de 2006, referem-se a ano anterior. O mesmo ocorre com a venda utilizando cartões de crédito, e que o valor de R\$ 65.064,08, depositados nos meses de janeiro a abril de 2006, também são vendas do ano anterior.

Mais uma vez, em que pese as alegações, não há qualquer comprovação. Assim, enquanto não comprovado que estes valores referem-se ao ano anterior, será aplicado o regime de caixa para determinação do crédito tributário devido, conforme artigo 42, §1º da Lei nº 9.430/96.

Assim, não cabe a exclusão de R\$ 191.593,65 e de R\$ 65.064,08 da base de cálculo, também por falta de comprovação de que se referem a vendas ocorridas no ano-calendário de 2005.

Por todo acima exposto, já que não foram apresentados argumentos que ilidissem o lançamento, concluo que o procedimento fiscal foi correto, não cabendo qualquer reparo.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTOS

Quanto à insuficiência dos recolhimentos, por ser decorrência, deve ser dado o mesmo tratamento do lançamento principal de omissão de receitas. Cumpre ressaltar que o lançamento se deve em razão da constatação feita pelo fisco de que a receita bruta auferida extrapolou aquela declarada, por força da omissão de rendimentos verificada, admitindo a incidência da tributação mediante utilização de outros percentuais que não aqueles considerados pela autuada, de acordo com o reenquadramento da receita efetivamente auferida (Rec. Declarada + Rec. Omitida), nos limites previstos no art. 5º da Lei nº 9.317 de 1996.

Por todo o exposto, mantenho o lançamento.

Legalidade dos Juros de Mora

Em relação aos juros de mora, determina a legislação que sobre os débitos pagos fora de prazo, independente de qualquer causa, incidirão eles a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. Não cabe, portanto, a este órgão do Poder Executivo deixar de aplicá-los, encontrando óbice, inclusive nas Súmula nº 4 do CARF, in verbis:

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

INCONSTITUCIONALIDADE

Quanto às alegações de ofensa a princípios constitucionais, cabe esclarecer que autoridade administrativa é vinculada a lei válida e vigente, não cabendo a este órgão do Poder Executivo deixar de aplicá-las, encontrando óbice, inclusive na Súmula nº 2 deste Conselho (atual Primeira Sessão do CARF):

Súmula 1ºCC nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (PORTARIA MF N.º 383 – DOU de 14/07/2010).

Lançamentos Reflexos

Por estarem sustentados na mesma matéria fática, os mesmos fundamentos devem nortear a manutenção das exigências lançadas por via reflexa.

Por todo o exposto, indefiro o pedido de perícia, rejeito as preliminares e, no mérito, NEGÓ provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto