



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

Processo nº 13603.000964/2007-95
Recurso nº 167.352 Voluntário
Acórdão nº 1301-00.337 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de julho de 2010
Matéria SIMPLES
Recorrente FERRO COSTA LTDA.
Recorrida 4ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG

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

Exercício: 2003

NULIDADE. INTIMAÇÕES POR EDITAL. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO AO DIREITO À AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. Demonstrado que o contribuinte não foi localizado em seu endereço cadastral, reputam-se corretas as intimações posteriores feitas por edital, sem qualquer violação às regras do processo administrativo fiscal. Evidenciado, ainda, que a interessada exerceu de forma ampla seu direito ao contraditório e à defesa, não se há de reconhecer qualquer nulidade nesse sentido.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PROCEDÊNCIA. Caracterizam omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

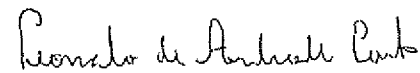
MULTA DE OFÍCIO. INCONSTITUCIONALIDADE. CONFISCO. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL. MULTA QUALIFICADA. Tendo sido as receitas omitidas apuradas por presunção legal, e não restando comprovada qualquer das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964, deve a multa aplicada ser reduzida ao patamar de 75%. Súmula CARF nº 25.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para reduzir a multa ao percentual de 75%, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente


WALDIR VEIGA ROCHA - Relator

EDITADO EM: 12 NOV 2010

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Waldir Veiga Rocha, Ricardo Luiz Leal de Melo, Paulo Jakson da Silva Lucas, Fábio Soares de Melo, Valmir Sandri e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

FERRO COSTA LTDA., já qualificada nestes autos, inconformada com o Acórdão nº 02-16.910, de 24/01/2008, da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte/MG, recorre voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

Trata o presente processo de autos de infração referentes aos tributos integrantes do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, quais sejam, Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) (fl. 19), Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) (fl. 28), Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) (fl. 37), Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) (fl. 50) e Contribuição para Seguridade Social (INSS) (fl. 55), acrescidos de multa de ofício de 75% ou 150%, conforme a infração, além de juros de mora, perfazendo o crédito tributário de R\$ 512.182,32, tudo relativo ao ano-calendário 2002, conforme demonstrativo consolidado de fl. 04.

Por bem descrever o ocorrido, transcrevo, abaixo, trecho do relatório elaborado pelo julgador do processo em primeira instância:

Os lançamentos estão fundamentados em omissão de receitas, representadas por depósitos bancários não escriturados, e em insuficiência de recolhimento de imposto e contribuições sobre valores declarados, conforme Termo de Verificação Fiscal (fls. 66/77), em que constam minuciosamente explicitadas a descrição dos fatos e a fundamentação legal da exigência.

De acordo com o referido Termo de Verificação Fiscal, em 02/04/2006 procurou-se estabelecer o início da ação fiscal no endereço constante do cadastro da contribuinte na Receita Federal do Brasil. Conforme Termo de Constatação de fls. 81, a informação ali obtida com o Sr. Paulo Roberto Costa da Silva foi a de que a “Ferro Costa” havia funcionado naquele mesmo endereço, mas teria encerrado suas

atividades. Estabeleceu-se no local, desde 2004, a empresa Comércio e Indústria Pavão Ltda., da qual o Sr. Paulo é sócio-administrador.

Dessa forma, por ter se mostrado improfícua a tentativa de ciência pessoal, foi emitido o Edital nº 25/2006 (fls. 84), mediante o qual a contribuinte, por se encontrar em lugar incerto e ignorado, ficava cientificada da existência do Mandado de Procedimento Fiscal nº 06.1.10.00-2006-00071-0 (fls. 01), e do Termo de Início de Ação Fiscal (TIAF), fls. 79/80, sendo intimada a cumprir as exigências ali contidas, no prazo determinado.

Além do referido edital, foram também encaminhados aos domicílios dos sócios que compunham o quadro societário da empresa durante o período fiscalizado os Termos de Intimação nº 490, 491 e 492/2006 (fls. 85/87), conforme os avisos de recebimento de fls. 91/93.

Os livros e documentos relativos ao período de 2002, exigidos por meio do TIAF, para apresentação no prazo de vinte dias, foram: o ato constitutivo e demais alterações contratuais; os Livros Diário, Razão e Caixa, conforme o caso; Livro Registro de Entradas, Saídas e Apuração de ICMS, conforme o caso; Livro Registro de Serviços Prestados, conforme o caso; Livro Registro de Empregados; Livro Registro de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência; extratos bancários de todas as contas movimentadas; cópias de todas as procurações outorgadas pela empresa; relação de todas as medidas judiciais propostas contra a União referentes aos tributos administrados pela Receita Federal do Brasil.

Em atendimento ao TIAF, em 18 de julho de 2006, a empresa entregou, na Seção de Fiscalização da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Contagem, cópia do contrato social, da 1ª, da 2ª e da 4ª alteração contratual (fls. 102/112) e cópias (folhas soltas) dos Livros Caixa e Registro de Saídas relativos ao ano de 2002 (fls. 115/199), além da procuração de fls. 200 e de cópia da declaração de rendimentos do exercício de 2003 (fls. 201/205).

Tendo em vista que a documentação exigida não foi integralmente apresentada, foi afixado um novo edital, que dava ciência do Termo de Intimação Fiscal nº 537/2006 (fls. 210/211). O aludido Termo de Intimação cobrava, para apresentação no prazo de dez dias, os documentos anteriormente exigidos, porém não apresentados pela empresa. Na mesma ocasião, foi encaminhada uma via do referido termo aos domicílios dos sócios, sem ter havido qualquer manifestação dentro do prazo concedido.

Por não terem sido apresentados os extratos bancários, documentos considerados indispensáveis ao prosseguimento da ação fiscal, foram encaminhadas Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF às instituições em que a autuada manteve movimentação financeira durante o ano de 2002 (fls. 218/228).

Em 18/10/2006 a fiscalizada apresentou o doc. de fls. 234, que relaciona a documentação entregue, a saber: Livro Registro de Entradas, Saídas e Apuração de ICMS relativos ao ano de 2002; comunicação de extravio do Livro Registro de Empregados; Livro Caixa relativo ao ano de 2002; Livro Registro de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência, além da declaração de que a empresa *“fazia todas as suas transações financeiras através do Livro Caixa, não utilizando as instituições financeiras, para movimentação de seus numerários”* (fls. 236).

Conforme consta do Termo de Verificação Fiscal, na ficha 04 (Demonstrativo da Receita Bruta e do Simples a pagar) da declaração simplificada original do

exercício de 2003, apresentada em 30/05/2003 (fls. 95), foram consignados valores zerados.

Ainda conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal, do exame do Livro Caixa, não foram encontrados lançamentos relativos à movimentação bancária. Verificou-se, entretanto, que os débitos na conta Caixa conferem com as saídas, cujos valores foram consignados nas notas fiscais e nos Livros Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, e totalizam R\$ 408.685,93, no período de janeiro a dezembro de 2002.

O referido termo ressalta também que na ficha 04 da declaração retificadora (fls. 367) foram informados, a título de Receita Bruta no Mês, os mesmos valores registrados no Livro Caixa (fls. 253/279), sendo que no mês de dezembro o valor informado na declaração foi inferior àquele escriturado na contabilidade (fls. 278).

Em atendimento às RMFs encaminhadas, o Banco Bradesco S.A., o Banco Mercantil do Brasil S.A., o Banco Rural S.A. e a Caixa Econômica Federal apresentaram diversos documentos (fls. 370/516), dentre eles extratos das contas-correntes e cópias de fichas cadastrais mantidas pela fiscalizada no ano de 2002.

A partir desses documentos, foi elaborado o “Demonstrativo dos Valores creditados em Contas de Depósitos Sujeitos à Comprovação de Origem” (fls. 517/535), após a segregação dos lançamentos bancários a título de transferência de mesma titularidade, estornos de lançamentos, cheques devolvidos, redução de saldo devedor, CPMF, liberação de empréstimos, que se encontram relacionados na planilha de fls. 536/538.

Em 01/03/2007, foi afixado o Edital Safis nº 08/2007 (fls. 540), para ciência do Termo de Intimação Fiscal nº 49/2007 (fls. 541/542), que exigia a comprovação da origem dos valores creditados/depositados nas contas bancárias, relacionados no demonstrativo de fls. 517/535. O referido Termo de Intimação Fiscal, acompanhado do demonstrativo foi, ainda, encaminhado ao domicílio dos sócios, por via postal, conforme comprovação de recebimento de fls. 543/548.

Por não ter havido manifestação da contribuinte, foi emitido novo edital (fls. 550), para ciência do Termo de Intimação nº 115/2007 (fls. 551/552), que, nos mesmos termos do anterior, exigia a comprovação da origem dos recursos. Para os sócios, foi adotado o mesmo procedimento descrito no parágrafo anterior (fls. 553/558).

Como a autuada não apresentou comprovação hábil e idônea da origem dos lançamentos constantes nos extratos bancários, o total dos valores lançados em conta de depósito ou de investimento, não escriturados no livro Caixa, foi considerado omissão de receita, a ser submetido à tributação no ano de 2002 (fls. 75).

Considerados os valores escriturados como receita bruta e omissão de receita, verificou-se que a receita bruta acumulada ultrapassou o limite de R\$ 120.000,00, aplicado às microempresas. Assim, de acordo com o demonstrativo de fls. 05/07, foram utilizados os percentuais e normas aplicáveis às empresas de pequeno porte, nos termos do art. 23, §§ 2º e 3º da Lei nº 9.317, de 1996.

Nos autos de infração de fls. 19/63, foi demonstrada a insuficiência do pagamento do Simples e detalhada a metodologia de cálculo dos impostos e das contribuições devidas, além da fundamentação legal.

A aplicação da multa de ofício de 150% se deu, nos termos do inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, em razão de a empresa ter tentado impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador, mantendo sua movimentação bancária à margem da escrituração do Livro Caixa e



informando na declaração simplificada do exercício de 2003 apenas os valores escriturados no Livro Caixa.

Cientificado das exigências e com elas inconformado, o contribuinte apresentou impugnação (fls. 569/590), em que aduz razões assim sintetizadas pelo relator do processo em primeira instância:

1. Quanto à ciência dos atos processuais

Que a Administração não pode efetuar o lançamento de tributos sem a notificação pessoal do contribuinte, dando a este ciência da realização dos atos do procedimento fiscal e oportunidade de defesa, sobretudo em casos como o presente, em que foi quebrado o sigilo fiscal e arbitrado o lançamento.

Argumenta que, embora esteja previsto no inciso III do art. 23 do Decreto nº 70.235/72, que a intimação é feita por edital, caso reste infrutífera a intimação pessoal ao contribuinte, este compareceu espontaneamente no procedimento fiscal após a primeira intimação por edital, conforme atesta o Termo de Verificação Fiscal, entregando na Seção de Fiscalização os documentos e livros relacionados no doc. de fls. 101.

Justifica que após o seu comparecimento explícito, não poderia mais ser considerada situada em lugar incerto e não sabido. Portanto, os atos processuais posteriores ao seu comparecimento deveriam ter sido precedidos de notificação pessoal. Como não foi adotado esse procedimento, todos os atos do qual a contribuinte não tomou ciência de forma pessoal devem ser considerados nulos.

Para defender seus argumentos, transcreve e comenta vasta jurisprudência e doutrina.

2. Quanto ao arbitramento da exigência

Menciona que a previsão legal constante do art. 148 do CTN possibilita o arbitramento para determinar a base de cálculo de tributo que tenha por base ou tome em consideração o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos. Entretanto, a autuada recolhe seus tributos pelo Simples, de modo que estes são calculados pela receita bruta mensal auferida, nos termos da Lei nº 9.317/96.

Acrescenta que, para apurar os valores dos bens, direitos, serviços ou atos jurídicos envolvidos na atividade social da autuada, a fiscalização deveria se utilizar apenas dos livros fiscais, únicos instrumentos hábeis para quantificar os fatos geradores. Contudo, a fiscalização se utilizou tão-somente de extratos bancários para arbitrar o cálculo do tributo, ou seja, a autoridade fazendária interpretou o art. 148 do CTN de forma ampliativa, arbitrando não os bens, direitos ou serviços, mas a própria receita bruta, motivo pelo qual deve ser reconhecida a nulidade do arbitramento.

3. Quanto às alíquotas aplicadas

Afirma que, com base no princípio da retroação da lei mais benéfica em favor do contribuinte, materializado no art. 106 do CTN, a alíquota aplicada deve ser corrigida, uma vez que a Lei nº 11.307/2006 aumentou para R\$ 240.000,00 o limite de receita bruta mensal a que se aludiu no Termo de Verificação Fiscal.

4. Quanto à natureza confiscatória da multa aplicada



Questiona a aplicação de multa de 150% e pede a sua anulação, por estar sendo violado o princípio da capacidade contributiva e da vedação ao confisco.

5. Quanto ao pedido de perícia e da anulação dos autos de infração

Por fim, requer a produção de provas periciais e a anulação dos autos de infração.

A 4ª Turma da DRJ em Belo Horizonte/MG analisou a impugnação apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 02-16.910, de 24/01/2008 (fls. 604/617), considerou procedente o lançamento com a seguinte ementa:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2002

ATOS PROCESSUAIS. CIÊNCIA EDITAL.

Quando resultar improfícua a tentativa de ciência pessoal no domicílio tributário de eleição do sujeito passivo, a ciência por edital é suficiente para caracterizar como válidos os atos processuais, nos termos do art. 23, I e § 1º, do Decreto nº 70.235/1972

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples

Ano-calendário: 2002

MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITAS.

Correto o lançamento fundado na ausência de comprovação da origem dos depósitos bancários, por constituir presunção legal de omissão de receitas, expressamente autorizada pelo art 42 da Lei nº 9.430/1996.

PERCENTUAIS DO SIMPLES. ALTERAÇÃO POSTERIOR AO FATO GERADOR. INAPLICABILIDADE DA RETROATIVIDADE BENIGNA.

Aplica-se, no lançamento, a lei vigente à data do fato gerador, ainda que posteriormente modificada, descabendo recorrer ao princípio da retroatividade benigna, incidente somente sobre penalidades, que não se confundem com tributos.

MULTA QUALIFICADA. CONFISCO. INCONSTITUCIONALIDADE. PERCENTUAL. LEGALIDADE.

Os percentuais da multa qualificada, exigíveis em lançamento de ofício, são determinados expressamente em lei, não dispondo as autoridades administrativas de competência para apreciar a constitucionalidade de normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico.

Assunto: Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 2002



*PEDIDO DE PERÍCIA. AUSÊNCIA DE QUESITOS E PERITO.
PEDIDO NÃO FORMULADO. PROVA DOCUMENTAL.
PRECLUSÃO.*

Nos termos do Decreto nº 70.235/1972, os pedidos de perícia sem indicação de perito e quesitos são considerados como não formulados, e toda prova documental deve ser apresentada na impugnação, sob pena de preclusão, salvo exceções previstas.

Ciente da decisão de primeira instância em 04/03/2008, conforme anotação à fl. 628, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 01/04/2008, conforme carimbo de recepção à folha 629.

No recurso interposto (fls. 629/647), a interessada historia os fatos, por sua ótica, e reitera os argumentos já aduzidos na fase impugnatória acerca dos seguintes tópicos:

1. Quanto à ciência dos atos processuais, requer preliminarmente a nulidade de todos os atos em que teria sido cientificada por edital, inclusive o lançamento, praticados após seu comparecimento inicial ao procedimento fiscalizatório, por cerceamento ao seu direito à ampla defesa.

2. Quanto ao arbitramento da exigência, alega que a autoridade fazendária teria interpretado o art. 148 do CTN de forma ampliativa, arbitrando não os bens, direitos ou serviços, mas a própria receita bruta, motivo pelo qual deve ser reconhecida a nulidade do arbitramento. Menciona, ainda, a Súmula 182 do extinto TFR, a qual estabelece a ilegitimidade do lançamento do imposto de renda arbitrado com base em extratos bancários.

3. Quanto às alíquotas aplicadas, pede a aplicação retroativa de lei mais benéfica (CTN, art. 106), uma vez que a Lei nº 11.307/2006 aumentou para R\$ 240.000,00 o limite de receita bruta mensal a que se aludiu no Termo de Verificação Fiscal.

4. Quanto à multa aplicada, questiona o percentual de 150% e pede a sua anulação, por estarem sendo violados os princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco. Acrescenta, ainda (fls. 646/647), que tal percentual seria inaplicável “*pela singela inserção, SEM DOLO OU MA-FÉ, de dados inexatos na COMPLEXA declaração simplificada, destacando-se, por oportuno, as conhecidas dificuldades inerentes à escrituração contábil*”.

Conclui com o pedido de acolhimento de seu recurso e anulação dos autos de infração.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro WALDIR VEIGA ROCHA

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Preliminarmente, a recorrente requer a nulidade de todos os atos em que teria sido cientificada por edital, inclusive o lançamento, praticados após seu comparecimento inicial ao procedimento fiscalizatório, por cerceamento ao seu direito à ampla defesa.

Esse pedido foi adequada e fundamentadamente rejeitado em primeira instância, em decisão à qual não cabe reparo.

Com efeito, após a constatação de que a pessoa jurídica não se encontrava em seu endereço cadastral fornecido à Receita Federal¹, o fisco corretamente considerou cumprido o disposto no § 1º do art. 23 do Decreto nº 70.235/1972, e passou a intimar o contribuinte mediante a publicação de editais. De se registrar, ainda, a louvável preocupação do Fisco de, em todos os casos, enviar por via postal cópia do documento (intimação, auto de infração ou outro) objeto da ciência por edital para os sócios da pessoa jurídica, muito embora a isso não estivesse obrigado, nos estritos termos do aludido Decreto. Tal prática visava exatamente à garantia do direito da então fiscalizada à ampla defesa, dando-lhe ciência por mais de uma via dos atos praticados no curso do procedimento de fiscalização.

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo, a intimação poderá ser feita por edital publicado. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - no endereço da administração tributária na internet, (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

¹ Av. Edmeia Mattos Lazarotti, 4205, Bairro Nossa Sra. das Graças, Betim, MG, vide fl. 78.



II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Também deve ser observado que, na primeira vez em que compareceu ao processo, em atendimento ao Termo de Início de Ação Fiscal, a interessada se declarou (fl. 101) estabelecida no mesmo endereço que constava dos cadastros da SRF, onde já havia sido constatado que não se podia encontrá-la.

Finalmente, compulsando os autos, constato que, apesar das intimações terem sido feitas por edital (com cópias, por via postal, para os sócios), tal fato nenhum prejuízo trouxe à interessada, que, sempre que quis, compareceu ao processo. O edital de fl. 84, para ciência do Termo de Início de Ação Fiscal, foi atendido parcialmente, vide documento de fl. 101. O edital de fl. 209, para ciência da intimação para apresentação dos documentos faltantes, foi atendido também parcialmente, vide documentos de fls. 232/234. Os editais de fls. 540 e 550, que intimaram e reintimaram a comprovar a origem dos depósitos bancários, não foram atendidos. É de se entender, aqui, que a então fiscalizada não possuía os documentos comprobatórios, ou não considerou de seu interesse apresentá-los, visto que teve a oportunidade de fazê-lo posteriormente, nas fases impugnatória e recursal, e não o fez. Quanto à ciência do lançamento (edital à fl. 561), a competente impugnação foi apresentada dentro do prazo legal, demonstrando perfeito conhecimento das infrações que lhe foram imputadas.

Demonstrado, assim, que inexistiu qualquer violação às regras do processo administrativo fiscal estabelecidas pelo Decreto nº 70.235/1972, e que a interessada exerceu de forma ampla seu direito ao contraditório e à defesa, não se há de reconhecer qualquer nulidade nesse sentido.

A recorrente prossegue, reiterando seus argumentos contrários ao que chama arbitramento da exigência. Também aqui a decisão recorrida foi de clareza exemplar, ao demonstrar que o arbitramento do lucro passou longe dos presentes autos.

A acusação trata de omissão de receitas, caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, com a redação dada pela Lei nº 10.637/2002, a seguir transcrito:

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.

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às



normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

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

[...]

Trata-se, como é cediço, de presunção relativa, que admite prova em contrário. Mas essa prova cabe à recorrente. Ao Fisco cabe provar o fato indiciário, definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, qual seja, a ocorrência de depósitos bancários de origem não comprovada. Não há dúvidas de que os depósitos efetivamente ocorreram. No entanto, regularmente intimada, a recorrente poderia afastar a presunção de omissão de receitas, desde que apresentasse, nos termos da lei, documentação hábil e idônea que comprovasse, individualizadamente, a origem dos valores creditados em suas contas-correntes.

Para as pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES, situação da interessada, a obrigação de escriturar toda a movimentação financeira, inclusive bancária e, ainda, de guardar todos os documentos e demais papéis que sirvam de base para a escrituração está prevista no art. 7º, § 1º, da Lei nº 9.317/1996, a seguir transcrito:

Art. 7º A microempresa e a empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES apresentarão, anualmente, declaração simplificada que será entregue até o último dia útil do mês de maio do ano-calendário subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores dos impostos e contribuições de que tratam os arts. 3º e 4º.

§ 1º A microempresa e a empresa de pequeno porte ficam dispensadas de escrituração comercial desde que mantenham, em boa ordem e guarda e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes:

a) Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária;

b) Livro de Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário;

c) todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos livros referidos nas alíneas anteriores.

Ao descumprir essa obrigação, a recorrente queda sem meios hábeis para comprovação da origem dos valores que transitaram por sua conta-corrente. Não tendo a interessada qualquer cautela em documentar adequadamente os fatos, ficam por sua conta e risco as consequências de tal negligência. No caso, a consequência é a aplicação da presunção legal de omissão de receitas, nos estritos termos da lei, conforme anteriormente mencionado. Caracterizada a omissão, o lançamento foi feito na forma do SIMPLES, descabida qualquer alegação contrária a um inexistente arbitramento.



Também não é demais registrar que a Súmula nº 182, do extinto Tribunal Federal de Recursos, mencionada pela recorrente, se refere à legislação pretérita, anterior à vigência da Lei nº 9.430/1996, e se encontra superada.

O próximo argumento da recorrente pede a aplicação retroativa de lei mais benéfica (CTN, art. 106), uma vez que a Lei nº 11.307/2006 aumentou para R\$ 240.000,00 o limite de receita bruta mensal a que se aludiu no Termo de Verificação Fiscal.

Também aqui lhe falta razão. Eis o dispositivo do CTN invocado pela interessada:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

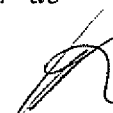
Ora, a aplicação pretérita da legislação tributária é excepcional, cabível tão somente nas hipóteses elencadas na lei, e essas situações se referem tão somente às penalidades aplicadas no lançamento. A recorrente pretende que as alterações legislativas posteriores havidas na própria apuração dos tributos sejam aplicadas de forma retroativa, o que não se sustenta, visto não se tratar, aqui, de penalidades.

Não faço, pois, reparo à decisão de primeira instância, a qual considerou aplicável ao lançamento a lei vigente à época do fato gerador, “ainda que posteriormente modificada ou revogada”, na exata dicção do art. 144 do CTN.

No que tange à multa aplicada, a recorrente traz duas diferentes linhas argumentativas: questiona o percentual de 150% e pede a sua anulação, por estarem sendo violados os princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco. Por outro giro, sustenta que tal percentual seria inaplicável “pela singela inserção, SEM DOLO OU MA-FÉ, de dados inexatos na COMPLEXA declaração simplificada, destacando-se, por oportuno, as conhecidas dificuldades inerentes à escrituração contábil”.

Os questionamentos de natureza constitucional escapam à competência deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, à vista do que dispõe o art. 62 do Anexo II do Regimento Interno (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 256/2009:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de



observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

A matéria é pacífica, a ponto de ter sido objeto da súmula nº 2² deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pelo que desnecessário se faz qualquer outro comentário:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

No entanto, a afirmação da recorrente acerca da inexistência de dolo ou má-fé em sua conduta deve ser examinada com cuidado.

A multa de 150% questionada encontra seu fundamento no art. 44 da Lei nº 9.430/1996, em sua redação vigente à época do lançamento:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - 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;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

[...]

Observe-se que a Lei nº 11.488/2007 introduziu alterações na redação do art. 44, acima, pelo que a multa de 150% passou a ser prevista pelo § 1º, e não mais pelo inciso II. As hipóteses de sua aplicação, no entanto, restaram inalteradas, sempre que presente alguma das situações previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964. O art. 71, abaixo transcrito, é relevante para a solução da lide:

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

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

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

A autoridade lançadora justificou (fl. 76) a aplicação da multa qualificada nos termos a seguir transcritos, o que foi tido por correto no julgamento em primeira instância.

No decorrer dos trabalhos, verificou-se a existência de ingressos efetivos de recursos na empresa apurada mediante análise dos extratos bancários.

² Anexo III da Portaria CARF nº 106, de 21/12/2009 (DOU de 22/12/2009).



Porém, a fiscalizada manteve sua movimentação bancária à margem da escrituração do Livro Caixa.

Também inseriu elementos inexatos na Declaração Simplificada do exercício de 2003 tendo em vista ter declarado como receita bruta dos meses de janeiro a novembro, apenas os valores escriturados no Livro Caixa a título de vendas. Em relação ao mês de dezembro, o valor escriturado foi superior ao declarado.

Ao adotar esse procedimento, o contribuinte tentou impedir ou retardar, ainda que parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal em relação aos tributos e contribuições federais, caracterizando, dessa forma, o evidente intuito de fraude.

Considero que, sobre este ponto, merece ser reformada a decisão recorrida. De se observar que a infração apurada o foi exclusivamente por presunção legal, e que não restou demonstrada qualquer conduta por parte da interessada que pudesse comprovar o dolo, a intenção de ocultar da autoridade fazendária o fato gerador tributário. As contas bancárias não escrituradas eram mantidas em nome da própria pessoa jurídica e os valores escriturados no Livro Caixa a título de vendas constavam da Declaração Simplificada apresentada, com diferença apenas no mês de dezembro. Afinal, o que resta é a omissão de receitas apurada por presunção. E, se a presunção autoriza a exigência do tributo, o mesmo não ocorre com a qualificação da multa, a qual deve ser reduzida ao patamar de 75%.

Nesse sentido, a Súmula CARF nº 25³:

Súmula CARF Nº 25: A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Em conclusão, voto por rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento ao direito de defesa e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir a multa aplicada ao percentual de 75%.


WALDIR VEIGA ROCHA - Relator

³ Anexo III da Portaria CARF nº 106, de 21/12/2009 (DOU de 22/12/2009).