



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

Processo nº 13656.720246/2010-19
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-001.798 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de agosto de 2014
Matéria DEPÓSITO BANCÁRIO - OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente DUARTE & ZANI LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA.

Incabível na esfera administrativa a discussão de que uma determinada norma legal não é aplicável por ferir princípios constitucionais, pois essa competência é atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário, na forma dos artigos 97 e 102 da Constituição Federal. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO.

A vedação quanto à instituição de tributo com efeito confiscatório é dirigida ao legislador e não ao aplicador da lei.

LANÇAMENTO. NULIDADE. REQUISITOS LEGAIS PRESENTES.

Não é nulo o auto de infração lavrado por autoridade competente quando se verificam presentes no lançamento os requisitos exigidos pela legislação tributária e não restar caracterizado o cerceamento do direito de defesa.

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

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

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.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

Constatada insuficiência de recolhimento de tributos e contribuições, há que se manter os respectivos lançamentos.

MULTA DE OFÍCIO. APLICABILIDADE

Correta a aplicação da multa de ofício por expressa previsão legal.

LANÇAMENTOS REFLEXOS. PIS, CSLL, COFINS, IPI e INSS.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo de Andrade Couto e Paulo Roberto Cortez.

Relatório

DUARTE & ZANI LTDA recorre a este Conselho, com fulcro no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 1972, objetivando a reforma do acórdão nº 09-38.103 da 2ª Turma da Delegacia de Julgamento em Juiz de Fora/MG, que julgou parcialmente procedente a impugnação apresentada.

Por bem retratar o litígio até aquela fase, adoto o relatório da decisão recorrida, complementando-o ao final:

Trata-se de Autos de Infração correspondentes aos anos calendários (AC) 2005, 2006 e aos períodos de apuração (PA) de janeiro a junho/2007, tendo sido apurado os seguintes créditos tributários, todos do Simples: IRPJ (R\$ 76.737,90), Pis (R\$ 64.176,31), CSLL (R\$ 101.217,87), Cofins (R\$ 250.743,50), IPI (R\$ 65.680,08) e INSS (R\$ 612.491,10).

A DESCRIÇÃO DOS FATOS para a qual conspirou o Termo de Verificação Fiscal (TVF), fls. 1254-1265, aponta para as seguintes irregularidades:

- omissão de receitas – depósitos bancários escriturados, porém não reconhecidos como receita da atividade empresarial;

- insuficiência de recolhimento.

Às fls. 1267-1274 impugnação de excertos abaixo, intermediada por procurador, enriquecida de ementário oriundo do Poder Judiciário e do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf):

I - PRELIMINARMENTE

[...] arbitrária e ilegalmente obteve acesso à movimentação financeira [...] TODO O PROCEDIMENTO FISCAL É NULO DE PLENO DIREITO, porque se iniciou e fundamentou-se em PROVA OBTIDA DE FORMA ILÍCITA, em flagrante desrespeito ao disposto no inciso LVI do art. 5º da Constituição [...].

A Fiscalizada foi COAGIDA a apresentar a documentação solicitada no Termo de Início de Fiscalização [...].

[...] tentou a SRFB dar “ares” de legalidade ao MPF quando requereu que a Fiscalizada apresentasse os extratos bancários [...] a obtenção ILEGAL E INCONSTITUCIONAL

da movimentação financeira [...] CONTAMINOU TODO O PROCEDIMENTO [...].

[...] sequer a SRFB pode utilizar a fundamentação da Lei Complementar nº 105, de 10/1/01 [...].

[...] LEGÍTIMOS E LEGAIS são os lançamentos contábeis da Fiscalizada, [...] EM MOMENTO ALGUM foram impugnados pela SRFB [...].

II – NO MÉRITO

[...] a Fiscalizada em 21/01/10 já havia afirmado que tem Contrato de Mútuo (empréstimo) com empresa ligada, in casu, a BOJO FORM LTDA – EPP, [...] anteriormente [...] DUZANI MODA ÍNTIMA LTDA – EPP, [...] mas a fiscalização confundiu ANTECIPAÇÃO DE RECEBÍVEIS, quando a Fiscalizada desconta cheques pré-datados em instituição bancária, que antecipa os valores, permanecendo com os referidos cheques até a data de depósito, recebendo por isto um percentual de juros contratados, mas caso o cheque não seja compensado, é lançado a débito na conta corrente da Fiscalizada..

[...] requer a DILIGÊNCIA consistente na vinda ao presente de cópia do Contrato de Mútuo em poder da empresa: BOJO FORM LTDA. – EPP, também para comprovação das alegações da Fiscalizada/Impugnante.

[...] que mande verificar a veracidade do MÚTUO entre tais empresas, exigindo-lhes os esclarecimentos necessários.

[...] em todos os meses a Fiscalizada recebeu um pagamento da citada empresa [...] como exemplo citamos o recebido em Dez/2007, no montante de R\$ 50.000,00 conforme consta da fl. 322 do seu Livro Diário n. 4 ora anexada (docs. 1/2).

Em tal exemplo de recebimento a título de pagamento do mútuo pela empresa ligada ocorreu em 21/12/2007, e que a fiscalização considerou como faturamento (doc. 10),

ocorreu quando a Fiscalizada recebeu a quantia de R\$ 50.000,00 (doc. 2), que veio por TED da Conta da empresa ligada no HSBC (agência n. 1571, conta corrente n. 06444-40), conforme se prova pela cópia do extrato anexo (doc. 3).

[...] tais valores, e tais recebimentos ocorreram mês-a-mês no período fiscalizado [...] NÃO PODEM SER CONSIDERADOS como faturamento da Fiscalizada.

[...] fiscalização confundiu e misturou os descontos de cheques / antecipações de recebíveis com tais recebimentos [...] a título de mútuo [...].

Ao contrário do que a fiscalização também afirmou à fl. 7/12 do TVF, também considerou como faturamento meras transferências de contas [...] de mesma titularidade [...] n. 00501469-4, agência n. 0153, da CEF [...].

[...] a SRFB concluiu PARCIALMENTE o Procedimento Fiscal [...] informa que o Auto de Infração excluiu o período de julho a dezembro de 2007, o que também poderá dificultar a defesa [...] DECRETAÇÃO DA NULIDADE [...].

[...] A MULTA DE OFÍCIO NÃO PODE SER APLICADA [...].

(original contém sublinhas e negritos)

A 2ª Turma da DRJ em Juiz de Fora, analisando a impugnação apresentada, julgou-a parcialmente procedente, nos seguintes termos:

a) relativamente ao ano calendário 2005:

a.1) manter a exigência dos valores principais nela constantes, além dos acréscimos de multa de ofício e de juros de mora;

a.2) exonerar a contribuinte dos respectivos valores principais remanescentes e daqueles acréscimos;

b) relativamente ao AC 2006 e ao PA janeiro a junho/2007, exonerá-la da totalidade dos valores principais nela constantes, bem como daqueles acréscimos.

A exoneração do crédito tributário relativo aos anos-calendário de 2006 e período de janeiro a junho de 2007 deve-se aos efeitos da exclusão do Simples aplicado de

forma equivocada pela autoridade fiscal, mantendo o contribuinte no regime simplificado nos referidos períodos quando, com base na legislação então vigente, deveria tê-lo excluído de tal regime a partir de 01 de janeiro de 2006. O crédito tributário exonerado é inferior a R\$ 1.000.000,00, logo, não houve interposição de recurso ofício.

O contribuinte foi cientificado da decisão em 16 de maio de 2012 (fl. 1349), apresentando recurso voluntário de fls. 1351-1357 de em 06 de junho de 2012. Em suma, reafirma os termos de sua impugnação.

Os extratos bancários em que se baseia a autuação, ante a negativa de fornecimento por parte do ora recorrente, foram obtidos por meio da expedição de Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira - RMF por parte autoridade fiscal, dirigidas diretamente às instituições financeiras, com esteio no disposto no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e no Decreto nº 3.724/2001.

A constitucionalidade dos referidos diplomas normativos encontra-se sob análise do Supremo Tribunal Federal, que, na análise de admissibilidade do Recurso Extraordinário nº 601314, reconheceu a repercussão geral da matéria, nos termos dos art. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil.

Sobre o reconhecimento de repercussão geral pelo STF, dispunha o Regimento Interno do CARF, em seu art. 62-A, § 1º que “Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil.”

Diante de tal dispositivo regimental, o processo foi sobrestado até que sobreviesse pronunciamento do STF sobre o tema.

Contudo, a Portaria MF 545, de 18 de novembro de 2013, revogou os dispositivos que determinavam o sobrestamento dos autos nos termos já referidos, possibilitando o prosseguimento do feito.

É o relatório.

Voto

Conselheiro FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

1 PRELIMINARES

1.1 DAS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE

No que tange às questões que princípios constitucionais e inconstitucionalidade de leis apontadas pela Recorrente, seu mérito não pode ser analisado por este Colegiado. Essa análise foge à alçada das autoridades administrativas, que não dispõem de competência para examinar hipóteses de violações às normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico nacional.

Deve-se observar que as supostas ofensas aos princípios constitucionais levam a discussão para além das possibilidades de juízo desta autoridade. No âmbito do procedimento administrativo tributário, cabe, tão somente, verificar se o ato praticado pelo agente do fisco está, ou não, conforme à lei, sem emitir juízo de constitucionalidade das normas jurídicas que embasam aquele ato. Ademais, o próprio Regimento Interno do CARF, em seu art. 62, dispõe que “*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.*” O caso concreto não se enquadra nas exceções elencada no parágrafo único de tal dispositivo regimental, portanto, as normas atacadas são de aplicação cogente aos membros do CARF.

Por fim, sobre a matéria este Conselho já pacificou seu entendimento por meio da Súmula nº 2, cujo teor é o seguinte:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Portanto, tal arguição de nulidade deve ser rejeitada.

1.2 NULIDADE

Os pressupostos legais para a validade do auto de infração são determinados pelo art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, que trata do Processo Administrativo Fiscal, a seguir transcrito:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

A respeito da nulidade, o mesmo diploma legal assim dispõe:

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.

§ 1.º. A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2.º. Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3.º. Quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Acrescido pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio. (grifo nosso)

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Compulsando os autos, constata-se que os autos de infração lavrados preenchem os requisitos elencados pelo art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Além disso, no caso concreto, não há qualquer dúvida quanto à ausência de prejuízo ao contribuinte, tanto que, já em sede de impugnação defendeu-se plenamente. Nesse aspecto, frise-se que a possibilidade de defesa foi amplamente viabilizada pelos detalhes da descrição dos fatos realizada pela autoridade fiscal e enquadramento legal utilizado no Termo de Verificação Fiscal, no qual se apontou com minúcias os fatos constatados, qualificando-os e subsumindo-os com perfeição aos dispositivos legais apontados no próprio relatório em questão.

Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa. Isso porque, não se constata qualquer prejuízo ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa por parte da Recorrente, aliás, prejuízo esse primordial à caracterização de nulidade, conforme apregoa o

art. 60 do Decreto nº 70.235/72: “As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior **não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo**”.

Assim sendo, sob os aspectos formais, não há qualquer mácula no auto de infração lavrado.

No mais, o agir da autoridade fiscal se deu no desempenho das funções estatais, de acordo com as normas legais e com respeito a todas as garantias constitucionais e legais dirigidas aos contribuintes.

Portanto, também deve ser afastada esta arguição de nulidade.

2 MÉRITO

2.1 DOS LANÇAMENTOS NO REGIME DO SIMPLES

Conforme já esclarecido, o ponto controverso que resta nos autos limita-se à exigência relativa ao ano-calendário de 2005, cujo crédito tributário foi constituído com base no regime privilegiado do SIMPLES, de que trata a Lei nº 9.317, de 1996.

A manutenção da Recorrente no Simples, no ano-calendário de 2005 encontra-se em consonância com a legislação de regência, conforme bem delineou a decisão recorrida, *verbis*:

A seguinte conclusão consta ao final do TVF:

Ainda, temos que a fiscalizada ultrapassou por três anos seguidos os limites de EPP na Sistemática do Simples (R\$2.400.000,00), mas não procedemos ao reenquadramento de forma de sua tributação, pois as bases de cálculo são depósitos bancários cujas origens não comprovadas geram a PRESUNÇÃO LEGAL, de omissão de receitas, e desta presunção legal que serve como embasamento ao lançamento tributário, o mesmo não se pode dizer e tirar a ilação embasadora de uma punição, que por ser matéria penal requer prova direta com a conduta, prova própria e não presumida, embora nos calcamos em documentos hábeis e idôneos - Extratos Bancários, o que resultaria, punitivamente, seria o desenquadramento da fiscalizada da sistemática do simples, bem como a majoração da multa, pois não pudemos comprovar o Dolo. (grifo nosso)

A Lei nº 9.317/1996 assim dispôs:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I – [...]

II - empresa de pequeno porte, a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) e igual ou inferior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998)

II - empresa de pequeno porte a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais). (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º [...].

§ 2º Para os fins do disposto neste artigo, considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos. (grifo nosso)

O art. 33 da Lei nº 11.196/2005, que deu nova redação ao inciso II acima, produziu efeitos somente “a partir de 1º de janeiro de 2006”, consoante seu art. 132, inciso IV, “a”. Portanto, o limite de receita bruta de EPP ultrapassado no ano calendário 2005 era de R\$ 1.200.000,00; nos AC 2006 e PA janeiro a junho/2007 era de R\$ 2.400.000,00 e proporcional a esse valor, respectivamente.

A contribuinte deveria ter comunicado sua exclusão do Simples, de sorte que, não o fazendo, impõe-se a exclusão de ofício. Particularmente ao AC 2005, com efeitos a partir de 1º/01/2006.

São os ditames dos artigos transcritos abaixo, da Lei nº 9.317/1996, os quais não admitem interpretação subjetiva sobre o conceito de receita bruta, ou de ocorrência, ou não, de dolo, para fins de exclusão de ofício:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

I – [...];

II - na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais); (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001) (Vide Medida Provisória nº 275, de 2005)

II - na condição de empresa de pequeno porte que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais); (Redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006)

[...]

Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I – [...].

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

[...].

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

[...].

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

[...]

IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;

[...].

Art. 16º A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Assim, relativamente ao AC 2006 e ao PA de janeiro a junho/2007, os respectivos lançamentos no regime do SIMPLES devem ser considerados improcedentes, vez que não foi operada a devida exclusão de ofício.

Assim sendo, nesse ponto, não há reparos a se fazer em relação à decisão recorrida.

2.2 DA OMISSÃO DE RECEITAS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS

A Recorrente é acusada de omissão de receita, caracterizada pela falta de comprovação da origem dos depósitos/créditos efetuados em suas contas bancária, tendo por base legal o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, que assim dispõe:

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.

Tal dispositivo legal estabeleceu uma presunção de omissão de receitas, autorizando a exigência de imposto de renda e de contribuições correspondentes, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

A inversão legal do ônus da prova é perfeitamente aceita por nosso ordenamento jurídico, estando regulada também no artigo 334, inciso IV, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil – CPC), aplicado subsidiariamente ao Decreto nº 70.235/1972 no Processo Administrativo Fiscal:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

(...)

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

A Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN), recepcionada pela nova Constituição, consoante artigo 34, § 5º, do Ato das Disposições Transitórias, define, em seus artigos 43, 44 e 45, o fato gerador, a base de cálculo e os contribuintes do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. De acordo com o artigo 44, a tributação do imposto de renda não se dá só sobre rendimentos reais, mas, também, sobre rendimentos arbitrados ou presumidos por sinais indicativos de sua existência e montantes. Esses artigos assim dispõem:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

Art. 45. Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.

Parágrafo único. A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.

A presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem dos recursos utilizados para efetuar os depósitos bancários. Trata-se, afinal, de presunção relativa, passível de prova em contrário.

É função do Fisco, entre outras, comprovar o crédito dos valores em contas de depósito ou de investimento e intimar o titular da conta bancária a apresentar os documentos, informações e esclarecimentos, com vistas à verificação da ocorrência de omissão de receitas de que trata o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Contudo, a comprovação da origem dos recursos utilizados nessas operações é obrigação do contribuinte.

Não comprovada a origem dos recursos, tem a autoridade fiscal o poder e o dever de considerar os valores depositados em conta bancária como receita, efetuando o lançamento do imposto e contribuições correspondentes. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do princípio da legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente seguir a legislação.

Dessa forma, detectadas irregularidades que conduzem à presunção de omissão de receita, por imposição legal e por ser a atividade de lançamento vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, conforme parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional, cabe à fiscalização efetuar o lançamento de acordo com a legislação aplicável ao caso.

A Recorrente foi intimada a comprovar, com documentação hábil e idônea, a origem dos valores depositados/creditados nas suas contas corrente.

Para a turma julgadora de primeira instância, não houve comprovação da origem dos créditos em suas contas, uma vez que meras alegações não possuem o condão de comprovar a origem dos valores depositados ou creditados em suas contas bancárias. A esse respeito, perfeitas sua análise quanto aos argumentos da Recorrente, razão pela qual transcrevo-a:

Em que pese o discurso passivo sobre o contrato de mútuo, colaciono os excertos abaixo do TVF a respeito:

A fiscalizada em suas planilhas justifica-se assim, além das expressões já citadas, temos:

"Dep. Ref. Desc. De cheques recebidos em C/C Contrato de Mútuo", "Depósito Pessoas Ligadas/Sócios"

Ora, a fiscalizada opera vendas de sua produção industrial, recebendo inúmeros cheques, que são

apresentados na Instituição Financeira que cuida de suas transações bancárias sendo ao certo que cheques são devolvidos por estarem sem fundos, o que é deduzido das receitas da fiscalizada consoante planilha própria.

Ocorre, no entanto, que existem aqueles cheques que são pré datados, constituindo-se assim, como títulos extrajudiciais, prontos para serem levados ao Banco e descontados com deságio, porém a Instituição Financeira no seu direito de acautelar-se de eventual prejuízo celebra com seu cliente (a fiscalizada), um CONTRATO DE MUTUO, prevendo que, no caso de sobrevier algum cheque dos clientes da fiscalizada sem fundos, estes serão deduzidos na conta corrente da fiscalizada, consoante disposto no Contrato de Mútuo.

Só que nesta sistemática o que temos é o faturamento da fiscalizada sendo adiantado pelo Banco, não se traduzindo em dinheiro novo ou outro, obtido como empréstimo bancário.

Se assim o fosse, um empréstimo bancário totalmente dissociado do faturamento da fiscalizada, deveria ter sido apresentado os documentos hábeis e idôneos que lhe dessem sustentação, assim, seriam estes valores devidamente comprovados excluídos da base de cálculo apurada nesta fiscalização.

Quando se obtém empréstimos bancários temos o contrato de mútuo e o dinheiro é disponibilizado e, após, ressarcido pelo cliente, e assim sendo, deve ser comprovado com documentos hábeis e idôneos, o que a fiscalizada não o fez.

Resta constatado que as expressões contidas nas planilhas da fiscalizada "Contrato de Mútuo", não se trata de empréstimo, mas apenas desconto mercantil de cheques, com o adiantamento do valor ao cliente (a fiscalizada) e caso algum cheque sobrevenha sem fundos, este será prontamente descontado das disponibilidades da fiscalizada, diferentemente de se ter que pagar por um empréstimo, uma vez que não é um empréstimo de dinheiro outro, diverso do representativo das vendas da fiscalizada.

Também não se comprovou as transações dos sócios depositarem capital na conta corrente da fiscalizada ou estes emprestarem dinheiro a sua empresa, o que somente se evidenciaria com a demonstração da efetiva saída de numerário de suas contas particulares, onde se verificaria até sua capacidade financeira para tanto, bem como os Contratos de Mútuo que deveriam estar sendo apresentados juntamente com as comprovações de movimentação do numerário.

Todos os valores consignados como ESTORNO, sejam de tarifa, ou TED enviada e após estornada, foram excluídos das planilhas consolidadoras do faturamento da fiscalizada.

Comungo com as considerações acima e delas também faço minhas razões de decidir no sentido de que os depósitos bancários intitulados “Dep. Ref. Desc. De cheques recebidos em C/C Contrato de Mútuo” e “Depósito Pessoas Ligadas/Sócios” referem-se a adiantamento de faturamento da fiscalizada.

No particular acima, a contribuinte não apresentou prova documental na fase procedimental, conforme observado no TVF, em que pese o anterior Termo de Constatação Fiscal e de Intimação; também não o fez nessa fase processual. Preferiu requerer diligência “consistente na vinda ao presente de cópia do Contrato de Mútuo em poder da empresa: BOJO FORM LTDA. – EPP, também para comprovação das alegações da Fiscalizada/Impugnante.”, dela exigindo “os esclarecimentos necessários”.

[...]

Uma vez que o propósito fundamental da DILIGÊNCIA refere-se a difusos “esclarecimentos” sobre o contrato de mútuo, sobre o qual o fisco debruçou-se consoante o TVF, indefiro sua realização por falta de objeto definido e necessário.

A contribuinte defende ainda que:

[...] em todos os meses a Fiscalizada recebeu um pagamento da citada empresa [...] como exemplo citamos o recebido em Dez/2007, no montante de R\$ 50.000,00 [...] fl. 322 do seu Livro Diário n. 4 ora anexada (docs. 1/2).

Em tal exemplo de recebimento a título de pagamento do mútuo pela empresa ligada ocorreu em 21/12/2007, e que a fiscalização considerou como faturamento (doc. 10), ocorreu quando a Fiscalizada recebeu a quantia de R\$ 50.000,00 (doc. 2), que veio por TED da Conta da empresa ligada no HSBC (agência n. 1571, conta corrente n. 06444-40), conforme se prova pela cópia do extrato anexo (doc. 3).

Não obstante, tanto seus argumentos, como os documentos nos quais se respaldou, referem-se a período posterior a junho/2007, estranho aos lançamentos.

Sobre a defendida exclusão de TED ou de DOC oriundos da conta corrente 05542-63 do HSBC, em face de créditos junto à conta corrente nº 00501469-4 da agência 0153 da CEF, ambas de titularidade da contribuinte, os documentos nos quais se respaldou a contribuinte sustentam seus argumentos.

Assim, dado o juízo já firmado pela improcedência dos lançamentos afetos ao AC 2006 e PA de janeiro a junho/2007, deve ser considerado nesse acórdão o valor defendido de R\$ 4.758,56 em 29/11/2005, a título de transferências de mesma titularidade.

O valor acima deve ser decotado do “sub-total” de R\$ 7.014,90 (novembro/2005) da coluna “Valores a Crédito – CEF” da planilha confeccionada pelo fisco (fls. 1110-1112) intitulada MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA NA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL., gerando a diferença de R\$ 2.255,53.

Em decorrência, a planilha “APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO [...]” (valores apurados creditados no HSBC e na CEF e, após, excluídos os valores declarados na DIPJ-Simplificada), fls. 1113-1115 merece reparos em razão da afetação nos meses de novembro e dezembro/2005; colunas abaixo reproduzidas:

<i>Data contábil</i>	<i>crédito HSBC</i>	<i>crédito CEF</i>	<i>contas correntes</i>	<i>DIPJ</i>	<i>Diferença omitida</i>	<i>Receita acumulada</i>
...	...	...	...	...	...	...
<i>Out/2005</i>	...	...	...	...	...	2.003.977,88
<i>Nov/2005</i>	225.941,07	2.255,53	228.197,41	67.492,40	160.705,01	2.232.175,29
<i>Dez/2005</i>	252.898,95	2.097,95	254.996,90	105.827,60	149.169,30	2.487.172,19
<i>Totais</i>	2.473.424,99	13.747,20	2.487.172,19	726.717,68	1.760.454,51	2.487.172,19

Afora a particularidade acima, a situação fática comprova a hipótese do artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, de sorte que o sujeito passivo sujeite-se ao seu consequente, a caracterização de omissão de receitas:[...]

Entendo perfeitas as conclusões da decisão recorrida, exceto quanto à possível preclusão do direito da Recorrente em comprovar a origem dos depósitos bancários em sede de impugnação ou recurso voluntário. Contudo, em nenhum desses momentos a Interessada trouxe aos autos elementos que pudessem infirmar as conclusões da decisão recorrida. Os depósitos relativos ao ano-calendário de 2005 já excluídos pela decisão de primeira instância em nada interferem no presente julgado, uma vez que, em razão do montante de crédito tributário exonerado, não houve interposição recurso de ofício.

Nesse contexto, impende concluir que competia ao contribuinte provar a veracidade do que afirmou, nos termos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (texto legal que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), art. 36:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.

No mesmo sentido dispõe os art. 333 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC):

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

[...]

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

Corroborando tal tese, convém transcrever jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Allegare nihil et allegatum non probare paria sunt — nada alegar e não provar o alegado, são coisas iguais. (Habeas Corpus nº 1.171-0 — RJ, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 4, (39): 211-276, novembro 1992, p. 217)

Alegar e não provar significa, juridicamente, não dizer nada. (Intervenção Federal Nº 8-3 — PR, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 7, (66): 93-116, fevereiro 1995. 99)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – APOSENTADORIA – NEGATIVA DE REGISTRO – TRIBUNAL DE CONTAS – ATOS ADMINISTRATIVOS NÃO COMPROVADOS – ART. 333, INCISO II, DO CPC – PAGAMENTO DOS PROVENTOS DE NOVEMBRO/96 E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO DAQUELE MESMO ANO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULAS 269 E 271 DA SUPREMA CORTE – 1. O ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, do Código de Processo Civil). Incumbe às Secretarias de Educação e da Fazenda a demonstração de que a professora havia sido notificada da suspensão de sua aposentadoria. (STJ – ROMS 9685 – RS – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 20.08.2001 – p. 00538)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IMPOSTO DE RENDA – VERBAS INDENIZATÓRIAS – FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO – NÃO INCIDÊNCIA – COMPENSAÇÃO – AJUSTE ANUAL – ÔNUS DA PROVA – O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe ao contribuinte comprovar a ocorrência de retenção na fonte do imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias e à Fazenda Nacional incumbe a prova de eventual compensação do imposto de renda retido na fonte no ajuste anual da declaração de rendimentos. Recurso provido. (STJ – REsp 229118 – DF – 1ª T.

– Rel. Min. Garcia Vieira – DJU 07.02.2000 – p. 132)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – EMBARGOS DO DEVEDOR – NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO – IMPRESCINDIBILIDADE – ÔNUS DA PROVA – 1. Imprescindível a notificação regular ao contribuinte do imposto devido. 2. Incumbe ao embargado, réu no processo incidente de embargos à execução, a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333, II). 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp 237.009 – (1999/0099660-7) – SP – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 27.05.2002 – p. 147)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IRPF – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – VERBAS INDENIZATÓRIAS – RETENÇÃO NA FONTE – ÔNUS DA PROVA – VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL CONFIGURADA – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA – SÚMULA 13/STJ - PRECEDENTES – Cabe ao autor provar que houve a retenção do imposto de renda na fonte, por isso que é fato constitutivo do seu direito; ao réu competia a prova de eventual compensação na declaração anual de rendimentos dos recorrentes, do imposto de renda retido na fonte, fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor – Incidência da Súmula 13 STJ – Recurso especial conhecido pela letra a e provido. (STJ – RESP 232729 – DF – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 18.02.2002 – p. 00294)

De acordo com o parágrafo único do artigo 142 do Código Tributário Nacional, a autoridade administrativa encontra-se submetida ao estrito cumprimento da legislação tributária, estando impedida de examinar outras questões como as suscitadas pelo Contribuinte em seu recurso, uma vez que às autoridades tributárias cabe aplicar a lei e obrigar seu cumprimento.

O princípio da legalidade, assentado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e o previsto no parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional, vinculam a atividade do lançamento à lei, sob pena de responsabilidade funcional.

No caso concreto, dado que a administração tributária apenas exerceu o poder/dever de tributar, conferido pela Constituição Federal e institucionalizado pela legislação infraconstitucional de regência da matéria.

Por fim, cabe ressaltar que o tema já foi pacificado no âmbito do processo administrativo fiscal com a edição da Súmula 26 do CARF, a seguir transcrita: “A presunção

estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.”

A respeito da Súmula 182 expedida pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, referia-se à legislação já revogada (art. 6º, § 5º, da Lei nº 8.021/90), portanto, não aplicável ao art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Ante o exposto, confirma-se a omissão de receita apontada pelo Fisco.

Nos demais pontos quanto à insuficiência de recolhimento e multa de ofício aplicada (75%), a decisão recorrida deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, reproduzidos a seguir com a autorização dada pelo art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784, de 1999:

2.2.2) DA INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

Os valores lançados compreendem a diferença entre os valores calculados após a omissão de receita e aqueles pagos na sistemática do Simples, sem nenhum reparo.

2.2.3) DA MULTA DE OFÍCIO APLICADA

Foi aplicada a multa no patamar de 75%, perfeitamente adequada, dada sua previsão legal contida no artigo 44 da Lei 9.430/1996.

Sobre o discurso que orbitou a teoria do confisco, haverá de ter por destinatário o Poder Legislativo, sobretudo pelo imperativo do § único do art. 142 do CTN que dispõe que a constituição do crédito tributário pelo lançamento é atividade administrativa vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

3 CONCLUSÃO

Isso posto, voto por rejeitar as arguições de nulidade suscitadas, e, no mérito, negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO - Relator