



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA**

Processo n° 13839.005169/2006-49
Recurso n° 159.704 Voluntário
Matéria SIMPLES - EX.: 2005
Acórdão n° 105-17.013
Sessão de 28 de maio de 2008
Recorrente JOSÉ ROBERTO DE MORAES BALAIÓ - ME
Recorrida 5ª TURMA/DRJ-CAMPINAS/SP

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

Período de apuração: 01/06/2004 a 30/06/2004

Ementa: EXTRATOS BANCÁRIOS - RMF - LEGITIMIDADE - Legítima a utilização pelo Fisco de extratos bancários obtidos mediante Requisição de Informações de Movimentação Financeira (RMF), cumpridos todos os ditames da legislação pertinente. Incabível, no caso, a reserva de jurisdição.

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, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

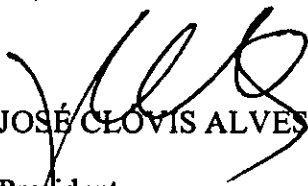
MULTA QUALIFICADA - DESCABIMENTO - Não restando comprovadas nos autos condutas que evidenciam o intuito de impedir o conhecimento da Autoridade Fazendária do fato gerador da obrigação principal tributária, é de se reduzir a multa aplicada para o percentual de 75%.

TAXA SELIC - PROCEDÊNCIA.

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para reduzir a multa para 75%, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


JOSE CLOVIS ALVES
Presidente


WALDIR VEIGA ROCHA

Relator

Formalizado em: 19 SET 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: WILSON FERNANDES GUIMARÃES, IRINEU BIANCHI, MARCOS RODRIGUES DE MELLO, LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA, ALEXANDRE ANTÔNIO ALKIMIM TEIXEIRA e JOSÉ CARLOS PASSUELLO.

Relatório

JOSÉ ROBERTO DE MORAES BALAIÓ - ME, já qualificada nestes autos, inconformada com o Acórdão nº 05-17.041, de 18/04/2007, da 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas/SP, recorre voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

Trata o presente processo de autos de infração lavrados em 05/12/2006 (ciência em 15/12/2006 – fl. 201) contra o contribuinte acima identificado, exigindo-lhe os 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. 181), Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) (fl. 185), Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) (fl. 189), Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) (fl. 193) e Contribuição para Seguridade Social (INSS) (fl. 197), acrescidos de multa de ofício de 150% e juros de mora, perfazendo o crédito tributário de R\$ 416.512,52, tudo relativo ao período de apuração junho/2004, conforme demonstrativo consolidado de fl. 11.

No Termo de Constatação Fiscal às fls. 133/142, o auditor fiscal esclarece que foram formalizados dois processos distintos: um para o Imposto de Renda de Pessoa Jurídica e seus reflexos (Processo Administrativo nº 13839.005198/2006-19, 3º e 4º trimestres de 2004) e o presente processo, para os tributos devidos na forma do Simples (período de apuração 06/2004).





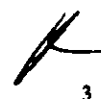


O mencionado Termo refere-se às exigências formalizadas em ambos os processos e nele o autuante relata, em síntese, o seguinte:

- a fiscalização da pessoa jurídica, relativa ao IRPJ do ano-calendário de 2004, às verificações obrigatórias em relação aos tributos e contribuições administrados pela SRF nos últimos cinco anos, e no período de execução do procedimento fiscal, foi determinada por Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização emitido em 07/06/2005;
- mediante o Termo de Início de Fiscalização de 09/06/2005, ciência postal em 14/06/2005, o contribuinte foi intimado a apresentar os extratos bancários das contas correntes, poupança e investimentos; comprovante de entrega da Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica; o livro Caixa, ou Diário e Razão; Livros Fiscais; folhas de pagamento e comprovantes de recolhimento do Imposto de Renda Retido na Fonte;
- em 04/07/2005, a pessoa jurídica, por seu procurador, Tadeu Antonio de Moura Siqueira, solicitou prorrogação de prazo de 30 dias para atendimento ao solicitado no Termo de Início de Fiscalização, sob alegação de que todos os documentos, papéis, contratos, e, inclusive, computadores da sociedade haviam sido apreendidos pela Polícia Federal, em 13/04/2005, por determinação do Juízo da 6ª Vara Criminal de São Paulo/SP. O prazo suplementar foi concedido (Termo de Ciência e de Solicitação de Documentos, ciência postal em 15/07/2005);
- em razão do não atendimento no prazo concedido, o contribuinte foi reintimado a apresentar os elementos solicitados no Termo de Início de Fiscalização, conforme Termo de Reintimação Fiscal de 12/08/2005, ciência postal em 19/08/2005;
- no Termo de Ciência e de Solicitação de Documentos, de 14/10/2005, ciência postal em 19/10/2005, o interessado foi cientificado de que, caso não se manifestasse no prazo de 5 dias úteis sobre a falta de apresentação dos extratos bancários, o seu sigilo bancário seria afastado via administrativa, de conformidade com o disposto no §2º, I, do artigo 3º do Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001;
- não havendo manifestação dentro do prazo concedido, foi expedida Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), datada de 03/11/05, para a Caixa Econômica Federal, mediante a qual foram solicitados os dados constantes da ficha cadastral do sujeito passivo, os extratos de movimentação financeira da conta-corrente e de investimentos e cópia do instrumento de procuração outorgando poderes para terceiro movimentar a conta-corrente;
- a Caixa Econômica Federal apresentou os seguintes elementos: Ficha de Abertura e Autógrafos – Pessoa Jurídica, Ficha Cadastral, Procuração, Recibo de Declaração de IR, documentos pessoais da conta 1168-003-00000606/0 (conta corrente), titulada por José Roberto de Moraes Balaio ME, e extratos da referida conta, correspondentes ao período de 04/06/2004 a 31/12/2004.

Examinando tais documentos, o auditor fiscal observa que:

- a) A ficha de Abertura e Autógrafos da pessoa jurídica José Roberto de Moraes Balaio ME, com data de abertura 04/06/2004, encontra-se assinada por José Roberto de



Moraes, inscrito no CPF/MF sob nº (...) e portador da Cédula de Identidade nº (...), emitida em 14/03/1972;

- b) Como comprovante de endereço da pessoa jurídica, foram apresentados ao Banco um demonstrativo de despesas das Telecomunicações de São Paulo S.A. – Telesp, em nome de Empreendimentos Jardim do Salto S C Ltda, localizada na Tr. SGT Agostinho de Oliveira, 37, Serra Negra, Centro, CEP 13930-000 e conta de energia elétrica da CPFL, em nome de Ennio de Oliveira.
- c) A procuração apresentada ao Banco foi assinada por José Roberto de Moraes, com data de 17/06/2004, constituindo seu bastante procurador, Tadeu Antonio de Moura Siqueira, brasileiro, divorciado, empresário, portador do RG (...) e CPF/MF nº (...), outorgando-lhe poderes para gerir a empresa, podendo propor para tanto abrir contas em todas as Instituições Bancárias, assinar cheques, contratos, fichas cadastrais, tomar empréstimos, retirar talões de cheques, cartões de crédito, pagar, receber, dar quitação, transigir, aplicar recursos, resgatá-los, enfim, praticar todos os atos necessários, comerciais e financeiros com bancos, podendo, ainda, representar a empresa nos Órgãos Públicos, como Prefeituras, Estado, Federação, autarquias, assinando documentos e requerendo o que for de direito;
- d) O Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica de 25/10/2003 e Requerimento de Empresário, datado de 28/04/2003, foi assinado por José Roberto de Moraes, referente Ato Constitutivo da empresa José Roberto de Moraes Balaio ME, com capital de R\$ 15.000,00, início das atividades: 28/04/2003 e o objeto da empresa (atividade econômica) informado foi o de comércio de doces.
- e) O recibo de declaração de IR refere-se ao comprovante de entrega da declaração de ajuste anual simplificada – Pessoa Física – de José Roberto de Moraes, do exercício de 2004, ano-calendário 2003, acompanhado de cópia da Declaração de Ajuste Anual Simplificada, do mesmo exercício e ano-calendário, na qual consta na declaração de bens somente as cotas de capital social da firma José Roberto de Moraes Balaio ME, no valor de R\$ 15.000,00, e declaração de rendimentos brutos no valor de R\$ 14.000,00, relativos a rendimentos tributáveis recebidos de pessoa física/externo.
- f) Foi apresentada ao Banco uma relação de previsão de faturamento para os próximos 12 (doze) meses, datada de 26 de maio de 2004, assinada por José Roberto de Moraes, prevendo um faturamento de R\$ 1.499.000,00 para o período de junho/2004 a maio/2005;
- g) Nos extratos da conta corrente 003-606-0, abrangendo o período de 09/06/2004 a 31/12/2004, verifica-se que a movimentação da conta teve início em 09/06/2004.

O Auditor-Fiscal prossegue no Termo de Constatação Fiscal relatando que mediante o Termo de Intimação Fiscal de 13/02/2006, ciência pessoal dada ao procurador Tadeu Antonio de Moura Siqueira, a pessoa jurídica foi intimada a (1) apresentar a DIPJ original; (2) informar/comprovar os efetivos titulares/beneficiários dos recursos movimentados a débito na conta-corrente 300000606 da Caixa Econômica Federal, bem como (3) comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores creditados/depositados na referida conta, conforme a relação anexada ao Termo, que totalizam R\$ 11.862.279,27. E informa que o contribuinte apresentou os seguintes esclarecimentos, em 14/03/2006:

1. A Reqte. tem como atividade principal a distribuição em território nacional, de recursos pertencentes a terceiros não-residentes, oriundos do exterior, na forma



orientada por estes, recebendo, para tanto, remuneração correspondente a 1% (um por cento) dos valores movimentados.

2. Na prática, ficavam a cargo da empresa estrangeira parceira o contato e a captação de clientes residentes no exterior, que desejassem remeter recursos para o Brasil, em favor de terceiros beneficiários, na sua grande maioria parentes.

3. Referida empresa estrangeira, servindo-se do mercado de câmbio regulamentado – assim fazia crer à Reqte. – assegurava, então, o depósito em reais dos valores contratados, em suas contas bancárias, orientando-a também quanto ao destino de tais montantes.

4. Assim sendo, à Reqte. cabia tão-somente a distribuição dos valores de terceiros creditados em suas contas-correntes, mediante entrega dos montantes estipulados às pessoas jurídicas pela parceira-estrangeira.

5. Tendo em vista que os depósitos bancários – compromisso assumido pela empresa sediada no exterior – eram feitos pontualmente, interessava à Reqte. apenas cumprir sua parte no acordo, ou seja, prestar com eficiência os serviços de logística para os quais fora contratada.

6. No entanto, tudo foi sempre tratado verbalmente, como um acordo de cavalheiros que, dada a confiança mútua existente entre as partes, jamais foi formalizado em contrato escrito.

7. Em razão disso, por maior que seja seu desejo de colaborar com a Secretaria da Receita Federal, fato comprovado pelo modo como vem atendendo à presente fiscalização, a Reqte. vem enfrentando dificuldades em apresentar, ao menos por ora, documentos que comprovem a origem e aplicação dos recursos movimentados em sua conta-bancária.

Em face do exposto, solicita a Reqte. prazo adicional de 60 (sessenta) dias para entrega dos documentos requeridos, durante os quais espera obter, junto à parceira estrangeira, declaração formal e provas da prestação de serviços avençados entre elas.

Dando seguimento ao relato, a fiscalização aponta:

- que o contribuinte não se manifestou acerca da identificação dos efetivos titulares/beneficiários dos recursos movimentados e, no Termo de Intimação e Reintimação Fiscal de 10/04/2006, ciência postal em 13/04/2006, intimou-se a pessoa jurídica a apresentar, no prazo de 20 dias, a DIPJ, os comprovantes solicitados através dos itens 1, 2 e 3 do Termo de 13/02/2006, não atendidos integralmente até aquela data, bem como se informou que, em razão do prazo concedido naquela intimação, estava sendo concedido, parcialmente, o prazo suplementar solicitado;
- que no Termo de Intimação Fiscal de 23/05/2006, ciência postal em 29/05/2006, o contribuinte foi intimado a informar/comprovar se haviam sido realizadas operações comerciais relativas à atividade declarada no CNPJ, CNAE Fiscal 5222-1-00 – Comércio varejista de balas, bombons e semelhantes, bem como foi intimado a apresentar documentos comprobatórios da efetiva prestação dos serviços de distribuição em território nacional dos recursos pertencentes a terceiros não residentes, os quais possibilitariam, também, a identificação dos remetentes dos recursos e o recebimento da remuneração auferida em conformidade com o informado pelo interessado em 14/03/2006.



Transcreve, então, esclarecimentos prestados pela pessoa jurídica em 14/06/2006:

“.....em atendimento ao termo de intimação lavrado em 23.05.2006, declarar que (i) não efetuou quaisquer atividades no ramo imobiliário (sic), no período compreendido entre 01.01.2003 e 31.12.2004, e que (ii) não possui, tampouco, bens móveis e imóveis em estoque ou no ativo permanente.

A par disso, esclarece a Reqte. que jamais firmou qualquer contrato com sua parceira estrangeira, regulamentando a prestação de serviços que realizava, tendo em vista que o acordo entre as sociedades era verbal e sempre pautado na confiança mútua.

Todavia, crer quer a Reqte. que a movimentação bancária que promovia comprova a natureza de sua atividade principal, consistente na distribuição, em território nacional, de recursos pertencentes a terceiros não-residentes, oriundos do exterior, na forma orientada por estes.

Os extratos bancários certamente demonstram que as alocações de recursos eram erráticas, dispersas e pulverizadas. Claro está, portanto, que o serviço de logística atendia a uma infinidade de pessoas diferentes, sem qualquer relação especial entre si ou com o Reqte.

Como é de se supor, isso dificulta a identificação de cada um daqueles que, um dia, serviu-se da prestação oferecida à Reqte. e sua parceira no exterior, para, desse modo, receber R\$ 200,00 (duzentos reais) ou R\$ 300,00 (trezentos reais). Com efeito, individualmente, os valores transferidos eram quase sempre imateriais.

Por fim, afirma a Reqte. que continuará tentando obter, junto à parceira estrangeira, provas da prestação de serviços avençada entre elas.

.....”

Na seqüência, o Auditor-Fiscal observa que:

- provavelmente equivocou-se a pessoa jurídica ao informar a atividade não exercida (ramo imobiliário);
- não houve nenhuma manifestação até o momento da lavratura do Termo de Constatação Fiscal no tocante à identificação dos remetentes, aos motivos do recebimento de valores através das transferências bancárias relacionadas, e à apresentação dos comprovantes bancários;
- o contribuinte optou pela sistemática do Simples em 23/06/2003 e, por meio do Ato Declaratório Executivo nº 38, de 04/09/2006, com efeitos a partir de 01/07/2004, foi excluído do sistema, por exercer a atividade de prestação de serviços relativos a corretagem, intermediação de negócio, assessoria, administração de bens de terceiros e/ou assemelhadas, cuja adesão ao sistema é vedada pelo disposto no inciso XIII do art. 9º da Lei nº9.317 de 05/12/2006;
- conforme pesquisa nos arquivos informatizados da SRF, a pessoa jurídica apresentou somente a Declaração de Inativa referente ao exercício de 2004, ano-calendário 2003, não constando dos arquivos da SRF a entrega de DCTF nem pagamento de quaisquer tributos e contribuições federais relativos ao período fiscalizado;

- mediante o Termo de Intimação Fiscal de 25/09/2006, ciência postal em 28/09/2006, intimou-se a fiscalizada a apresentar, a partir do período de 01/07/2004 – data em que ocorreu a exclusão da sistemática do Simples – a escrituração contábil elaborada de acordo com as leis comerciais e fiscais, bem como apresentar a DIPJ original, alertando-se que a falta de apresentação da escrituração ensejaria o arbitramento do lucro;
- por falta de atendimento a tal termo fiscal, o contribuinte foi reintimado a apresentar os elementos faltantes, conforme Termo de Reintimação Fiscal de 06/11/2006, ciência postal em 09/11/2006 e, até o momento da Lavratura do Termo de Constatação Fiscal, não houve nenhuma manifestação em relação aos referidos Termos Fiscais;
- a pessoa jurídica foi representada durante a fiscalização e perante a Caixa Econômica Federal pelo Sr. Tadeu Antonio de Moura Siqueira;
- embora a atividade cadastrada no CNPJ seja a constante do código 5222-1-00 – *comércio varejista de balas, bombons e semelhantes* –, não existem evidências de que tenha exercido realmente essa atividade, em qualquer período. Quando do comparecimento ao endereço da pessoa jurídica, a Fiscalização constatou que no local não existia nenhum estabelecimento comercial com a característica de vendas a varejo de balas, bombons e semelhantes, tendo sido atendido, pelo procurador da empresa, em um escritório.

Ainda no Termo de Constatação Fiscal o autuante assim descreve a apuração dos valores tributáveis:

Omissão de receita – depósitos bancários com origens não comprovadas

31. Os vários depósitos creditados na conta bancária da contribuinte constituíram-se, em sua maioria, de pequenos valores. Foram identificados alguns débitos de valores mais expressivos, relativas a estornos, indicando serem devolução de cheques depositados, que logo em seguida foram lançados a crédito (redepósitos). Para se evitar a exigência da comprovação de origens de valores creditados em duplicidade, esses valores foram excluídos do rol dos depósitos bancários apresentado à fiscalizada, conforme demonstrado no quadro abaixo:

Banco	Agência	Conta	Data	Histórico	Documento	Valor	D/C
Total dos depósitos bancários, constantes do extrato.						13.052.979,27	C
104	1168	300000606.	4/8/2004	EST DEP CH	000006	(200.000,00)	D
...
Soma dos valores estornados						(1.190.700,00)	
Soma dos depósitos constantes do Termo de Intimação Fiscal, de 13/02/06.						11.862.279,27	C

32. A pessoa jurídica não apresentou nenhuma comprovação do recebimento de comissão pela administração dos recursos de terceiros, que segundo sua alegação, teriam sido movimentados em sua conta bancária, bem como não apresentou comprovação das origens dos recursos utilizados nos depósitos que se encontram relacionados no Termo de Intimação Fiscal, de 13/02/2006.

33. Em razão disso, os depósitos não comprovados ficam caracterizados como omissão de receita, sujeitos a lançamento de ofício, de conformidade com o disposto no artigo 42 da Lei nº9.430, de 1996 (Artigo 849, do RIR, aprovado pelo Decreto nº 3.000/99).

34. Ainda que a pessoa jurídica não tenha se manifestado sobre as origens dos depósitos bancários, pela mesma razão mencionada no item 31, foram excluídos do montante a

ser tributado como omissão de receita os estornos de depósitos relacionados no “Demonstrativo dos estornos de depósitos bancários”, que se encontra anexo ao presente termo, no total de R\$ 1.065.125,24. Diante disso, o valor da receita omitida mensalmente, apurado de acordo com o disposto no §1º, do Art. 42 da Lei 9.430, de 1996, após a referida exclusão, é o que se encontra demonstrado no resumo abaixo:

<i>período</i> 2004	<i>Depósitos -</i> <i>Intimação fiscal</i>	<i>(-) Estornos de</i> <i>depósitos</i>	<i>Receita omitida</i> <i>mensalmente</i>
Jun	1.223.860,03	(49.322,29)	1.174.537,74
...			
Dez	1.654.911,59	(244.821,87)	1.410.089,72
soma	11.862.279,27	1.068.125,24	10.794.154,03

Débitos bancários

35. A pessoa jurídica também não se manifestou sobre os efetivos titulares/beneficiários dos recursos movimentados a débito na sua conta-corrente bancária, que se encontram relacionados em anexo ao Termo de Intimação Fiscal, de 13/02/2006, selecionados por amostragem entre os vários débitos efetuados na conta-corrente bancária, constituídos, em sua maioria, de saques efetuados através de “retiradas”, conforme demonstrado no quadro abaixo.

<i>Histórico dos débitos bancários no extrato</i>	<i>Valor</i>
<i>Despesas diversas</i>	<i>37.578,72</i>
<i>Cheques</i>	<i>46.914,36</i>
<i>TED</i>	<i>865.249,84</i>
<i>Estornos de depósitos</i>	<i>2.258.825,24</i>
<i>Retiradas</i>	<i>9.503.692,23</i>
<i>Soma</i>	<i>12.712.260,39</i>

Inexistência de escrituração regular/arbitramento do lucro

36. Verifica-se que no tocante à apresentação dos livros fiscais e contábeis, a pessoa jurídica limitou-se a informar que todos os documentos, papéis, contratos, e, inclusive, computadores da sociedade foram apreendidos em diligência de busca e apreensão conduzida pela Polícia Federal, em 13/04/2005, conforme determinação do MM. Juízo da 6ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo – SP, sem apresentar nenhuma comprovação de que tenha solicitado às autoridades competentes cópias dos elementos solicitados pela fiscalização, e, também, não apresentou comprovação de que entre os documentos apreendidos encontravam-se os livros contábeis, mantidos com observância do disposto nos artigos 251, 257, 258, 259 e/ou 527, do RIR/99. Além disso, os fatos abaixo apontados são suficientes para caracterizar a inexistência de escrituração contábil feita com observância das leis comerciais e fiscais, com escrituração de todas as suas operações, resultados apurados em suas atividades no território nacional, bem como os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior e toda a movimentação financeira, inclusive a bancária:

- a) Falta de entrega de declaração de imposto de renda pessoa jurídica relativa ao ano-calendário de 2004, prevista no artigo 808 do RIR/99 e IN SRF 541/2005, no prazo determinado pela legislação, e também no prazo concedido em intimação fiscal (Termo de Intimação Fiscal de 13/02/2006);



- b) Declaração da própria fiscalizada de que todas as suas operações relativas à atividade de intermediação de recursos eram feitas sem a emissão de qualquer documento.

37. Considerando os fatos acima e tendo em vista que a fiscalizada não apresentou a escrituração contábil do período a partir de 01 de julho de 2004 e a Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ), solicitados no Termo de Intimação Fiscal de 25/09/2006, que possibilitariam a apuração pelo lucro real, o lucro da pessoa jurídica será arbitrado, de acordo com o disposto nos artigos 530, I e III, 532, 537 e 538, do RIR/99, considerando-se como receita bruta conhecida, nos termos do artigo 532 do RIR/99, a receita bruta omitida apurada com base nos depósitos bancários de origens não comprovadas.

38. O arbitramento será feito com base na receita bruta conhecida a partir do período base 01 de julho de 2004, quando surte efeitos a exclusão do SIMPLES, e a receita bruta omitida relativa ao mês de Junho de 2004, com base no artigo 18 da Lei nº 9.317, de 1996 (artigo 199, do RIR/99), será tributada pelo regime do SIMPLES, aplicando-se a legislação própria desse regime de apuração.

Percentuais de arbitramento do lucro

39. Tendo sido constatado que a pessoa jurídica não efetuou as operações relativas à atividade comercial cadastrada no CNPJ (Comércio varejista de balas, bombons e semelhantes), e em face de sua informação de que a atividade exercida foi somente a de prestação de serviços, relativos a corretagem, intermediação de negócios, assessoria, administração de bens de terceiros e/ou assemelhados, o percentual de arbitramento do lucro será de trinta e dois por cento, acrescido de vinte por cento, sobre a receita bruta conhecida, de conformidade com o previsto no art. 27 da Lei 9.430/96, art. 15, §1º, III e art. 16 da Lei 9249, de 1995, para o Imposto de Renda Pessoa Jurídica. No caso da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), a ser exigida, por reflexo, o percentual de arbitramento será de 32%, de conformidade com o disposto no inciso III, do § 1º do artigo 15 da lei 9.249/95; artigo 22 da Lei nº 10.684/2003 e artigos 88 e 89 da IN SRF nº 390/2004. A alíquota da CSLL a ser aplicada é de 9%, conforme o artigo 37 da Lei 10.637/02.

(...)

44. De conformidade com o disposto no §2º do artigo 24 da Lei 9.249, de 26/12/1995, além do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), o valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), da contribuição para a seguridade social – COFINS e da contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP.

Abordando a multa de ofício aplicada, consigna:

Multa agravada

41. Pelo fato de a pessoa jurídica ter movimentado em suas contas bancárias grande quantia de recursos financeiros, sem apresentar comprovação material da origem e identificação dos verdadeiros detentores desses recursos; pelo fato de ter praticado, sem comunicação, atividade diversa da que foi informada no cadastro CNPJ da Secretaria da Receita Federal; pelo fato de ter apresentado a declaração de inativa, quando, comprovadamente, efetuou atividade financeira e comercial no período, e ter deixado de apresentar a Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ,

 9

fica demonstrada a sua intenção em dificultar o conhecimento por parte das autoridades fiscais da atividade real desenvolvida, da receita obtida e, com isso, não efetuar o pagamento dos tributos devidos.

42. Diante do exposto, depara-se com a ocorrência de fatos que, em tese, caracterizam o intuito da sonegação de tributos, definida no artigo 71 da Lei nº 4.502, de 1964, ensejando a aplicação da multa de 150%, prevista no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996:

(...)

Inconformado com a exigência fiscal, o contribuinte protocolizou a impugnação de fls. 205/223, em 16/01/2007, alegando, em síntese e fundamentalmente, as seguintes razões de fato e de direito em sua defesa.

- Esclarece que os autos de infração foram lavrados sob a alegação de que depósitos bancários creditados em **junho de 2004**, em contas-correntes bancárias do impugnante, e não informados em sua respectiva declaração, caracterizariam receita tributável, assumindo a fiscalização, como tributáveis, todos os valores creditados em contas-correntes do interessado.
- Assevera que não há como prosperar a pretensão fiscal que se fundamenta unicamente em depósitos bancários creditados em conta-corrente do contribuinte, uma vez que estes não têm o condão de induzir, por si só, à ocorrência do fato gerador dos tributos.
- Entende que, se assim fosse, os depósitos bancários constituiriam renda auferida pelo contribuinte, mediante somatório de todos os créditos (entradas) e desconsideração de eventuais débitos (saídas) efetuados, sendo alcançadas pelo PIS/Cofins, também, as receitas de terceiros, em trânsito pelo caixa da pessoa jurídica. Os depósitos podem servir de marco inicial para a investigação fiscal, mas não autorizam, desde logo, a conclusão final de ocorrência do fato gerador, consistente na existência de renda tributável ou receita operacional própria. A prova da aquisição de acréscimo patrimonial ou auferição de receita deve ser clara, sendo inadmissível apoiar-se em simples conjectura da fiscalização, que deve colher outros elementos que possam dar consistência ao lançamento.
- Transcreve diversas ementas de julgados do extinto Tribunal Federal de Recursos e do Conselho de Contribuintes que, em síntese, entendem que (i) *a simples existência de depósitos bancários não comprova omissão de rendimentos tributáveis, se não há outros elementos circunstanciais de prova que estabeleçam a conexão entre os depósitos e as supostas receitas*, não podendo ser tributados isoladamente como se renda fossem; (ii) *a diferença entre o somatório dos depósitos bancários e a receita declarada não é prova de omissão de receita, mas apenas um indício dessa omissão*; (iii) na hipótese de omissão de receitas não escrituradas, é inadequada a tributação integral da receita sem o cômputo das correspondentes despesas operacionais e custos.
- Conclui o impugnante:

O que a jurisprudência acima transcrita reconhece, em última análise, é que o IR/CSL não podem incidir sobre a receita do contribuinte. A base de cálculo dos referidos tributos é a renda, ou seja, o acréscimo patrimonial, resultado positivo obtido da contraposição entre receitas e despesas. Por outro lado, sequer as contribuições para



o PIS/Cofins poderiam alcançar receitas de terceiros, em circulação pela conta-corrente da pessoa jurídica.

- Afirma existir entendimento pacífico dos tribunais de que é indevido o tributo lançado unicamente com base em depósitos bancários creditados em conta-corrente de contribuinte, vez que a autuação fiscal exige elementos que comprovem o suposto acréscimo patrimonial omitido e, ainda, a natureza e titularidade das receitas, se auferidas. Defende que é impossível afirmar, apenas com base nos extratos bancários, que os créditos efetuados em conta-corrente pertencem à empresa e foram por ela aproveitados.
- Especificamente em relação ao PIS e à Cofins, aduz que nem toda receita auferida é tributável, sendo impossível distinguir o faturamento oriundo da prestação de serviços de outras receitas, estranhas às atividades sociais e à base de cálculo das referidas contribuições, a partir, apenas, de depósitos bancários. Acrescenta que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 09/11/2005, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei 9.718, de 1998, e, com isso, a ampliação indevida da base de cálculo das contribuições para o PIS/Cofins, restando incontestado que nem toda receita pode ser alcançada por tais tributos.
- Aponta que *tem como atividade principal a distribuição, em território nacional, de recursos pertencentes a terceiros não-residentes, oriundos do exterior, na forma orientado por estes, recebendo, para tanto, remuneração correspondente a 1% (um por cento) dos valores movimentados*. Descreve, então, a forma pela qual desempenhava suas atividades e conclui que *os extratos bancários demonstram que as alocações de recurso eram erráticas, dispersas e pulverizadas, bem como que o serviço de logística atendia a uma infinidade de pessoas diferentes, sem qualquer relação especial entre si ou com a Reqte.*
- Neste contexto, entende que os indícios existentes podem ser lançados contra o contribuinte, como fez a fiscalização, que considerou apenas os créditos feitos em conta-corrente, ou interpretados a seu favor, se considerados os inúmeros débitos efetuados, que dão sustentação a seu argumento de que seu percentual de remuneração não ultrapassava 1% dos valores movimentados. Assim, nos termos do art. 112 do CTN, resulta descabido assemelhar depósito bancário a receita, e este a renda, e lavrar autos de infração com base em meros indícios.
- Afirma que sua colaboração para com a fiscalização foi comprometida pela apreensão, conduzida pela Polícia Federal em 13/04/2005, de todos os documentos, papéis, contratos e computadores do contribuinte. Prossegue alegando que *também as contas bancárias da empresa foram bloqueadas e, desde então, os respectivos extratos de movimentação foram reiteradamente negados pelas instituições financeiras, fato devidamente informado à fiscalização da Reqda.* para concluir que em nenhum momento negou-se a apresentar os extratos solicitados pela fiscalização, pelo que é abusiva a Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) enviada à Caixa Econômica Federal, uma vez que a quebra de sigilo bancário deveria ter passado pelo crivo do Judiciário. Assim, devem ser desconsiderados os extratos bancários, haja vista terem sido obtidos em desacordo com o estabelecido pela legislação vigente.
- Discorda da exigência da multa agravada, que seria aplicável apenas aos contribuintes que *agem com dissimulação, dolo e má-fé, e, propositada e maliciosamente, têm o intuito de burlar o Fisco*, o que não é o caso do impugnante. Ainda, a penalidade deve ser condizente



e proporcional ao ato, mas, no presente caso, *não guarda qualquer proporção com a extensão das supostas faltas cometidas, extrapassando completamente suas finalidades e caracterizando-se assim como verdadeiro confisco*, vedado pela Constituição Federal. Transcreve jurisprudência.

- Ainda quanto à penalidade agravada, recorda a questão da busca e apreensão conduzida pela Polícia Federal em 13/04/2005 para afirmar que ficou impossibilitado de colaborar mais ativamente com a fiscalização e lembra que em se tratando de *acontecimento não desejado pela Reqte., de rigor o afastamento da multa qualificada*. Assevera, então, que o fato de não ter providenciado a atualização de seus dados cadastrais não conduz necessariamente à conclusão de que sua intenção era burlar o Fisco, haja vista que não existiu dolo, mas um *lapso, um erro formal*.
- Impugna, por fim, a cobrança dos juros moratórios com base na taxa Selic, por sua natureza remuneratória e por afronta ao art. 150, I, da Constituição Federal, uma vez que não foi criada por lei para fins tributários e tampouco teve sua estrutura de cálculo detalhada em lei complementar.

A 5ª Turma da DRJ em Campinas/SP analisou a impugnação apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 05-17.041, de 18/04/2007 (fls. 240/261), considerou procedente o lançamento com a seguinte ementa:

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

Período de apuração: 01/06/2004 a 30/06/2004

SIGILO BANCÁRIO. PROVAS ILÍCITAS.

A utilização de informações de movimentação financeira obtidas regularmente não caracteriza violação de sigilo bancário e nem constitui prova ilícita.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA. *A Lei 9.430, de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de receitas com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o contribuinte titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. TITULARIDADE.* *Ausente prova em contrário, não há como afastar a presunção de que o contribuinte seja o titular do total dos valores depositados em sua conta-corrente.*

SIMPLES. APURAÇÃO. *O valor devido pela pessoa jurídica inscrita no SIMPLES será apurado mediante a aplicação, sobre a receita bruta mensal, dos percentuais determinados na Lei nº 9.317, de 1996, não operando efeitos disposições da legislação específica de quaisquer dos tributos incluídos na sistemática.*

MULTA DE OFÍCIO. *Evidenciado pela fiscalização conjunto de circunstâncias que denotam intuito de fraude, mantém-se a multa aplicada com fundamento no art. 44, II, da Lei 9.430, de 1996. CONFISCO.* *A alegação de ofensa ao princípio da vedação de confisco diz respeito à inconstitucionalidade da lei, matéria cuja apreciação*



não é de competência da autoridade administrativa, sendo exclusiva do Poder Judiciário.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. Nos termos da legislação em vigor, os juros serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

Ciente da decisão de primeira instância em 17/05/2007, conforme Aviso de Recebimento à fl. 266, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 15/06/2007 conforme carimbo de recepção à folha 268.

No recurso interposto (fls. 269/287), repete os mesmos argumentos já trazidos em sede de impugnação.

Acrescenta que não procede a afirmação de que a então fiscalizada se teria mantido inerte ante a requisição dos extratos bancários. Como prova do contrário, faz anexar (fl. 288) cópia de carta, datada de 21/07/2005, dirigida ao gerente da Caixa Econômica Federal “*noticiando a ação do Fisco e reiterando pedidos anteriores de apresentação dos extratos de movimentação bancária*”.

Questiona, ainda, o acórdão recorrido, o qual entendeu que a ilegalidade ou a inconstitucionalidade de lei não podem ser discutidas na esfera administrativa. Pela ótica da recorrente, nada impediria que se reconhecesse a inconstitucionalidade da multa aplicada, já na via administrativa, até por questões de economia processual. Menciona jurisprudência administrativa que considera aplicável em seu favor.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro WALDIR VEIGA ROCHA, Relator

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Por se tratar de questão que, se acolhida, poderia levar à nulidade de todo o procedimento fiscal, é de se analisar o pleito da recorrente de que sejam desconsiderados os extratos bancários obtidos pelo Fisco, mediante Requisições de Informações de Movimentação Financeira (RMF), junto às instituições financeiras. Segundo afirma, esses extratos teriam sido obtidos em desacordo com o estabelecido pela legislação vigente, sem ter passado pelo crivo do Poder Judiciário. Afirma, ainda, que sua colaboração para com a fiscalização teria sido comprometida pela apreensão, conduzida pela Polícia Federal em 13/04/2005, de todos os documentos, papéis, contratos e computadores do contribuinte. Prossegue alegando que *também as contas bancárias da empresa foram bloqueadas e, desde então, os respectivos extratos de movimentação foram reiteradamente negados pelas instituições financeiras, fato devidamente informado à fiscalização da Reqda.* para concluir que em nenhum momento negou-se a apresentar os extratos solicitados pela fiscalização.



Aduz que não procede a afirmação de que a então fiscalizada se teria mantido inerte ante a requisição dos extratos bancários. Como prova do contrário, faz anexar (fl. 288) cópia de carta, datada de 21/07/2005, dirigida ao gerente da Caixa Econômica Federal “*noticiando a ação do Fisco e reiterando pedidos anteriores de apresentação dos extratos de movimentação bancária*”.

A Turma Julgadora, em primeira instância, não lhe deu razão, afastando essa preliminar. Também assim o faço.

Quanto à necessidade de autorização judicial para acesso às informações bancárias, é de se examinar as disposições dos arts. 1º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001, a seguir transcritos (grifos não constam do original)

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

[...]

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

[...]

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar.

[...]

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

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

Como facilmente se observa, a Lei autoriza o acesso das autoridades tributárias diretamente aos registros das instituições financeiras, sem que haja violação do dever de sigilo, desde que haja procedimento fiscal em curso, e que os exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

A regulamentação do art. 6º, ou seja, a perfeita delimitação das condições a que a lei se refere, foi feita pelo Poder Executivo mediante o Decreto nº 3.724/2001.

Não há que se falar, portanto, em reserva de jurisdição. Aliás, mesmo para aqueles que entendem que o sigilo bancário pode ser compreendido como espécie do direito à intimidade, em um sentido amplo, protegido pelo inciso X do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (o que não é pacífico), há que se notar que o texto constitucional, neste caso, é silente quanto à necessidade ou não de prévia autorização judicial. Quando quis, o legislador constitucional fez constar explicitamente a competência exclusiva do Poder Judiciário para determinadas matérias, como, por exemplo, a busca domiciliar, prevista no inciso XI, a



interceptação telefônica (inciso XII) e a decretação de prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (inciso LXI, todos do art. 5º).

Ainda quanto ao conceito de intimidade, conquanto possa ser tido de maneira mais ampla, quase como sinônimo de privacidade, abrangendo também a vida privada, a honra e a imagem, o fato é que a Constituição fez questão de separar esses aspectos, o que nos leva a adotar um conceito mais restrito. José Afonso da Silva, citando René Ariel Dotti, ensina que a intimidade se caracteriza como “*a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais*”¹. O mesmo autor cita conceito de Adriano de Cupis, que define a intimidade como “*o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira à pessoa mesma*”². Veja-se que estes conceitos não têm precisa linha demarcatória, correndo o risco de ambigüidade ou de referências circulares. No entanto, a linha comum a ser observada é que a intimidade vela sobre segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo.

Já quanto à vida privada, separada da intimidade pelo texto constitucional, mais uma vez é de se recorrer a José Afonso da Silva³:

... a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A vida interior, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, é a que integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição.

A próxima etapa da análise é verificar se a movimentação bancária estaria abrangida pela proteção constitucional. Considerando o exposto anteriormente, seria uma distorção admitir que sim. Afinal, os dados bancários de uma pessoa refletem aspectos de seu patrimônio, que em princípio nenhuma relação têm com seu foro moral e íntimo, e apenas indiretamente poderiam ser aspecto da vida interior a que se refere José Afonso da Silva. Seria mais adequado caracterizar o sigilo bancário como um dos instrumentos de defesa da propriedade, como proteção contra a curiosidade sem justo motivo de terceiros ou concorrentes.

Essa linha de raciocínio ganha ainda mais força ao analisar a possível aplicabilidade do dispositivo constitucional às pessoas jurídicas, no que tange à proteção à intimidade e à vida privada. Ora, trata-se de valores típicos da pessoa humana, de conceitos atinentes à dimensão interna da entidade (pessoa). Inaplicáveis, assim, às pessoas jurídicas, criações abstratas do Direito, despossuídas de intimidade. Em se tratando de empresas, fica ainda patente que a movimentação bancária pode revelar tão somente aspectos patrimoniais, não abrangidos pelo inciso X do art. 5º da CF/88.

Observe-se que o acesso do fisco às informações bancárias é, em última análise, um mero teste de veracidade e consistência das informações já anteriormente oferecidas à administração tributária. O dever original de informar sobre suas operações sujeitas ou não à incidência tributária é do contribuinte, antes mesmo de iniciado qualquer procedimento fiscal.

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15ª ed. rev. e atual., São Paulo, Malheiros Editores, 1998, pág. 210.

² SILVA, José Afonso da. Obra citada, pág. 210.

³ SILVA, José Afonso da. Obra citada, pág. 211.

Assim, o acesso a tais informações não deve ser encarado como quebra de sigilo ou prerrogativa excepcional, e sim como forma de se aferir a veracidade das informações que originariamente deveriam ter sido prestadas pelo próprio sujeito passivo da obrigação tributária.

Em se tratando de pessoas físicas, as informações já deveriam constar de suas declarações anuais de rendimentos, quer se trate de rendimentos auferidos, tributáveis ou não, quer se trate de informações sobre variações patrimoniais tais como aquisição e/ou alienação de bens, saldos de contas bancárias e de aplicações financeiras, entre outras. Se for o caso de pessoas jurídicas, com muito mais razão as informações já deveriam estar disponíveis ao fisco, em face da obrigação de escriturar detalhadamente todas as suas operações (inclusive bancárias/financeiras) e de comprovar sua escrituração com documentação hábil e idônea.

No caso em tela, ressalte-se, a movimentação financeira não se encontrava adequadamente escriturada no livro Caixa, como seria obrigação da recorrente, a teor do disposto na alínea "a" do § 1º do art. 7º da Lei nº 9.317/1996 (grifos não constam do original):

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.*

Quanto ao documento apresentado pela recorrente, com o qual busca fazer prova de que se teria empenhado em conseguir os extratos bancários para apresentação ao Fisco, o fato é que esses extratos não foram apresentados durante todo o curso do procedimento fiscal. Não se poderia exigir que o Fisco aguardasse esses documentos por tempo indeterminado, se a legislação lhe faculta a obtenção direta dessas informações, por via da RMF, como foi feito.

Afinal, acresça-se ao exposto que não identifiquei nos autos qualquer documento que comprove as afirmações da interessada de que teria ocorrido "diligência de busca e apreensão conduzida pela Polícia Federal, em 13/04/2005, conforme determinação do MM. Juízo da 6ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo - SP", muito menos quais teriam sido os documentos apreendidos, se coincidentes com aqueles exigidos pelo Fisco no presente processo.

O que resta comprovado é que o procedimento do Fisco seguiu os ditames da legislação vigente, intimando a então fiscalizada a apresentar os extratos bancários considerados indispensáveis ao exame fiscal e, decorrido prazo suficiente sem que os extratos

 16

houvessem sido apresentados (seja qual for o motivo da não apresentação), fazendo emitir a competente RMF dirigida às instituições bancárias.

Assim, cai por terra o argumento da recorrente de que o acesso do Fisco às suas informações bancárias teria sido feito em desacordo com a legislação vigente e que somente poderia ser feito com autorização do Poder Judiciário.

A seguir, insurge-se a recorrente contra a pretensão fiscal, a qual afirma fundamentar-se unicamente em depósitos bancários creditados em conta-corrente do contribuinte, uma vez que estes não teriam o condão de induzir, por si só, à ocorrência do fato gerador dos tributos.

Por seu entendimento, os depósitos poderiam servir de marco inicial para a investigação fiscal, mas não autorizariam, desde logo, a conclusão final de ocorrência do fato gerador, consistente na existência de renda tributável ou receita operacional própria. A prova da aquisição de acréscimo patrimonial ou auferição de receita deveria ser clara, sendo inadmissível apoiar-se em simples conjectura da fiscalização, que deveria colher outros elementos para dar consistência ao lançamento.

No que tange às receitas omitidas, as presunções legais são regras que reconhecem a enorme dificuldade da prova direta da omissão, e permitem, em determinadas situações, que a prova se faça por via indireta. A lei reconhece que, na esmagadora maioria dos casos, um fato mais facilmente cognoscível e provado, denominado fato indiciário, está associado a outro fato, mais difícil de ser provado diretamente, a omissão de receitas.

É a lei que reconhece esse vínculo e elege os fatos indiciários, os quais, devidamente provados pelo Fisco, permitem a presunção da ocorrência de omissão de receitas. Também é a lei que estabelece de que forma serão quantificadas essas receitas. Nessas situações, cabe integralmente ao Fisco a prova da ocorrência dos fatos indiciários, os quais não podem ser presumidos, sob pena de haver presunção sobre presunção.

A mesma lei reconhece que pode haver algumas situações em que o fato indiciário não esteja associado à omissão de receitas. Mas, nesses casos, o ônus da prova recai sobre o contribuinte. Provado pelo Fisco o fato indiciário, cabe ao contribuinte apresentar a prova de que, em seu caso específico, não foram omitidas receitas.

No caso ora discutido, foi utilizada a presunção legal relativa prevista no art. 287 do Decreto nº 3.000/1999 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99), a seguir transcrito:

Art.287.Caracterizam-se também como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações (base legal: Lei nº 9.430, de 1996, art. 42).

[...]

A farta jurisprudência judicial e administrativa colacionada pela recorrente diz respeito a fatos geradores ocorridos antes da Lei nº 9.430/1996. De fato, até o advento dessa



lei, as decisões se encaminhavam no sentido apontado pela recorrente. No entanto, com a introdução da presunção legal de omissão de receitas, baseada em créditos/depósitos bancários de origem não comprovada, a Câmara Superior de Recursos Fiscais, o Primeiro Conselho de Contribuintes e, particularmente, este Colegiado, têm aceitado o lançamento efetuado desta forma, desde que corretamente aplicada a presunção legal, como é no caso vertente.

Comprovada pelo Fisco a existência de depósitos bancários, caberia à empresa produzir a prova de que esses depósitos não constituem receitas, de modo a infirmar a presunção legal. E desse ônus ela não se desincumbiu. Apesar de suas alegações de que estaria meramente distribuindo em território nacional valores pertencentes a terceiros, por conta de uma suposta empresa-parceira no exterior, em nenhum momento a interessada sequer aponta o nome dessa empresa-parceira, nem o de qualquer dos alegados beneficiários no Brasil. Também não foi trazido aos autos sequer um documento que pudesse servir de prova ou início de prova quanto às alegações da empresa quanto ao seu modo de operação ou às comissões recebidas.

Não é o caso, como pretende a interessada, de aplicação do art. 112 do Código Tributário Nacional. Ao aplicar a presunção legal em tela, das duas uma: ou a empresa prova, mediante documentos hábeis e idôneos, que os créditos bancários não constituem receitas, e afasta a ocorrência de omissões; ou, na ausência dessas provas, prevalece a presunção de que receitas foram omitidas, cabendo a tributação dos valores na forma da lei. Não há espaço para dúvidas.

Ainda quanto à ausência de provas, mais uma vez lembro que não foi identificado nos autos qualquer documento que comprove as afirmações da interessada de que teria ocorrido *“diligência de busca e apreensão conduzida pela Polícia Federal, em 13/04/2005, conforme determinação do MM. Juízo da 6ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo – SP”*, muito menos quais teriam sido os documentos apreendidos, se coincidentes com aqueles exigidos pelo Fisco no presente processo.

Em síntese, quanto a este ponto, considero correto o lançamento que exige tributos com base na presunção legal de omissão de receitas, estabelecida pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996, se o contribuinte é incapaz de infirmar a presunção, com documentação hábil e idônea.

Especificamente em relação ao PIS e à Cofins, aduz a recorrente que nem toda receita auferida é tributável, sendo impossível distinguir o faturamento oriundo da prestação de serviços de outras receitas, estranhas às atividades sociais e à base de cálculo das referidas contribuições, a partir, apenas, de depósitos bancários. Acrescenta que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 09/11/2005, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei 9.718, de 1998, e, com isso, a ampliação indevida da base de cálculo das contribuições para o PIS/Cofins, restando inconteste que nem toda receita pode ser alcançada por tais tributos.

Da mesma forma que a autoridade julgadora em primeira instância, entendo que esses argumentos restam prejudicados no presente processo, posto que aqui somente constam exigências na forma do SIMPLES, para o período de apuração junho/2004. Aplicam-se, pois, as determinações da Lei nº 9.317/1996, e os valores devidos do IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e Contribuição para a Seguridade Social – INSS, foram apurados mediante a aplicação, sobre a receita bruta mensal, dos percentuais determinados na referida lei, não operando efeitos disposições da legislação específica de quaisquer dos tributos incluídos na sistemática.

 18

A recorrente discorda da exigência da multa agravada, que seria aplicável, afirma, apenas aos contribuintes que agem *com dissimulação, dolo e má-fé, e, propositada e maliciosamente, têm o intuito de burlar o Fisco*, o que não seria seu caso. Ainda, a penalidade deveria ser condizente e proporcional ao ato, mas, no presente caso, *não guarda qualquer proporção com a extensão das supostas faltas cometidas, extrapassando completamente suas finalidades e caracterizando-se assim como verdadeiro confisco*, vedado pela Constituição Federal.

Ainda quanto à penalidade agravada, recorda a questão da busca e apreensão conduzida pela Polícia Federal em 13/04/2005 para afirmar que ficou impossibilitada de colaborar mais ativamente com a fiscalização e lembra que em se tratando de *acontecimento não desejado pela Reqte., de rigor o afastamento da multa qualificada*. Assevera, então, que o fato de não ter providenciado a atualização de seus dados cadastrais não conduz necessariamente à conclusão de que sua intenção era burlar o Fisco, haja vista que não teria existido dolo, mas um *lapso, um erro formal*.

Verifico que a multa aplicada foi de 150%, com base no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/1996, a seguir transcrito em sua redação original:

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 cinqüenta 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 11.884/2007 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. Em particular, o art. 71 trata da sonegação, relevante para o assunto aqui discutido:

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.



O Acórdão recorrido, às fls. 259/260, analisou a extensão dos dispositivos acima e sua aplicabilidade ao caso concreto, e assim se manifestou sobre as circunstâncias que levaram à aplicação de multa qualificada:

Observe-se que as circunstâncias descritas nos autos – movimentação em contas bancárias de grande quantia de recursos financeiros, sem comprovação material da origem; exercício, sem comunicação, de atividade diversa da que foi informada no cadastro CNPJ da Secretaria da Receita Federal; indevida apresentação de declaração de inatividade – denotam ação ou omissão tendente a impedir ou retardar o conhecimento do fisco sobre a ocorrência do fato gerador.

Conforme dispõe o texto legal, a multa qualificada somente se pode aplicar na presença de situação dolosa, do intuito deliberado de ocultar ou retardar o conhecimento por parte da Autoridade Tributária da ocorrência do fato gerador. E é das circunstâncias e da conduta adotada pelo contribuinte em cada caso concreto que se há de extrair os elementos que permitirão concluir pela correção ou não da multa aplicada.

Verifico que três foram os fundamentos invocados pelo julgador em primeira instância para manter a multa de 150%. Passo a analisar cada um deles.

➤ *Movimentação em contas bancárias de grande quantia de recursos financeiros, sem comprovação material da origem.* Aqui, devo divergir da autoridade *a quo*. Esse é o próprio fundamento da exigência tributária, por presunção legal, que não pode, ao mesmo tempo servir para a exasperação da multa. Isoladamente, esse fato – indiscutível, diga-se – somente se presta para a afirmação e quantificação das receitas omitidas, mas não pode levar à conclusão do dolo na conduta do contribuinte. É exatamente nesse sentido que deve ser compreendida a súmula nº 14 deste Primeiro Conselho de Contribuintes, a seguir reproduzida.

*Súmula 1ª CC nº 14: A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.*⁴

➤ *Exercício, sem comunicação, de atividade diversa da que foi informada no cadastro CNPJ da Secretaria da Receita Federal.* Também este fato, isoladamente, se afigura insuficiente para manutenção da penalidade de 150%. A informação que consta do CNPJ quanto à atividade objeto da empresa não se reveste de caráter de autorização, a ponto de caber a aplicação de penalidade. Poderia perfeitamente ocorrer situação em que, por motivos de mercado ou outros quaisquer, a empresa decidisse mudar seu ramo de atuação e, por lapso, não promovesse a competente alteração cadastral junto à Receita Federal, sem que isso, por si só, implicasse sonegação de tributos.

➤ *Indevida apresentação de declaração de inatividade.* Os fatos geradores tributários se referem ao ano-calendário 2004, especificamente, o mês de junho desse ano. À fl. 12 do processo, encontro extrato de declaração de inatividade apresentada pelo contribuinte, referente ao ano-calendário 2003 (vide, também, fl. 62). Quanto à declaração do exercício 2005, ano-calendário 2004, o que se extrai do processo é que o contribuinte estava omissivo quando se iniciou a fiscalização (fl. 62), foi intimado a apresentar a competente declaração

⁴ OBS.: As Súmulas 1ª CC nº 1 a 15 foram publicadas no DOU, Seção 1, dos dias 26, 27 e 28/06/2006, vigorando a partir de 28/07/2006.

(fl. 63, item 1) e não o fez, vide Termo de Constatação Fiscal, § 36 (a) e § 37, à fl. 140. Não se trata, pois, de indevida declaração de inatividade, mas sim de omissão na entrega da declaração de rendimentos. E também aqui não vislumbro motivos para manutenção da multa qualificada.

A recorrente afirma que a penalidade deveria guardar proporcionalidade com as faltas cometidas, o que não aconteceria no presente caso, caracterizando-se confisco, vedado pela Constituição Federal em vigor. Por sua ótica, seria possível a discussão administrativa sobre a legalidade e/ou constitucionalidade de leis, por motivos de economia processual.

Quanto à proporcionalidade das penalidades, exatamente esse foi o entendimento do legislador, que estabeleceu a multa proporcional de 75% sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata (Lei nº 9.430/1996, art. 44, inc. I, com a redação dada pela Lei nº 11.884/2007). Fixou, ainda, no parágrafo 1º do mesmo dispositivo legal, as situações em que caberia a duplicação do referido percentual, sempre incidindo sobre a diferença de tributo.

À Administração Tributária, em atividade vinculada e obrigatória (CTN, art. 142), cabe promover a constituição do crédito tributário, inclusive com a penalidade correspondente. Incabível, em sede administrativa, o questionamento sobre os percentuais estabelecidos pelo legislador em lei plenamente vigente e integrada ao ordenamento jurídico.

Sobre a alegação de confisco, assim reza o dispositivo constitucional a que se refere a recorrente (grifo não consta do original):

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

[...]

Por pertinente, reproduzo abaixo o artigo 3º da Lei nº 5.172/1966 (CTN) (grifo não consta do original):

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Ora, desde que tributo não é sanção de ato ilícito, conforme dispõe o CTN, fica patente a distinção entre tributo e multa, esta, sim, de natureza punitiva. E a vedação constitucional invocada se refere tão somente a tributo. Quanto à multa ora em discussão, inaplicável a limitação constitucional do poder de tributar trazida pela recorrente.

E para sepultar de vez qualquer discussão sobre esse ponto, deve ser trazida à colação a súmula nº 2 deste Primeiro Conselho de Contribuintes, pelo que desnecessário se faz qualquer outro comentário:



Súmula 1º CC nº 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Em síntese, sobre o questionamento quanto à multa de ofício de 150%, voto no sentido de que seja reduzida ao percentual de 75%.

Por fim, a recorrente reclama contra a cobrança dos juros moratórios com base na taxa SELIC, por sua natureza remuneratória e por afronta ao art. 150, I, da Constituição Federal, uma vez que não foi criada por lei para fins tributários e tampouco teve sua estrutura de cálculo detalhada em lei complementar.

A matéria já foi inúmeras vezes discutida por este Colegiado, bem assim pelo Primeiro Conselho de Contribuintes, e se encontra pacificada, a ponto de resultar na súmula nº 4, a seguir reproduzida:

Súmula 1º CC nº 4: 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.

Por amor à clareza, trago à colação às disposições do art. 161, § 1º, do CTN (grifos não constam do original):

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

Ocorre que a Lei nº 9.430/1996, em seu artigo 61, § 3º, conjugado com o art. 5º, § 3º, veio a dispor de modo diverso, estabelecendo a aplicação de juros equivalentes à taxa SELIC sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos não pagos, nos seguintes termos (grifos não constam do original):

Art. 5º O imposto de renda devido, apurado na forma do art. 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

[...]

§ 3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

[...]



Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

[...]

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, 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 do pagamento.

Não acolho, pois, o pedido de desconsideração dos valores decorrentes da aplicação da taxa SELIC.

Em síntese, por todo o exposto, voto por não acolher a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, pelo provimento parcial do recurso voluntário, para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%.

Sala das Sessões, em 28 de maio de 2008.


WALDIR VEIGA ROCHA

