



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

Processo nº 13971.001643/2006-39
Recurso nº 163107 Voluntário
Acórdão nº 1101-00.041 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de maio de 2009
Matéria IRPJ E OUTROS - Ex(s): 2003 a 2005
Recorrente CELSO MOTOS E AUTOMÓVEIS LTDA
Recorrida 3ª TURMA/DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

PRELIMINAR NULIDADE DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA O juiz não precisa analisar todos os argumentos trazidos em virtude do princípio da livre convicção motivada.

AMPLA DEFESA GARANTIDA. PRAZO PARA JUNTADA DE DOCUMENTOS PROPORCIONALIDADE. Havendo prazo razoável para a juntada de documentos não há que se falar em ofensa à ampla defesa.

LUCRO PRESUMIDO. COMPRA E VENDA DE VEÍCULOS. RECEITAS DECLARADAS. APLICAÇÃO INCORRETA DO COEFICIENTE DE DETERMINAÇÃO DO LUCRO. A equiparação das operações de compra e venda à consignação gera a necessidade de equiparação da base de cálculo e da alíquota correspondente.

RECEITA DE SERVIÇO DECLARADA E NÃO PAGA. Receita lançada em livros fiscais e não declaradas em DIPJ geram a necessidade de lançamento de ofício pela autoridade fiscal.

OMISSÃO DE RECEITA. Valores creditados em conta bancária que não tiverem suas origens comprovadas. Presunção legal omissão nos termos do artigo 287, RIR/99

DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ARTIGO 138, parágrafo único do CTN. Não há que se falar em denúncia espontânea, após o início do procedimento fiscal.

MULTA QUALIFICADA – Não é possível aplicação de multa qualificada, quando a autuação deriva tão somente, de presunção. Nem tão pouco cabe multa qualificada de débito escriturado e não declarado.

TAXA SELIC. 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 (Súmula 1º CC nº 4).

Ux 1

Vistos, relatados e discutidos os presentes

ACORDAM os Membros do colegiado 1) Por unanimidade de votos, afastar a preliminar de nulidade; 2) Por unanimidade de votos, reduzir a multa de 150% para 75% sobre recursos escriturados e não declarados; 3) Por maioria de votos, reduzir de 150% para 75% a multa sobre omissão de receitas sobre depósitos não comprovados, vencidos os Conselheiros Sandra Maria Faroni e Jose Sergio Gomes que mantinham o percentual de 150% e Aloysio José Percínio da Silva que acompanham pelas conclusões. Ausente, justificada e momentaneamente, o Conselheiro Antonio Praga .

ANTONIO PRAGA - Presidente

JOÃO CARLOS DE LIMA JUNIOR - Relator

Editado em:

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Sandra Maria Faroni, Valmir Sandri, Aloysio José Percínio da Silva, Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho (Vice-Presidente), João Carlos de Lima Junior, José Ricardo da Silva e José Sergio Gomes (Suplente Convocado) e Antonio Praga (Presidente da Câmara).

Relatório

Trata-se de Auto de Infração relacionado à omissão de receitas não declaradas, de depósitos bancários não contabilizados e de aplicação incorreta de coeficiente de determinação do lucro, referentes aos anos calendários de 2002, 2003 e 2004, lavrados pela DEFIC de Florianópolis- SC em 06.11.2006, do qual decorreu crédito, com valor total, correspondente a R\$ 5.703.482,68 (cinco milhões, setecentos e três mil, quatrocentos e oitenta e dois reais e sessenta e oito centavos).

Conforme se denota nos autos, a empresa autuada exerce atividade de comércio varejista de veículos e representação comercial (fls. 333) e foi autuada pelos seguintes fatos:

1- Aplicação incorreta do coeficiente de determinação do lucro:

Por meio da análise das DIPJ dos anos calendários fiscalizados e de outros documentos apresentados pela empresa, constatou a fiscalização que a empresa, na determinação da base de cálculo do IRPJ aplicava o percentual de 8% sobre a receita bruta resultante da comercialização de veículos.

Entretanto, verificou o r. fiscal que tal atividade foi equiparada à consignação e, como tal, sujeita-se ao percentual de 32%, previsto pela Lei 9.249/95, art. 15 § 1, alínea III, "a". Assim, glosou os valores lançados pela autuada e aplicou o referido percentual ao IR.

Da mesma forma o fez com relação à CSLL, já que segundo a mesma lei 9.249/95, alterada pela Lei nº 10.684/03, o percentual a ser aplicado sobre essa contribuição é de 32% e não de 12% como aplicava o contribuinte.

Assim, calculou a fiscalização a diferença do que havia sido pago com valores efetivamente apurados e efetuou o lançamento fiscal, aplicando ao fato multa de 75% (fls. 362/363).

2-Receitas decorrentes de prestação de serviços contabilizadas e não declaradas

Por meio de informações prestadas por fontes pagadoras de DIRF, concluiu a fiscalização que havia receitas oriundas de prestação de serviços não declaradas para fins de IRPJ. Tais receitas constavam inclusive nos livros fiscais e contábeis da empresa, entretanto, não foram objeto de declaração nas DIPJ's. Com relação a este fato foi aplicada multa qualificada de 150%, por entender que *in casu* havia intuito de fraude do contribuinte.

3- Depósitos em conta bancária não contabilizados

Da análise dos livros fiscais da empresa, verificou-se a ausência da escrituração de depósitos das contas bancárias. Assim, a empresa foi intimada em 01/09/2006 a esclarecer e justificar os créditos que o r. fiscal não conseguiu vincular à lançamentos dos extratos apresentados à fiscalização.

Entretanto, mesmo após sucessivas prorrogações de prazo não houve qualquer manifestação da empresa que esclarecesse a origem dos créditos.

Desta feita, prevaleceu que o contribuinte não comprovou, mesmo intimado para tanto, a origem de depósitos e investimentos bancários, caracterizando-se assim, omissão de receita. Porém, em virtude de o contribuinte ter mais de um objeto social em seu contrato e diante da impossibilidade em se definir as atividades das quais decorreram as movimentações bancárias, estipulou-se, para fins de determinação do lucro presumido, com fundamento no artigo 528 do RIR/99, o coeficiente de 32% para o lançamento de IRPJ e CSLL, este último, a partir de setembro de 2003

1- Com relação a este fato, aplicou-se multa qualificada de 150%, por entender que havia intuito de fraude.

Diante destes fatos, a empresa apresentou impugnação, na qual afirmou, em preliminar, ter havido cerceamento de defesa decorrente do exíguo prazo para apresentação de documentos.

2- Com relação ao mérito, alegou em apertada síntese que:

O coeficiente de 8% utilizado estava fundamentado no artigo 15 da Lei 9.249/95 e nas instruções normativas da SRF nº 152/98 e 390/2004. De modo que não poderia o Fisco equiparar sua atividade de compra e venda de veículos à atividade de consignação para a determinação da alíquota utilizada na determinação da base de cálculo.

Com relação aos depósitos não contabilizados, que a norma autorizadora da presunção utilizada pela autoridade fiscal é inconstitucional. Com relação aos créditos bancários, afirmou que tais operações já haviam sido lançadas à tributação, não se podendo falar em omissão. Finalmente, alegou erro na base de cálculo utilizada, qual seja, 32%. Fundamenta sua argumentação afirmando que 90% das suas atividades são de compra e venda,

Uz 3

de modo que o Fisco não poderia deliberadamente estipular a maior alíquota para toda a movimentação financeira.

4- Finalmente, contestou a multa qualificada, bem como, a inconstitucionalidade da taxa Selic.

A decisão de primeira instância afastou as alegações preliminares e reiterou o lançamento efetuado. Com os seguintes fundamentos:

Em relação ao cerceamento de defesa alegou-se que a empresa autuada teve mais de 50 dias de prazo para apresentação de documentos que comprovassem a origem de sua movimentação bancária. Asseverou ainda que não poder-se-ia dilatar o prazo infinitamente, pois, a Administração não pode perder de vista o seu Poder - Dever de lançar tributos antes que ocorra decadência.

No mérito, afirmou:

1- Com relação à aplicação incorreta do coeficiente de determinação do lucro, que agiu corretamente a fiscalização ao proceder o lançamento, tendo em vista que a empresa auferiu sua receita pela diferença entre o preço de venda e o preço de aquisição dos veículo, logo, equiparou seus atos à consignação, de modo que seria necessária a aplicação do coeficiente de 32% , nos termos do artigo 5º da Lei 9.716/98.

Com relação à equiparação das atividades de compra e venda de veículos usados e as operações de consignação, entendeu a decisão *a quo* estar o lançamento em perfeita consonância com a legislação pátria. Segundo os eméritos julgadores, a obtenção de receita pela diferença do preço de venda pelo preço de compra, ratifica tal opção, não havendo o que se reformar no lançamento.

2. Com relação aos pagamentos efetuados pela empresa, entendeu a DRJ que não podiam ser enquadrados como denúncia espontânea, isso porque, o parágrafo único do artigo 138 do CTN exclui tal instituto quando já iniciado o procedimento fiscal. *In casu*, a fiscalização iniciou-se em 21/07/06 e, segundo os eméritos julgadores, mesmos os pagamentos efetuados neste dia foram efetuados após o início da fiscalização.

3. Com relação aos créditos bancários com origem não comprovada e a respectiva inversão do *ônus probandi*, ressaltou-se que ao Fisco compete a prova dos fatos constitutivos do direito do autor, que no caso em tela, seria a comprovação de movimentação financeira. Ao autuado por sua vez competiria a prova da origem de tais receitas, ou seja, a prova de fatos modificativos, impeditivos ou extintivos de direito. No mesmo sentido, reiterou a argumentação de que não compete aos órgãos administrativos a análise de legalidade ou de constitucionalidade das legislações tributárias (fls. 554).

Com relação à alíquota de 32% utilizada para estipular a base de cálculo, reiterou a autuação fiscal, afirmando haver previsão legal (art. 528 RIR/99) para tanto.

A multa de 150% também foi mantida em primeira instância, com o argumento de que as práticas foram reiteradas durante os anos de 2002, 2003, 2004, não se configurando, portanto, conduta involuntária. Finalmente, com relação à aplicabilidade da taxa Selic, afirmou tratar-se de assunto tratado literalmente por lei, não podendo ser objeto de quaisquer manifestações no âmbito administrativo.

Inconformada com a decisão de primeira instância, a empresa autuada interpôs recurso voluntário, a fim de que, em preliminar fosse reconhecida a nulidade da

decisão de primeira instância, em virtude de esta não ter enfrentado todas as teses apresentadas na impugnação. Da mesma forma, reiterou a desnecessidade de depósito prévio como pressuposto de admissibilidade recursal.

Preliminarmente, reiterou o cerceamento de defesa, decorrente do exíguo prazo dado pelo fisco, capaz de elidir a presunção legal da omissão de receita. Reiterando, no mérito o alegado em sua impugnação.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'V' followed by a '7' and a subscript '5'.

Voto

Conselheiro JOÃO CARLOS DE LIMA JUNIOR

Presentes as condições de admissibilidade do Recurso Voluntário, dele tomo conhecimento.

Inicialmente, não há que se falar em nulidade da decisão de primeira instância. Isso porque, como já reiterado na jurisprudência deste Conselho e até mesmo na jurisprudência proveniente do Poder Judiciário, a omissão de parte dos argumentos trazidos pelo contribuinte não é capaz, por si só de viciar a decisão.

Neste sentido, manifestou o STJ para afirmar que o princípio da livre convicção motivada determinar que o julgador não está obrigado a apreciar todos os argumentos trazidos pelas partes, desde que se vincule àqueles necessários ao deslinde do litígio (RE nº 792.497 – Relator Min. Francisco Galvão).

No mesmo sentido, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, em virtude da exigibilidade do prazo para juntada de documentos. Como bem afirmou a DRJ, o contribuinte teve cinquenta dias para providenciar documentação hábil que comprovasse a origem dos débitos movimentados em conta corrente, porém, tal prazo correu *in albis*. Durante o processo administrativo também não houve juntada de documentos capaz de elidir a presunção legal, de modo que torna-se evidente que o prazo concedido ao contribuinte respeitou a razoabilidade exigida em um procedimento administrativo.

No mérito, é preciso enfrentar os três fatos que geraram lançamentos tributários, quais sejam: a aplicação incorreta do coeficiente de determinação do lucro; as receitas declaradas e não pagas e os depósitos bancários não contabilizados.

Com relação à aplicação incorreta do coeficiente de determinação do lucro, algumas questões devem ser enfrentadas:

Segundo o que se denota dos autos, o contribuinte tem como objeto social tanto a compra e venda de veículo, quanto a prestação de serviços.

Assim, desde o início da fiscalização concluiu-se que o contribuinte equiparava suas operações de compra e venda de automóveis com a operação de consignação, haja vista que determinava sua receita pela diferença entre o preço de venda e o preço de compra. Aliás, tal fato inclusive foi afirmado pelo próprio contribuinte, através de declaração, às fls 154.

O Artigo 5º da Lei 9.716 de 26 de novembro de 1998 permite referida equiparação. Diz o artigo *in verbis*:

Art.5º As pessoas jurídicas que tenham como objeto social, declarado em seus atos constitutivos, a compra e venda de veículos automotores poderão equiparar, para efeitos tributários, como operação de consignação, as operações de venda de veículos usados, adquiridos para revenda, bem assim dos recebidos como parte do preço da venda de veículos novos ou usados.

Parágrafo único. Os veículos usados, referidos neste artigo, serão objeto de Nota Fiscal de Entrada e, quando da venda, de Nota Fiscal de Saída, sujeitando-se ao respectivo regime fiscal aplicável às operações de consignação.

Conforme dito, *alhures*, o contribuinte optou pela equiparação. Esse também foi o entendimento da DRJ, ao tratar da questão:

“Voltando-se ao caso em concreto, o que se verifica é que as receitas declaradas pela contribuinte, levadas à tributação, correspondem à diferença entre o custo de aquisição e o preço de venda dos veículos, o que leva a conclusão lógica de que optou, em relação às operações que escriturou, pela faculdade prevista no art. 5º da Lei nº 9.716/98, ou seja, optou por tributar suas operações escrituradas como equiparadas a consignação, independentemente de ter dito isso expressamente.”

Percebe-se que a questão controversa dos autos restringe-se a saber qual alíquota deve ser aplicada à receita decorrente da diferença entre o preço de venda e o preço de compra dos veículos, ou seja, a receita decorrente de consignação.

Por meio da análise da DIPJ do autuado, percebe-se que este ao realizar o cálculo do IR, aplicou sobre suas receitas alíquota de 8%, estipulada no *caput* do artigo 15 da Lei 9.249/95.

Art. 15. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida mensalmente, observado o disposto nos arts. 30 a 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995

Por outro lado, a fiscalização entende que a alíquota é de 32% nos termos do parágrafo primeiro do mesmo artigo 15 da Lei 9.249/95

(...)§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de:

(...)III - trinta e dois por cento, para as atividades de: (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004) (...)b) intermediação de negócios;

Percebe-se que não assiste razão à recorrente. Senão vejamos:

A equiparação determinada pelo artigo 5º da Lei 9.716/1998 traz implicações no aspecto quantitativo das hipóteses de incidência dos tributos incidentes sobre o faturamento da empresa.

Assim, tendo em vista que a consignação é tributada com alíquota de 32% para determinação da base de cálculo, a tributação a ela equiparada também terá a mesma alíquota aplicada.

Não pode querer o contribuinte equiparar a receita da compra e venda de carros à consignação e não equiparar a alíquota a ela (receita) pois a equiparação é total e atinge todos os critérios da norma tributária

Desta feita, por ser optante pelo lucro presumido o contribuinte deveria utilizar o coeficiente de 32% em relação à base de cálculo do IRPJ e, em relação à base de cálculo da CSLL, o coeficiente de 12% (até agosto de 2003) ou 32% (a partir de 01/09/2003). Porém não o fez.

Conforme se denota às fls.154, a empresa optou pela equiparação da operação de compra e venda com a operação de consignação, já que afirma que nos anos calendários de 2002 a 2004 “apurou o imposto de renda sempre sobre a diferença entre a compra e a venda de veículos usados”. Logo, não há outra alternativa senão a utilização da base de cálculo e alíquota respectiva, tal como fez o r. auditor fiscal.

Portanto, não há o que se alterar no lançamento efetuado.

Com relação aos débitos lançados e não pagos, mostra-se descabida a alegação do contribuinte de denúncia espontânea. Da análise dos autos (fls.157/199) percebe-se que o contribuinte efetuou os pagamentos depois de iniciado o procedimento fiscal, incidindo assim na vedação constante do parágrafo único do artigo 138 do Código Tributário Nacional.

Aliás, cumpre ressaltar que a fiscalização iniciou-se no dia 21/07/2006, conforme se denota às fls. 02. Da análise das Darfs juntadas aos autos (fls. 157 a174), percebe-se que os pagamentos foram efetuados, em sua maioria após essa data. Porém, mesmo aqueles que foram realizados no dia 21/07/2006, foram realizados após o início da fiscalização, conforme ressaltou o r. fiscal. Desta feita, tendo este fé pública, não há que se falar em denúncia espontânea, sendo incabível as benesses dela decorrente.

Porém, a multa aplicada *in casu* não deve ser qualificada. Vejamos:

Diz o artigo 44 da Lei 9430/96 *in verbis*:

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

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

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

Os artigos. 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502/96, por sua vez, têm a seguinte redação:

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.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72.

Como se vê, para que seja aplicada a multa qualificada de 150% é necessário que a fiscalização comprove, de forma inequívoca, que o contribuinte agiu dolosamente na execução do ato fraudulento, não bastando meros indícios de sua conduta ilícita.

No presente caso, a Recorrente escriturou os débitos, inclusive, discriminando valores de tributos a serem pagos. Não houve, no caso em discussão, fato indicador de que o ato praticado pela Recorrente fosse realizado com o fim específico de sonegar ou fraudar.

Muito embora não tenha a Recorrente oferecido à tributação os valores escriturados, não há qualquer vício que pudesse ensejar a comprovação de omissão dolosa, no intuito de impedir ou retardar o conhecimento por parte do Fisco, ou até mesmo modificar as características do fato gerador.

A Recorrente não arquitetou procedimentos no intuito de fraudar, sonegar ou até mesmo simular a não existência de receitas, não há comprovação de dolo nos autos, o que há é mero inadimplemento.

Os livros contábeis da empresa estavam com todos os dados corretos, não sendo a não declaração suficiente a ensejar a aplicação da multa de 150%, a qual para ser aplicada é imprescindível a configuração de caso extremo.

Para que a multa qualificada seja aplicada é necessário que se comprove de maneira inequívoca o evidente intuito de fraude, simulação, sonegação, em nítida conduta dolosa por parte do contribuinte.

No mesmo sentido as jurisprudências abaixo transcritas:

“IRPF – MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA – Para que a multa de ofício qualificada possa ser aplicada é necessário que se comprove de maneira inequívoca o evidente intuito de fraude (...) (Conselho de Contribuintes/ 6ª Câmara/ Recurso nº 127.522/ Relatora Thaisa Jasen Pereira)” “LANÇAMENTO. INFORMAÇÕES COLHIDAS NA CONTABILIDADE E EM DECLARAÇÕES AO FISCO. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. Inexiste cerceamento de direito de defesa no caso de lançamento tributário realizado com base em demonstrativo entregue ao

27,

sujeito passivo, elaborado a partir de informações colhidas na sua contabilidade e em suas declarações ao fisco, portanto, de seu conhecimento e sob a sua guarda. (...) MULTA QUALIFICADA. DECLARAÇÃO INEXATA. A aplicação da multa qualificada pressupõe a comprovação inequívoca do evidente intuito de fraude. A omissão de valores de receitas, registradas na escrita fiscal, em declarações entregues ao fisco é insuficiente para caracterizar a ocorrência do pressuposto legal para imposição da multa qualificada. (...) (Conselho de Contribuintes/3ª Câmara/Recurso nº 154.210/ Relator Aloysio José Percínio da Silva)" (g.n).

"OMISSÃO DE RECEITAS – CONFRONTO ENTRE DADOS DA GIA COM A CONTABILIDADE - Caracteriza a ocorrência de omissão no registro de receitas, a constatação de diferenças entre o total das vendas informadas nas Guias de Informações Mensais (GIA) à Secretaria de Fazenda Estadual em confronto com aquele escriturado e indicado nas DIPJ apresentadas ao Fisco Federal.(...) PIS - COFINS - OMISSÃO DE RECEITAS – O total da receita omitida na pessoa jurídica é base de cálculo para a incidência das contribuições para o PIS e a COFINS.PIS – COFINS - MULTA QUALIFICADA - Não estando indicado e provado no Auto de Infração e no Termo de Verificação Fiscal os motivos caracterizadores do evidente intuito de fraude, como definido nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, reduz-se à multa qualificada ao percentual normal de 75%. (...) (Conselho de Contribuintes/8ª Câmara/ Recurso nº 153.318/ Relator Nelson Lósso Filho)" (g.n).

Importante ressaltar mais uma vez que, nos livros e documentos fiscais apresentados ao Fisco não se verificou qualquer vício ou irregularidade que pudessem configurar às hipóteses dos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64.

Ademais, também não verifico a configuração de conduta reiterada a ensejar a multa qualificada, o presente processo administrativo.

Diante do exposto e em face da não comprovação de dolo, fraude ou simulação no caso em testilha, entendo que com relação às receitas escrituradas e não lançadas, a multa a ser aplicada deve ser a prevista no artigo 44, inciso I, da Lei 9.430/96, no percentual de 75% (setenta e cinco por cento).

Dessa feita, estando o débito devidamente escriturado, conforme se denota do próprio Termo de Verificação Fiscal (fls.336/337), não há motivos para a incidência de multa qualificada, quanto débito escriturado e não declarado, devendo ser desqualificada para 75%.

Com relação à presunção legal de omissão de receitas decorrentes da não comprovação da origem dos depósitos existentes na conta corrente da empresa não há o que se alterar. Isso porque, conforme se verifica às fls. 289/290 dos autos, o Fisco intimou o contribuinte para comprovar a origem dos depósitos realizados, entretanto, não houve qualquer comprovação. De tal modo que, em virtude da presunção legal, confirma-se a omissão de receitas. Diz o artigo 287 do RIR/99, *in verbis*:

Art. 287. Caracterizam-se também como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou investimento mantida junto à 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 (Lei nº 9.430 de 1996, art. 42)

Quanto à alíquota aplicada, também não há o que se alterar. A empresa possui em seu objeto social tanto a atividade de compra e venda como a atividade de prestação de serviços, logo, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 528 do RIR/99, que diz *in verbis*:

Art. 528. Verificada omissão de receita, o montante omitido será computado para determinação da base de cálculo do imposto devido e do adicional, se for o caso, no período de apuração correspondente, observado o disposto no art. 519 (Lei nº 9.249, de 1995, art. 24).

Parágrafo único. No caso de pessoa jurídica com atividades diversificadas tributadas com base no lucro presumido, não sendo possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, esta será adicionada àquela que corresponder o percentual mais elevado (Lei nº 9.249, de 1995, art. 24, §1º).

Em suma, no que tange à omissão de receitas, agiu corretamente a fiscalização. A autoridade administrativa atua *sub legem*, o contribuinte foi devidamente notificado e não realizou prova contrária, logo, prevalece o lançamento, bem como, a base de cálculo e alíquota utilizada.

Porém, novamente se mostra descabida a multa qualificada.

Com relação à multa qualificada, reitero o entendimento, por mim defendido, de que a mesma só pode ser aplicada mediante comprovação de ocorrência previstas nos artigos 71, 72 e/ou 73 da Lei nº 4.502/64, conforme se depreende do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 acima transcrito.

Como já dissemos *alhures*, para que seja aplicada a multa qualificada de 150% é necessário que a fiscalização comprove, de forma inequívoca, que o contribuinte agiu dolosamente na execução do ato fraudulento, não bastando meros indícios de sua conduta ilícita.

Ora, se o Fisco presumiu a existência da omissão de receitas é porque não tinha prova de sua real existência, vez que o significado da palavra presumir é justamente “Entender, baseando-se em certas probabilidades” (Dicionário Aurélio).

Além disso, a própria inversão do ônus da prova resulta da impossibilidade do fisco de comprovar a real existência da receita e, portanto, da fraude, pois se isso fosse possível, por lógica, não haveria a necessidade da inversão.

Por outro lado, também não se pode alegar que o fato de o contribuinte não ter feito prova da inexistência do ato fraudulento implica em prova positiva.

Entendo que uma coisa é oposta a outra, ou tem-se prova da omissão de receita e então a fraude também está provada, ou tem-se indício da omissão com a conseqüente inversão do ônus da prova e, ante a ausência de prova do contribuinte, não se tem prova da omissão e então a fraude também não está provada.

 11

Outrossim, diferentemente da omissão de receita, a legislação não autoriza a presunção de fraude, que deve ser provada e não presumida.

Desta forma, diante da presunção da omissão de receitas, não há como se comprovar no presente caso o evidente intuito de fraude exigido para a qualificação da multa de ofício, razão pela qual deve ser afastada a multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento), aplicada sobre a omissão de depósitos da empresa, nos termos do artigo 44, inciso I da Lei nº 9430/96.

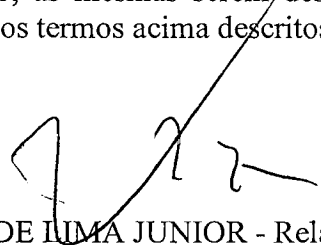
Descabida também a insurgência da taxa Selic. nos termos da Súmula 1º do CC nº 4:

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.

Finalmente, nos termos da Súmula nº 2 deste Conselho, não há que se analisar qualquer inconstitucionalidade das leis que fundamentaram a presente autuação.

Isto posto, dou provimento em parte para afastar as multas qualificadas de 150% aplicadas sobre receita declarada e não paga, bem como, aquela decorrente da não comprovação de depósito, devendo, as mesmas serem desqualificadas para 75%. No mais, ratifico os lançamentos efetuados, nos termos acima descritos.

É como voto.


JOÃO CARLOS DE LIMA JUNIOR - Relator

