



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

Processo nº 15889.000523/2008-41
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1103-00.556 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de outubro de 2011
Matéria SIMPLES
Recorrente ANDRÉ LUIZ VACCARO - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2005

EXCLUSÃO DO SISTEMA. TRANSPOSIÇÃO DO LIMITE DE RECEITA BRUTA ANUAL. MARCO TEMPORAL DOS EFEITOS.

É vedada a permanência no regime do SIMPLES à pessoa jurídica que, na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, ultrapassou os limites de receita bruta no ano-calendário. Os efeitos da exclusão do regime simplificado, quando ultrapassado o limite da receita bruta anual, operam-se a partir do ano-calendário subsequente àquele em que se deu a causa. Verificada a omissão de receita aplicam-se os percentuais legalmente previstos sobre os valores mensais auferidos para a determinação dos impostos e contribuições devidos

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITA OU RENDIMENTOS.

Caracteriza omissão de receita ou de rendimentos 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 intimada, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em DAR provimento PARCIAL ao recurso, para excluir da base de cálculo a parcela de R\$ 10.000,00.

documento assinado digitalmente

ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA - Presidente.

documento assinado digitalmente

JOSÉ SÉRGIO GOMES - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Aloysio José Percínio da Silva, Hugo Correia Sotero, José Sérgio Gomes, Cristiane Silva Costa, Mário Sérgio Fernandes Barroso e Marcos Shigueo Takata.

Relatório

Em foco recurso voluntário visando à reforma da decisão da 5ª Turma de Julgamento da DRJ em Ribeirão Preto-SP que julgou parcialmente procedentes os lançamentos efetuados em 18/11/2008 pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Baurú-SP com vistas a exigência de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e Contribuição Social Previdenciária (CSP), respeitado o regime de tributação pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), acrescidos de multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento) e juros moratórios calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC).

A ação fiscal consistiu na tributação, a título de omissão de receitas, no ano-calendário de 2005, dos valores depositados em contas-correntes bancárias cuja origem não logrou ser justificada pela contribuinte, bem como, no lançamento das quantias correspondentes à insuficiência dos próprios valores dos tributos confessados e/ou recolhidos em face da mudança da alíquota aplicável, a qual decorre da transposição da faixa de receita bruta em razão do novo montante das receitas tributáveis (declaradas somadas às omitidas).

Impugnando os lançamentos a contribuinte alegou que seriam ilegítimos os lançamentos lastreados apenas em extratos bancários sem que se prove sinais exteriores de riqueza, bem como, identificou vários créditos que seriam provenientes de transferências de mesma titularidade, empréstimos e estornos, de forma que deveriam ser expurgados e mostra a precariedade do lançamento.

Asseverou que a origem dos recursos depositados encontra justificativa no fato de ter atuado como representante comercial em algumas transações, recebendo suas contas bancárias o produto da venda intermediada, logo depois de repassado aos vendedores com retenção de comissões.

Invocou que a exigência pelo SIMPLES lhe é mais onerosa do que o lucro presumido e até mesmo pelo lucro arbitrado, cabendo sua exclusão do regime em razão de ter exercido atividade expressamente vedada, sem contar que admitidas as acusações fiscais igualmente caberia exclusão do Simples Federal, situação que configura incoerência.

Ainda, que o valor cobrado a título de contribuição ao INSS é extremamente desproporcional à folha de salário, reforçando a tese de que a exigência pelo SIMPLES deve ser afastada.

Ao final, pugnou pelo incabimento da multa de 75% (setenta e cinco por cento) por ser confiscatória, desproporcional e irrazoável.

Aquele Colegiado (5ª Turma de Julgamento) admitiu a impugnação e entendeu procedentes em parte os lançamentos, assim ementando o Acórdão nº 14-27.036, tomado por unanimidade de votos:

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

Ano-calendário: 2005

DEPÓSITO BANCÁRIO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM.

Por presunção legal contida na Lei 9.430, de 27/12/1996, art. 42, os depósitos efetuados em conta bancária, cuja origem dos recursos depositados não tenha sido comprovada pelo contribuinte mediante apresentação de documentação hábil e idônea, caracterizam omissão de receita.

OMISSÃO DE RECEITAS. REGIME DE TRIBUTAÇÃO.

Apurada omissão de receita e estando a empresa submetida às regras de tributação do SIMPLES, já que dele não houve a exclusão para o período fiscalizado, os lançamentos devem ser realizados de acordo com as regras do SIMPLES no período de apuração a que corresponder a omissão.”

O acórdão recorrido consignou que a contribuinte não logrou comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em suas contas de depósitos ou investimentos, daí aplicável a presunção de omissão de receita a que alude o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, bem assim, que a tributação pelo regime do SIMPLES operou-se em razão do artigo 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, segundo o qual a determinação do valor do imposto rege-se pelo regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão. Também, que o artigo 18 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, estende à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receitas existentes na legislação de regência.

Contudo, excluiu da tributação os valores dos depósitos de R\$ 916,24, R\$ 605,00 e R\$ 59.880,00 ao entendimento de se referirem a transferências entre contas e empréstimo bancário. Quanto aos demais depósitos indicados na impugnação analisou-os individualmente e concluiu falecer razão à defesa.

Especificamente em relação à multa de 75% (setenta e cinco por cento) registrou que apesar de não competir à autoridade administrativa pronunciar-se sobre a constitucionalidade de dispositivos legais tem-se que o princípio do não-confisco aplica-se somente aos tributos e contribuições.

Ciente do decisório em 28 de janeiro de 2010 a contribuinte apresentou em 26 do mês seguinte o recurso de fls. 428/454 no qual assevera que a autoridade julgadora não

se manifestou sobre a questão de que é um representante comercial, tornando a matéria incontroversa. Também que o artigo 18 da Lei nº 9.317/96, utilizado na fundamentação do próprio voto condutor do acórdão recorrido, estatui que a aplicação das presunções legais de omissão de receita às microempresas e empresas de pequeno porte exige que a apuração se faça com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas, aí não se incluindo extratos bancários.

Reprisa suas razões de impugnação e reforça os argumentos de que alguns depósitos encontram-se com a origem dos recursos provada, listando-os. Ao final, qualifica de falaciosos os fundamentos da decisão recorrida quanto ao cabimento da multa de 75% (setenta e cinco por cento) e pede o provimento do recurso, seguindo-se o cancelamento dos autos de infração.

É o relatório, em apertada síntese.

Voto

Conselheiro José Sérgio Gomes, Relator

Observo a legitimidade processual e o aviamento do recurso no trintídio legal. Assim sendo, dele tomo conhecimento.

Incabível prosperar a tese de que o acórdão recorrido materializa como matéria incontroversa a questão do exercício de atividade de representante comercial, pois que o preceito é aplicável às partes em litígio e não à jurisdição, ainda que administrativa, (CF, art. 5º, LV), portanto, sanável o vício, quando efetivo, pelos remédios aclaratórios colocados à disposição do administrado ou pelas próprias instâncias revisoras. Ademais, de bem ver que a decisão de primeiro grau não se esquivou de enfrentar a questão, a ver à fl. 417:

“No caso concreto, apesar de todo o tempo de que dispôs a contribuinte para apresentar suas informações e seus documentos, não houve, em nenhum momento, informação de que os valores depositados nas contas correntes bancárias, sem escrituração na sua contabilidade, pudessem provir de outra origem que não receitas omitidas, o que respalda o procedimento fiscal, pois configurado está a materialização da hipótese legal.”

Com o recurso voluntário, neste particular, igualmente permanece a Recorrente inerte na comprovação do alegado, ou seja, o exercício da atividade de representação comercial, a indiciar ou indicar que os recursos depositados em suas contas bancárias pertenceriam a terceiros e como tais excluídos da suspeita fiscal, continua sob regência única da simples afirmativa. Não há notas de vendas ou de comercialização, recibos, contratos, transferências, correspondências ou peças que o valham mostrando que a contribuinte exerceu, de fato ou de direito, operações que justificassem o trânsito de recursos financeiros de outrem nas suas contas-correntes.

Quanto ao mérito propriamente dito, importa à questão o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que trata de presunção relativa quando a pessoa jurídica não logra comprovar a origem dos recursos utilizados nas operações de depósitos ou de investimentos em conta mantida junto a instituição financeira.

Assim dispõe o citado dispositivo legal:

“Art. 42 – Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.”

Art. 88. Revogam-se :

(...)

XVIII – o §5.º do art. 6.º da Lei n.º 8.021, de 12 de abril de 1990”

Assim, o Fisco, ante a vinculação legal decorrente do princípio da legalidade que rege a Administração Pública, precisa apenas demonstrar a existência de depósitos bancários não escriturados ou de origem não comprovada para satisfazer o *onus probandi* a seu cargo.

Antes tal previsão não existia e com isso precisava, nos estritos termos do parágrafo 5.º e do *caput* do artigo 6.º da Lei n.º 8.021 de 1990, não apenas constatar a existência dos depósitos, mas estabelecer uma conexão, um nexo causal, entre estes depósitos e alguma exteriorização de riqueza e/ou operação concreta do sujeito passivo que pudesse ter dado ensejo à omissão de receitas. Neste sentido, aliás, a tese da defesa e os precedentes do então Conselho de Contribuintes colacionados pela Recorrente.

Como visto, atualmente a regra é bem outra, é dizer, não se tributa o depósito bancário nem tampouco se interpreta que ele seja o fato gerador dos tributos. O que se está tributando é uma importância financeira de propriedade da Recorrente que, pelo fato de não estar escriturada, declarada ou justificada, deve ser considerada receita omitida, segundo a legislação acima reproduzida, que presume que este montante na verdade se origina de receita tributável auferida e não declarada.

O contribuinte, de sua parte, afasta a presunção *iuris tantum* produzindo a prova em contrário, no caso apresentando os documentos que comprovem a origem dos valores depositados em sua conta bancária. Não o fazendo, como ao longo da pesquisa fiscal efetivamente não o fez, nem tampouco os remédios recursais aviados (impugnação e recurso voluntário) se fizeram acompanhados desses comprovantes, lícito concluir que se tratam de receitas tributáveis não incorporadas àquelas registradas na escrituração.

Verificada a omissão de receita cumpre à autoridade tributária determinar o valor dos tributos de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão (artigo 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995). Em sendo empresa inscrita no SIMPLES, e não havendo sua exclusão do referido sistema no ano fiscalizado (2005), os valores devidos mensalmente pela empresa

autuada devem ser determinados mediante a aplicação, sobre a receita bruta mensal auferida, dos percentuais definidos na lei do regime simplificado.

O invocado desenquadramento da empresa do regime do SIMPLES em face do ultrapasse do limite anual de receita só se opera ou surte efeitos a partir do ano-seguinte em que verificada dita situação excludente, consoante estatui o artigo 15, inciso IV, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996. Noutro giro, o desenquadramento por atividade vedada como, por exemplo, a de representante comercial, surte efeitos a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação, consoante este mesmo artigo 15, inciso II, que não se aplica ao presente caso pelas razões deduzidas no início deste voto.

No que toca ao argumento de insustentabilidade dos lançamentos porque os extratos bancários seriam elementos estranhos aos livros e documentos de que fala o artigo 18 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, mais uma vez sem qualquer razão a Recorrente.

Com efeito, a presunção legal de omissão de receita estatuída no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, endereça-se ao titular da conta de depósitos ou de investimentos, seja pessoa física ou jurídica e independe, consoante se extrai da clareza desse comando legal, da capacidade jurídica do titular ou, no caso de pessoa jurídica, do regime de tributação em que esta se encontra sujeita por imposição legal ou opção.

Portanto, a norma posterior ampliou a abrangência da questão.

Além disso, referidas normas não são conflitantes.

No caso específico foi apurada a existência de depósitos bancários não levados a registro no livro “Caixa”, cuja escrituração é obrigatória pelos optantes do regime de tributação do SIMPLES, ou no facultativo livro “Razão”. Igualmente, não foram apresentados documentos que pudessem justificar a movimentação financeira detectada.

Portanto, justamente esta incompatibilidade entre a falsa realidade externada pelos livros e documentos ou até mesmo a negativa decorrente da inexistência destes elementos e aquela outra mostrada pela movimentação financeira é que faz da escrita o elemento requisitado no artigo 18 da lei do regime simplificado.

No que toca aos depósitos em que a Recorrente pugnou pela justificativa de origem, entendo que lhe assiste razão quanto ao suprimento de R\$ 10.000,00 havido em 26/07/2005 sob o título de *encargos limite crédito*, eis que este enunciado aproxima-se mais de uma operação de crédito junto ao agente bancário do que propriamente de um suprimento efetuado pelo correntista. Quanto aos demais ingressos listados pela defesa (cinco de R\$ 300,00 em 13/01/2005; R\$ 21.000,00 em 21/01/2005; R\$ 4.000,00 e R\$ 3.300,00 em 30/09/2005) entendo que os argumentos trazidos não possibilitam reconhecer que se tratam de simples transferências entre contas.

Finalmente, no que diz respeito à multa aplicada observa-se que dito acréscimo incide sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição, bem como, que seus respectivos percentuais não são arbitrados pela autoridade administrativa, sendo que a apreciação de arguições de inconstitucionalidade/ilegalidade da legislação tributária foge à alçada delas por não disporem de competência para examinar a legitimidade de normas inseridas no ordenamento jurídico nacional.

Cediço que todas as leis vêm ao mundo jurídico gozando de presunção de constitucionalidade, cabendo à autoridade administrativa tão-somente velar pelo seu fiel cumprimento. Embora exista a possibilidade de afrontarem a Constituição instituiu-se, por esta razão, os controles de constitucionalidade dos atos legais (difuso e concentrado), mas são eles da exclusiva alçada do Poder Judiciário, consoante artigo 102 da Constituição.

Contudo, diante do disposto no parágrafo único do artigo 4º do Decreto nº 2.346, de 10/10/1997, o qual estabelece que “... *devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação de lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal*”, resta salientar que inexistiu até a presente data decisão proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade do artigo 44, inciso I e § 1º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que rege a incidência de multas de ofício e sua graduação.

Registro, ainda, que a Súmula nºs 2 deste Conselho assim se expressa:

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

Com tais razões, VOTO pelo parcial provimento do recurso para excluir da base que serve ao cálculo dos tributos a quantia de R\$ 10.000,00.

documento assinado digitalmente

José Sérgio Gomes