



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

Processo nº 16175.000085/2006-68
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 1401-001.132 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de março de 2014
Matéria IRPJ/Reflexos
Recorrente Churrascaria Alpha Grill Ltda
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE

Tendo o auto de infração preenchido os requisitos legais e o processo administrativo proporcionado plenas condições à interessada de contestar o lançamento, descabe a alegação de nulidade

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS E VALORES CREDITADOS EM CONTA BANCÁRIA. ORIGEM NÃO COMPROVADA. ÔNUS DA PROVA.

A Lei nº 9.430/96, em seu art. 42, estabeleceu a presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta corrente ou de investimento.

MULTA DE 150%. DOLO. SONEGAÇÃO.

Cabível a aplicação de multa de 150% quando restar caracterizada a omissão sistemática e intencional de informações relevantes à administração tributária.

MULTA DE OFÍCIO.

O lançamento decorrente de procedimento fiscal implica a exigência de multa de ofício, cujo percentual é fixado em lei.

JUROS SELIC. LEGALIDADE. SÚMULA CARF.

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. (Sumula nº 4 do CARF).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, EM REJEITAR a preliminar de nulidade e, no mérito, pelo voto de qualidade, EM NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Vencidos os Conselheiros Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Maurício Pereira Faro e Sérgio Luiz Bezerra Presta.

(assinado digitalmente)

Jorge Celso Freire da Silva – Presidente

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Bezerra Neto, Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Maurício Pereira Faro, Sérgio Luiz Bezerra Presta e Jorge Celso Freire da Silva.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Campinas-SP.

Adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância, compondo em parte este relatório:

Trata-se de autos de infração à legislação do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte - SIMPLES, lavrados em 14/02/2006 contra a contribuinte em epígrafe, por irregularidades na apuração no ano-calendário de 2003 do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ-Simples), fls.496/498; da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS-Simples), fls. 502/504; da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL-Simples), fls. 508/510; da Contribuição Para Financiamento da Seguridade Social (COFINS-Simples), fls. 514/516 e da Contribuição para a Seguridade Social (INSS-Simples), fls. 520/522, formalizando o crédito tributário no montante total de R\$ 1.953.129,98, incluídos o principal, a multa de ofício qualificada em 150% e os juros de mora devidos até a data da lavratura, conforme "Termo de Verificação e Constatação Fiscal", fls. 480/484.

O "TERMO DE VERIFICAÇÃO E CONSTATAÇÃO FISCAL" registra o início do procedimento em 17/11/2004, com ciência do "Termo de Início de Fiscalização" de fls. 06/07, intimando a contribuinte a apresentar: os atos constitutivos da sociedade e alterações; livros fiscais referentes à escrituração no ano de 2003; comprovantes de repasses das administradoras de cartões de crédito no período; comprovação por meio de DIRF e DARF de recolhimento de IRRF referente a valor pago no processo judicial 002.0622/2000 da 2ª Vara de Barueri/SP; com a ressalva de que outros documentos poderiam ser solicitados no decorrer da ação fiscal.

Apresentada parte dos documentos em 22/12/2004 - Termo de Recebimento à fl. 17, a contribuinte foi novamente intimada a complementar a documentação, em diversas oportunidades. Adiante são registradas, por oportunas, as providências adotadas pelo auditor fiscal referentes às ultimações feitas à contribuinte, bem como os termos de recebimento e de devolução de documentos e consultas aos sistemas informatizados da Receita Federal, em ordem cronológica:

- 22/12/2004 (Intimação - fls. 18/19): os comprovantes de repasses recebidos no ano de 2003 das Administradoras de cartões de créditos;
- 27/01/2005 (Intimação - fls. 20/21): a relação das empresas administradoras de cartões de créditos com quem opera e cópia de seus respectivos contratos;
- 10/02/2005 (Intimação - fl. 22): cópia dos extratos bancários, exercício 2003, relativos a todas as contas correntes de titularidade da Churrascaria Alpha Grill Ltda;
- Em 25/02/2005 (Termo de Recebimento de Documentos - fl. 23): extratos bancários dos Bancos BRADESCO (agência 2103-2: contas 27.170-5 e

27.171-3, agência 1382-0: conta 62.360-1); BCN (agência 170: conta 621.169); SUDAMERIS (conta 11898.3000.8) e SAFRA (agência 02000: conta 020.766-1). Os extratos apresentados continham lacunas no período solicitado, sendo a contribuinte intimada a complementá-los;

07/03/2005 (Intimação - fls. 24/25): extrato das movimentações da conta bancária nº 11898.300.8 do Banco SUDAMERIS, período de 01 a 31/10/2003;

14/03/2005 (Intimação - fls. 26/27): extrato das movimentações da conta bancária do Banco ITAÚ, havidas nos meses de outubro a dezembro de ano-calendário de 2003;

15/03/2005 - Informações DECRED - processamento das Declarações de Operação com Cartões de Créditos, apontando no ano de 2003 o montante de R\$ 1.744.840,10 de valores recebidos pela fiscalizada de todas administradoras de cartões de crédito e movimentação financeira com base na CPMF no total de R\$ 6.712.862,36 (saídas de recursos);

21/03/2005 (Intimação - fls. 29/30): extrato das movimentações da conta bancária nº 27.170-5 do Banco BRADESCO, período de 02 de janeiro, 24 a 30 de janeiro e 19 a 21 de fevereiro/2003;

28/03/2005 (Intimação - fls. 31/32): extrato das movimentações da conta bancária nº 63.360-1 do Banco BRADESCO, período de 28 a 30 de janeiro, 16 a 18 de dezembro, 24 a 26 de dezembro e 30 a 31 de dezembro/2003;

Em 04/04/2005 (Termo de Devolução de Documentos - fl. 33): extratos bancários dos Bancos BRADESCO (agência 2103-2: contas 27.170-5 e 27.171-3, agência 1382-0: conta 62.360-1); BCN (agência 170: conta 621.169); SUDAMERIS (conta 11898.3000.8) e SAFRA (agência 02000 - conta 020.766-1), com a seguinte ressalva: ocorre que referidos extratos encontram-se incompletos, não sendo satisfatórios para essa fiscalização;

15/04/2005 (Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira - RMF - fls. 34/37): ao SUDAMERIS BRASIL, SAFRA, BCN, BRADESCO. Extratos juntados às fls. 38/222;

24/06/2005 (Intimação - fls. 223/224): solicita à contribuinte que justifique os depósitos especificados da relação anexa (fls. 225/336 - contendo data, lançamento e valor por conta corrente), efetuados em 2003 nas contas bancárias (Bancos BRADESCO, SUDAMERIS e SAFRA), procedendo, ainda, ao confronto com os respectivos lançamentos contábeis, alertando que os depósitos não justificados, descontados os valores já declarados, ocasionarão lançamento de ofício como receitas omitidas. Foram devolvidos os extratos bancários e de operações com cartão de crédito, solicitados anteriormente;

• 18/07/2005 (Reintimação - fls. 337/338): justificar os depósitos cuja relação compõe o anexo que integra o Termo de Intimação lavrado e entregue anteriormente, e confrontados com os respectivos lançamentos contábeis efetuadas em 2003;

- 06/09/2005 (Intimação - fl. 340): tendo em vista que os valores diariamente contabilizados no Livro Caixa no ano de 2003 não correspondem aos valores dos extratos bancários fornecidos à fiscalização, a contribuinte foi intimada a justificar as divergências na relação anexa ao Termo (fl. 341 - totalizando depósitos no ano de 2003 de R\$ 7.949.731,50), relativas às contas bancárias de nº 27170-5, 27171-3 e

62360-1 do Banco BRADESCO, à conta nº 11898.3000.8 do Banco SUDAMERIS e à conta nº 20766-1 do Banco Safra.

Convém ainda reproduzir as conclusões consignadas às fls. 481/484 no Termo de Verificação e Constatação Fiscal [destaques acrescidos]:

11. Em virtude das receitas escrituradas no Livro Caixa estarem muito aquém dos créditos apurados nos extratos bancários, os quais não foram justificados pela fiscalizada, embora intimada e re-intimada a fazê-lo, o contribuinte, em 06/09/2005 foi intimado a justificar as divergências encontradas no Livro Caixa e os valores que ingressaram em suas Contas Correntes Bancárias. Porém, semelhantemente às outras intimações efetuadas no decorrer dessa fiscalização não obtivemos resposta por parte da fiscalizada,

12. Assim, a totalidade dos valores que ingressaram nas contas correntes (entrada de recursos), ou seja, R\$ 7.949.731,50 foram confrontados com os valores declarados na DIPJ/2004 (R\$ 1.199.500,00) e o resultado será utilizado para lançamento através de Auto de Infração, caracterizado como receitas omitidas.

13. O Auto de Infração dar-se-á com base nos valores expressos no quadro abaixo:

2003 Mds	BANCO BRADESCO	Contas ns	BANCO	Sudamerls
BANCO SAFRA	TOTAL Depósitos	Valor	DIPJ/2004	Receita
OMITIDA				
27.710-5	27.171-3	62.360-1		
Jan 376.922,63	0,00	93.611,71	23.037,64	159.063,09
652.635,07	100.460,88	552.174,19		
Fev 389.172,77	0,00	103.763,56	17.592,11	56.584,14
567.112,58	73.895,60	493.216,98		
Mar 414.139,39	26.235,43	108.411,04	18.748,50	
65.959,98	633.494,34	90.251,86	543.242,48	
Abr 424.533,36	140.243,74	124.610,71	18.852,25	
66.900,45	775.140,51	99.175,94	675.964,57	
Mal 459.805,82	119.658,29	120.581,19	20.948,24	
66.921,92	787.915,46	119.821,23	668.094,23	
Jun 407.780,43	128.020,44	98.455,16	13.288,04	
74.844,74	722.388,81	94.611,45	627.777,36	
Jul 470.441,06	123.856,63	111.820,12	13.394,98	
68.816,13	788.328,92	74.410,20	713.918,72	
Ago 279.591,57	133.514,49	106.505,33	10.638,54	
71.598,11	601.848,04	142.398,28	459.449,76	
Set 381.950,10	135.429,33	127.697,29	37.301,38	
75.536,05	757.914,15	152.087,41	605.826,74	

Out	228.505,26	140.065,41	124.881,49	0,00	19.577,18
	513.029,34	137.918,96	375.110,38		
Nov	237.338,20	102.608,67	129.983,00	12.555,20	0,00
	482.485,07	60.242,02	422.243,05		
Dez	312.860,76	162.624,11	164.303,38	27.650,46	0,00
	667.438,71	54.226,17	613.212,54		
Total	4.383.041,35	1.212.256,54	1.414.623,98	214.007,34	
	725.801,79	7.949.731,00	1.199.500,00	6.750.231,00	

14. Importante ressaltar que a fiscalizada deixou de apresentar respostas às sucessivas intimações que se fizeram no decorrer dessa fiscalização, -salvo o atendimento parcial do termo de início de intimação datado de 17-11-2004, quando apresentou os atos constitutivos da sociedade, os Livros Fiscais, e a cópia do DARF de recolhimento relativo ao IRRF do Sr. Volmir da Silva, juntamente com procuração para o Sr. Mário Olivastro.

15. Da omissão de receitas:

Art. II da Lei nº 9.317/96 - "Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de aceitação existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições de que trata esta Lei, desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas".

IN SRF nº 355/2003 - "Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições de que trata a Lei nº 9.317, de 1996 (saldo credor de caixa, omissão de pagamentos, passivo fictício e movimentação bancária não comprovada), desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas, ainda que fundamentadas em elementos comprobatórios obtidos junto a terceiros", (grifo nosso)

Art. 42 da Lei nº 9.430/96 - Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§2º Os valores cuja origem houver sido comprovado, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

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

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

II - no caso de pessoa física (...) (§§4º a 6º)

16. Nota-se que a contribuinte somente declarou na DIP/J/2004 o valor de R\$ 1.199.500,00, a título de receita bruta acumulada, inferior ao registrado em seus livros Caixa, Registro de Saídas e ICMS que montou em R\$ 1.307.733,10. Considerando-se este fato isoladamente já estaria fora do sistema do SIMPLES, uma vez que a manutenção no sistema está condicionada a um faturamento anual não superior a R\$ 1.200.000,00, conforme dispõe o artigo 9º da Lei nº 9.317/96 e alterações posteriores,

porém a realidade dos fatos aponta para uma omissão de receita ainda maior, ou seja, no montante de R\$ 6.750.231,50, oriundos de recursos ingressados nas respectivas instituições financeiras e não oferecidos à tributação, conforme demonstrado acima, impondo-se ao contribuinte a infração prevista pela falta de escrituração dos depósitos bancários. Tal fato denota a clara intenção do agente em esconder o real faturamento do Fisco, com o intuito de se favorecer das benesses contidas na Lei que regula o sistema do SIMPLES. Diante de tal situação não restou a esta fiscalização alternativa senão agravar a multa, conforme previsto no inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, cujo texto transcrevemos a seguir:

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, 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.

Saliente-se que este Termo de Verificação e Constatação é parte integrante e indissociável do respectivo Auto de Infração.

Na DESCRIÇÃO DOS FATOS E ENQUADRAMENTO LEGAL do Auto de Infração do IRPJ - SIMPLES, fls. 496/498, o autuante atribui à pessoa jurídica a prática da seguinte irregularidade:

01 - OMISSÃO DE RECEITAS.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS.

Valor apurado conforme consta do Termo de Verificação e Constatação Fiscal.

Fato Gerador	Valor Tributável ou Imposto	Multa (%)
31/01/2003	R\$552.174,19	150,00
28/02/2003	R\$19.747,65	150,00
28/02/2003	R\$473.469,33	150,00
31/03/2003	R\$543.242,48	150,00

30/04/2003	R\$ 675.965,07	150,00
31/05/2003	R\$ 668.094,23	150,00
30/06/2003	R\$627.777,36	150,00
31/07/2003	R\$713.918,72	150,00
31/08/2003	R\$459.449,76	150,00
30/09/2003	R\$605.826,74	150,00
31/10/2003	R\$375.110,38	150,00
30/11/2003	R\$422.243,05	150,00
31/12/2003	R\$ 613.212,54	150,00

Enquadramento Legal: Art. 24 da Lei nº 9.249/95; arts. 2º, §2º, 3º, §1º, alínea "a", 5º, 7º, §1º, 18 da Lei nº 9.317/96; art. 42 da Lei nº 9.430/96; art. 3º da Lei nº 9.732/98; Arts. 186, 188 e 189 do do RIR/99

O Termo de Encerramento de fls. 523/524 registra que na presente ação fiscal foi apurado o Crédito Tributário abaixo descrito:

CRÉDITO TRIBUTÁRIO APURADO

Imposto de Renda Pessoa Jurídica - Simples	R\$ 149.633,46
Programa de Integração Social - Simples	R\$ 149.633,46
Contribuição Social Social s/Lucro Líquido - Simples	R\$ 230.205,29
Contribuição p/ Financ. S. Social - Simples	R\$ 460.410,71
Contribuição p/ Seguridade Social - Simples	R\$ 963.247,06

Cientificada das exigências em 16/02/2006, a contribuinte, na pessoa de seu procurador legalmente habilitado, conforme instrumento de procuração de fl. 558, apresentou em 15/03/2006 a impugnação às fls. 528/557, alegando as razões de fato e de direito adiante sintetizadas.

Preliminarmente contesta o entendimento do auditor fiscal de ser hipótese de tributação com base no lucro arbitrado sob a afirmação de que o contribuinte fiscalizado não mantinha a escrituração fiscal de forma "regular". Argúi: esta forma de tributação, notoriamente gravosa deve ser repudiada, pois evidencia aplicação de penalidade baseada em valores levantados por AMOSTRAGEM, o que evidencia "presunção", que não pode embasar a autuação fiscal (...). A obrigação tributária nasce na ocorrência do "fato impositivo", perfeitamente caracterizado, e não de SIMPLES SUSPEITA, SUPOSIÇÃO OU DÚVIDA [destaques do original]. Transcreve jurisprudência do Conselho de Contribuintes, acrescentando:

(...) é ressalvado ao contribuinte, na hipótese de ele ter seu lucro arbitrado, o direito à tributação pelo lucro real, se ele dispuser de escrituração que demonstre, efetivamente, o lucro obtido no período.

Pelo constante no auto é possível inferir que a autuada apresentou todos os documentos exigidos pela fiscalização, entre extratos, livros, etc...

Por esses documentos foi possível também justificar todos os valores constantes das indigitadas contas-correntes, sua origem, sua identificação.

Finalmente, por suposta irregularidade na apresentação da declaração do imposto de renda a empresa seria, quando muito, penalizada por infração quanto ao descumprimento de obrigações acessórias, isto desde que ela não sanasse tal erro no prazo assinalado pela fiscalização.

(...) Destarte, infere-se que a autuação fiscal laborou em erro ao tributar a contribuinte com base no lucro arbitrado, sendo premente a anulação do auto de infração.

A impugnante acentua que segundo o Termo de Verificação Fiscal a presente autuação teria se iniciado por obtenção pelo Fisco de informações bancárias da movimentação financeira do contribuinte, utilizadas para fins de apuração do recolhimento da CPMF, enquanto a Lei nº 9.311/96 que disciplinou a referida contribuição houvesse proibido a utilização de dados obtidos para sua apuração para fiscalizar o recolhimento de outros tributos.

Alerta que o art. 195 do CTN dentre os documentos de exibição obrigatória ao Fisco não inclui a prestação de informações bancárias, mas somente aquelas contábeis/fiscais, vez que é fato incontroverso que tais dados constitui matéria protegida por sigilo.

A impugnante assevera que a Lei nº 10.174, de 2001, que alterou a redação da Lei nº 9.316/96 permitindo a utilização dos dados obtidos na apuração da CPMF para verificação de existência de demais tributos afronta diversos direitos constitucionalmente protegidos, sendo que o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal exige intervenção judicial para a quebra do sigilo, sem a qual os dados obtidos irregularmente não surtem efeitos no *une jurídico*.

Com referência à multa de ofício, contesta a aplicação do percentual de 112,50%, sob o entendimento de caracterizar penalidade excessivamente grave sem respaldo na situação fática, configurando confisco o excesso por falta de proporcionalidade ao caso. Discorre sobre a proibição contida no art. 150, inciso IV da Constituição, cita doutrinadores e conclui: exsurge que a penalidade, se ficar comprovado o cometimento da infração, deve equivaler, no máximo, dez por cento do valor devido a título de tributo, o que, tendo em vista os montantes envolvidos, constitui pena deveras onerosa.

Quanto à imposição de juros de mora, tece extenso arrazoado sobre a inconstitucionalidade da aplicação da taxa SELIC como fator de juros incidentes sobre tributos, tendo em vista que não nasceu de uma lei e sim de circulares do BACEN, sendo apenas referida nas Leis nº 8.981, 9.065 e 9.250, de 2005.

Esclarece a composição da taxa a SELIC no sentido de demonstrar que 'embute simultaneamente correção monetária, juros remuneratório e juros compensatórios, confrontando-se com a nova sistemática sobre mora do código civil em seu artigo 591 c/c art. 406, que somente pode ser composta com os juros previstos no artigo 161, §1º do CTN, isto é *lê*s, ou 12% ao ano. Cita jurisprudência do STJ e doutrinadores

A impugnante defende também o reconhecimento da ilegalidade em sede administrativa, sem que isto represente desrespeito à divisão de poderes entre o legislativo, o executivo e o judiciário. Afirmar que embora a administração pública frequentemente se recuse a adotar tal procedimento, sob a alegação de que seria competência do Poder Judiciário, é admissível a não aplicação pela autoridade administrativa de ato ou norma ilegal visto que sempre há a possibilidade de ajuizar-se ação para questionar decisão administrativa quanto a sua ilegalidade, conforme disposto no art. 56 da Lei nº 9.784/99.

Assim é concluída a impugnação: expostos os fatos, aguarda-se digna V. As. em repelir o auto de infração por todas as nulidades apontadas, especialmente no que tange ao caráter confiscatório da penalidade, bem da impossibilidade de aplicação da taxa SELIC.

Em 21/05/2008 foi apensado ao presente o processo nº 16175.000084/2006-13 relativo à Representação Fiscal para Fins Penais.

A DRJ Manteve os lançamentos, nos seguintes termos:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003

NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

Não procedem as arguições de nulidade quando não se vislumbra nos autos qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

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

Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

PRESUNÇÃO. OMISSÃO DE RECEITAS. SIMPLES. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições de que trata o regime simplificado, desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas.

A Lei nº 9.430, de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de receita 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.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

INCONSTITUCIONALIDADE. INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. COMPETÊNCIA.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de

inconstitucionalidade e ilegalidade, restringindo-se a instância administrativa ao exame da validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do fisco.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. #

EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. PERMANÊNCIA INDEVIDA NO SIMPLES.

A omissão reiterada de expressiva e vultosa quantia de rendimentos não oferecidos à tributação demonstra a intenção dolosa do agente, tipificando a infração tributária como sonegação fiscal.

Inaplicável a Súmula nº 14 do Primeiro Conselho de Contribuinte quando, além da omissão de receitas, a auditoria fiscal comprova o procedimento da contribuinte em intencionalmente limitar as receitas escrituradas, bem como o resultado declarado à RFB, ao montante anual acumulado necessário à permanência da empresa na sistemática do SIMPLES.

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs recurso voluntário de fls. 695/719 a este CARF .

O processo foi sobrestado, nos termos do § 2º do art. 2º da Portaria CARF nº 001, de 03 de janeiro de 2012, visto que no presente recurso se discutia questão idêntica àquela que está sendo apreciada pelo STF no RE 601.314-RG/SP (sob a sistemática do art. 543-B do CPC) e RE 410.054 – AgR/MG).

O processo retornou foi redistribuído à minha relatoria novamente, pois a Portaria MF nº 545, de 28 de novembro de 2013, revogou os §§ 1º e 2º do art. 62^A do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

Tendo em vista a edição desse ato normativo tornou-se obrigatória a inclusão em pauta para julgamento os processos referentes às matérias que estão em repercussão geral no Supremo, em conformidade com as normas do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

É o Relatório

Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade.

Nulidade – Quebra do Sigilo Bancário – extrato bancário

Pleiteia a nulidade do feito fiscal alegando que os meios utilizados para a apuração dos créditos tributários ferem o sigilo bancário do contribuinte, direito fundamental individual, haja vista a legislação inconstitucional utilizada para embasar a requisição de informação sobre movimentação financeira. No caso a Lei nº 10.174/2000, pelo que permaneceria válida a vedação contida no §3º art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, à utilização de tais dados para apuração de outros tributos que não a CPMF.

Recorde-se, por oportuno, que a hipótese de nulidade dos atos processuais, entre os quais se incluem os autos de infração, está prevista no Decreto 70.235/72, em seu artigo 59, inciso I, e refere-se ao caso em que a lavratura tenha sido feita por pessoa incompetente ou de decisão com cerceamento do direito de defesa, o que, evidentemente, não é o caso.

A autoridade administrativa cumpriu todos os preceitos da legislação em vigor, fazendo constar a perfeita descrição do fato e os dispositivos legais infringidos, obedecendo ao art. 10 do Decreto nº 70.235/72, como se verifica nos autos.

Nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, a Receita Federal está autorizada a requisitar informações às instituições financeiras acerca da movimentação bancária dos contribuintes, independentemente de consentimento judicial, desde que, como no caso em tela, haja procedimento fiscal em curso e os exames sejam considerados indispensáveis.

Nesse passo, aproveito a seguinte ementa, recolhida da jurisprudência do STJ, que reproduzo:

“TRIBUTÁRIO. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO INTERTEMPORAL. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. RETROATIVIDADE PERMITIDA PELO ART. 144, § 1º DO CTN. 1. O resguardo de informações bancárias era regido, ao tempo dos fatos que permeiam a presente demanda (ano de 1998), pela Lei 4.595/64, reguladora do Sistema Financeiro Nacional, e que foi recepcionada pelo art. 192 da Constituição Federal com força de lei complementar, ante a ausência de norma regulamentadora desse dispositivo, até o advento da Lei Complementar 105/2001. 2. O art. 38 da Lei 4.595/64, revogado pela Lei Complementar 105/2001, previa a

possibilidade de quebra do sigilo bancário apenas por decisão judicial. 3. Com o advento da Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF, as instituições financeiras responsáveis pela retenção da referida contribuição, ficaram obrigadas a prestar à Secretaria da Receita Federal informações a respeito da identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações bancárias, sendo vedado, a teor do que preceituava o § 3º da art. 11 da mencionada lei, a utilização dessas informações para a constituição de crédito referente a outros tributos. 4. A possibilidade de quebra do sigilo bancário também foi objeto de alteração legislativa, levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001, cujo art. 6º dispõe: "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 Jms – 21/12/05 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." 5. A teor do que dispõe o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao passo que as leis de natureza material só alcançam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência. 6. Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por envolver natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos. 7. A exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência. 8. Inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal. 9. Recurso Especial desprovido, para manter o acórdão recorrido." (Resp nº 685.708, DJ de 20.06.2005, Relator Ministro Luiz Fux).

É importante enfatizar que a Corte Superior, no julgamento acima destacado, considerou válida a aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e 1º da Lei nº 10.174/2001 inclusive a fatos ocorridos no pretérito, o que nem mesmo é o caso dos autos, pois estamos tratando de fatos geradores posteriores a 2001.

Ademais, alegações de inconstitucionalidade fogem à competência das instâncias administrativas, sendo matéria inclusive sumulada pelo CARF:

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

Outrossim, como se sabe, a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, que autoriza o fornecimento de informações financeiras ao Fisco sem autorização judicial, encontra-se ainda pendente de análise pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 601.314-RG/SP.

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade.

PRESUNÇÃO LEGAL - Depósitos Bancários Sem Comprovação da Origem dos Recursos

O art. 42, da Lei nº 9.430/1996 é cristalino ao determinar que a omissão de receitas pode ser caracterizada por meio de valores creditados em conta de depósito mantida junto à 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.

Ora, como se vê da descrição dos fatos, a empresa não apresentou documentação alguma que comprovasse a origem dos recursos daqueles diversos depósitos. A recorrente não logrou comprovar, através de documentação hábil e idônea, coincidentes em datas e valores, a origem dos recursos recebidos em conta bancária.

E não faltaram oportunidades para fazê-lo. Verifica-se que a Recorrente foi intimada e reintimada diversas vezes a apresentar os extratos bancários (10/02/2005, 07/03/2005, 14/03/2005, 21/03/2005, 28/03/2005), bem como a justificar a origem dos recursos utilizados nas operações de créditos bancários (22/06/2005, 18/07/2005 e 06/09/2005) individualmente relacionadas na lista elaborada às fls. 225/336 dos autos, anexa ao Termo de Intimação de 22/06/2005 (fls. 223/224).

Em sede impugnatória e recursal, a interessada ao invés de tentar provar os fatos alegados, quedou-se inerte.

Como já se disse o mandamento da Lei é bem claro:

LEI nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 - DOU de 30.12.96

“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.

Tratando-se de uma presunção legal de omissão de rendimentos, o ônus da prova fica invertido, a autoridade lançadora exime-se de provar no caso concreto a sua ocorrência, transferindo o ônus da prova à contribuinte. O contribuinte, por sua vez, não logrando êxito nessa tarefa que se lhe impunha, como ocorre no caso presente, tem-se a autorização para considerar ocorrido o fato gerador, ou seja, por presunção legal se toma como verdadeiro que os recursos depositados representam rendimentos do contribuinte. Por se tratar de uma presunção relativa *juris tantum*, somente a apresentação de provas hábeis e idôneas pode refutar a presunção legal regularmente estabelecida.

Como se vê, o simples fato da existência de depósitos bancários com origem não comprovada é, por si só, hipótese presuntiva de omissão de receitas, cabendo ao sujeito passivo a prova em contrário que, conforme dito, não as apresentou.

Ao fisco cabe provar o fato constitutivo do seu direito, no caso em questão, a existência de depósito bancário sem origem comprovada. À recorrente, comprovar a origem desses depósitos.

Por todo o exposto, mantenho o lançamento nesse aspecto.

Outrossim, não se venha alegar a ilegalidade de arbitramento, pois nem ao menos ocorreu essa hipótese. O contribuinte que está sob a sistemática do SIMPLES em ultrapassando os limites das receitas brutas aceitáveis para esse regime será excluído do mesmo no ano seguinte ao de sua ocorrência. Portanto, toda a tributação foi feita dentro da Sistemática do Simples o que de certa forma é a melhor hipótese para o contribuinte dado o fato de o regime ser favorecido com alíquotas o presumidas em valores baixos. Nesse sentido, também não tem razão de ser sua insatisfação por não ter se adotado o regime do Lucro Real.

Multa confiscatória

Sobre a arguição de ser confiscatória a multa aplicada, cumpre gizar que ao julgador administrativo, que se encontra totalmente vinculado aos ditames legais, mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN), não é dado apreciar questões – como a de que a multa fiscal seria confiscatória – que importem a negação de vigência e eficácia do preceito legal válido e vigente. Tal prática encontra óbice, inclusive na Súmulas nº 2 deste CARF:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (PORTARIA MF N.º 383 – DOU de 14/07/2010).

Multa Qualificada

Apesar de a Recorrente se insurgir contra a magnitude da multa de 112,5%, na verdade ela se insurge contra a multa qualificada de 150%, pois foi essa a multa aplicada.

De fato, houve ação dolosa tendente a impedir a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, o que configura fraude.

Mais especificamente, a clara intenção dolosa de esconder o seu faturamento real e com isso ainda se favorecer dos benefícios de permanecer na sistemática do SIMPLES ficou bastante caracterizado pelo TVF:

(...)Nota-se que a contribuinte somente declarou na DIPJ/2004 o valor de R\$ 1.199.500,00 a título de receita bruta acumulada, inferior ao registrado em seus livros Caixa, Registro de Saídas e ICMS que montou em R\$ 1.307.733,10. Considerando-se este fato isoladamente já estaria fora do sistema do SIMPLES, uma vez que a manutenção no sistema esta condicionada a um faturamento anual não superior a R\$ 1.200.000,00, conforme dispõe o artigo 9º da Lei nº 9.317/96 e alterações posteriores, porém a realidade dos fatos apontam para uma omissão de receita, ainda maior, ou seja, no montante de R\$ 6.750.231,50, oriundos de recursos ingressados nas respectivas instituições financeiras e não oferecidos tributação, conforme demonstrado acima, impondo-se ao contribuinte a infração prevista pela falta de escrituração dos depósitos bancários. Tal fato denota a clara intenção do

agente em esconder o real faturamento do Fisco, com o intuito de se favorecer das benesses contidas na Lei que regula o sistema do SIMPLES. Diante de tal situação não restou a esta fiscalização outra alternativa senão agravar a multa, conforme previsto no inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, cujo texto transcrevemos a seguir:

Assoma claro nos autos que a empresa, de forma intencional, buscou ocultar receitas com o fim de eximir-se do devido recolhimento dos tributos, o que caracteriza ação dolosa visando a impedir ou retardar o conhecimento da obrigação tributária por parte da Fazenda Pública, nos termos do art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, abaixo reproduzido:

“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.”

Portanto, em relação à multa qualificada de 150%, verifica-se que foi corretamente aplicada a multa de 150 %, nos termos do art. 44, II da Lei nº 9.430, de 1996,

Nesse contexto, como nos autos está devidamente evidenciado através do TVF que o contribuinte, ao longo do ano, ocultou do Fisco Federal o efetivo valor dos tributos e contribuições a recolher, declarando fração diminuta das receitas auferidas. Declarou na ordem de apenas 20% das receitas auferidas.

Dessa forma, a prática de omitir receitas ao longo de todo o ano de forma reiterada (elemento objetiva) denota concretamente o “evidente intuito de fraude”. Não se pode aqui imaginar que o agente que pratica “erros” de forma contínua por um longo tempo não possua a intenção de retardar/impedir ou afetar as características essenciais da ocorrência do fato gerador.

Mas, o caso que se cuida não trata tão-somente de “prática reiterada”, além disso houve o agravante, como ficou sobejamente demonstrado no mérito, que a autuada falseou informações acerca do real valor das receitas auferidas por ela no ano-calendário 2003, prestadas à RFB na declaração anual do SIMPLES, bem como na escrituração de seus livros, limitando ao montante definido em lei com a intenção de omitir da tributação todo o volume de receita que descaracterizasse sua inclusão na sistemática simplificada reservada às microempresas e empresas de pequeno porte, dentre as quais a pessoa jurídica fiscalizada comprovadamente não se enquadrava. Por outras palavras, conforme ficou caracterizado no TVF, AJUSTOU a declaração prestada à administração tributária de forma a garantir sua classificação como empresa de pequeno porte, impedindo assim ao Fisco a constatação de sua indevida opção à sistemática simplificada.

Legalidade dos Juros de Mora

Em relação aos juros de mora, determina a legislação que sobre os débitos pagos fora de prazo, independente de qualquer causa, incidirão eles 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 de pagamento. Não cabe, portanto, a este órgão do Poder Executivo deixar de aplicá-los, encontrando óbice, inclusive nas Súmula nº 4 do CARF, *in verbis*:

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.

INCONSTITUCIONALIDADE

Quanto às alegações de ofensa a princípios constitucionais, cabe esclarecer que a autoridade administrativa é vinculada a lei válida e vigente, não cabendo a este órgão do Poder Executivo deixar de aplicá-las, encontrando óbice, inclusive na Súmula nº 2 deste Conselho (atual Primeira Sessão do CARF):

Súmula 1ºCC nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (PORTARIA MF N.º 383 – DOU de 14/07/2010).

Lançamentos Reflexos

Por estarem sustentados na mesma matéria fática, os mesmos fundamentos devem nortear a manutenção das exigências lançadas por via reflexa,

Por todo o exposto, rejeito a preliminar de nulidade e, no mérito, NEGÓ PROVIMENTO parcial ao recurso .

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto