



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

Processo nº 18471.001988/2008-17
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-00.817 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de novembro de 2011
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO. SIMPLES FEDERAL
Recorrente AMERICAN EGGS DISTRIBUIDORA LTDA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2004

OMISSÃO DE RECEITAS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DE RECURSOS DEPOSITADOS EM CONTA BANCÁRIA. Presumem-se receitas omitidas os recursos creditados em conta bancária cujo titular não consiga comprovar, mediante documentação hábil e idônea (art. 42 da Lei nº 9.430/1996) sua origem.

INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. As arguições que, direta ou indiretamente, versem sobre matéria de inconstitucionalidade ou de ilegalidade da legislação tributária não se submetem à competência de julgamento da autoridade administrativa, sendo exclusiva do Poder Judiciário.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA MULTA DE 75% E JUROS DE MORA À TAXA SELIC. ARTIGO 44, INCISO II, E 61 DA LEI 9.430/1996. Comprovada a falta de declaração e recolhimento dos tributos, correto a exigência mediante auto de infração, aplicando-se a multa de ofício de 75%, incidindo, ainda, juros de mora à taxa Selic.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima - Presidente

(assinado digitalmente)

Antônio José Praga de Souza – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Albertina Silva Santos de Lima..

Relatório

AMERICAN EGGS DISTRIBUIDORA LTDA ME recorre a este Conselho contra a decisão de primeira instância administrativa, que julgou procedente em parte a exigência, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Transcrevo e adoto o relatório da decisão recorrida:

Tem origem o presente processo nos autos de infração de fls. 268/330, lavrados pela DFI Rio de Janeiro - RJ, contra American Eggs Distribuidora Ltda, relativos ao ano calendário 2004, para exigir, pela sistemática do Simples, o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ no valor de R\$ 225.835,56, a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL no valor de R\$ 347.439,30, a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins no valor de R\$ 694.878,62, a Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS no valor de R\$ 225.835,56 e a Contribuição para a Seguridade Social – INSS no valor de R\$ 1.493.989,04, todos acrescidos de multa proporcional de 75% e de juros de mora.

Conforme consta dos autos de infração e do Termo de Constatação Fiscal de fls. 266/267, foi verificada divergência entre a receita bruta declarada pelo autuado no ano calendário de 2004, que foi de R\$ 391.326,19, e o total de recursos depositados em suas quatro contas bancárias, que foi de R\$ 29.366.988,39. De posse dos extratos bancários, a fiscalização intimou o autuado a comprovar a origem dos valores creditados em suas contas correntes e, diante da falta de comprovação, considerou caracterizada a presunção legal de omissão de receitas prevista no art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Cientificado das autuações em 11.08.2008 (fl. 269), o autuado apresentou, em 10.09.2008, a impugnação de fls. 361/385, alegando, em síntese, que:

O auto de infração é nulo por quatro motivos:

Não é possível saber de onde advém o valor R\$ 1.522,39, que corresponde ao somatório das parcelas indicadas no 2º quadro do auto de infração, denominado “*insuficiência de recolhimento*”, e esse total está em notória contradição com o montante apontado no demonstrativo consolidado do crédito tributário, que é de R\$ 6.857.055,52. A contradição se acentua quando a fiscalização indica, ao final daquele quadro, que o enquadramento legal pertinente seria o art. 5º da Lei 9.317/96 e o art. 3º 9.317/98.

Além disso, o 3º e o 4º quadros do auto de infração indicam que o somatório da “*receita bruta mensal declarada*” foi de R\$ 418.444,47, enquanto que o Termo de Constatação afirma que a receita bruta declarada somou R\$ 391.326,19;

Segundo a fiscalização, dentre os depósitos bancários computados, R\$ 130.579,20 referem-se à conta do Banco BCN, mas não há qualquer documento nos autos que comprove tais depósitos;

A fiscalização não procedeu ao “*processo regular*”, de que trata o art. 148 do CTN, já que o montante do tributo teve por base o arbitramento da base de cálculo, falha que deixou o autuado sem direito ao contraditório; e

Não consta dos autos demonstração de que como a fiscalização chegou ao total do crédito tributário constituído, de R\$ 6.857.055,52, que permitisse ao autuado proceder à conferência.

Além disso, em relação à aplicação da taxa selic, a simples indicação, no auto de infração, do seu percentual cheio e do valor correspondente é insuficiente para o autuado realizar um exame profundo;

A fiscalização deveria abater o valor declarado e pago pelo autuado, conforme sua declaração do ano calendário 2004, já que na receita bruta total apontada no 7º quadro, de R\$ 29.366.988,61, já estaria incluída a receita declarada de R\$ 391.326,19;

Há excesso de valor nos juros de mora, pois a taxa selic foi calculada por multiplicação, mês a mês, gerando juros sobre juros, o que é vedado pela Súmula 121 do STF;

A improcedência da cobrança pode ser observada por um simples exame visual do confronto do total lançado, de R\$ 6.857.055,52, com a receita de R\$ 29.366.988,39, que mostra o comprometimento de 23,34% da receita, o que constitui ofensa ao princípio da capacidade contributiva; e

Como a receita anual detectada excedeu o limite permitido para a empresa de pequeno porte e para a sistemática do Simples, o auto de infração não podia ser apurado pelo Simples, mas sim por outra modalidade prevista em lei, por exemplo pelo lucro real, que seria menos oneroso em face das deduções de custo e despesas. A esse respeito, a fiscalização foi incongruente, pois afirmou no Termo de Constatação que o autuado seria excluído do Simples e a partir do exercício de 2005 deveria adotar outra modalidade de tributação (grifo do original);

A decisão recorrida está assim ementada:

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. Configuram receita omitida os valores creditados em contas bancárias cuja origem não foi comprovada pelo contribuinte, contudo, devem ser afastados da receita apurada os depósitos cujos extratos bancários não foram juntados aos autos pela fiscalização.

Impugnação procedente em parte.

Credito tributário Mantido em parte

No voto condutor do acórdão destacam-se os seguintes fundamentos?

(...) Começo mostrando por que o lançamento não deve ser anulado.

As parcelas relacionadas no 2º quadro do auto de infração (fls. 271/272), intitulado “*insuficiência de recolhimento*”, que totalizam R\$ 1.522,39,

correspondem à segunda infração – puro reflexo da primeira, que foi omissão de receita de depósitos bancários – e decorre da majoração dos percentuais de cálculo do Simples em virtude do aumento da receita acumulada. Os percentuais estão estabelecidos no artigo 5º da Lei 9.317/96, justamente o dispositivo cuja citação a defesa taxou de contraditória.

Tais parcelas foram calculadas no próprio auto de infração (fls. 275/280), abatendo-se os tributos declarados (fls. 06/17) dos tributos devidos sobre as receitas declaradas.

O valor de R\$ 6.857.055,52 (fl. 1) – outra contradição apontada na defesa – não devia mesmo coincidir com os R\$ 1.522,39, pois corresponde à soma de tributos, multas e juros, decorrentes das duas infrações.

Tem razão o autuado quando diz que sua receita anual declarada foi de R\$ 391.326,19 e não de R\$ 418.444,47, como indicado pela fiscalização no 3º quadro do auto de infração (fl. 273). A fiscalização considerou a receita declarada de dezembro como R\$ 27.118,28, mas o correto é zero (fl. 17), o que repercutiu no total anual. Tal equívoco, todavia, não afetou o cálculo dos tributos lançados, uma vez que foi correta a receita tributada de dezembro (R\$ 2.256.408,04 – fl. 266). Explico: a fiscalização majorou indevidamente a receita declarada mas reduziu, na mesma quantia, a receita omitida, mantendo-se constante a receita total, que coincide com a soma dos depósitos naquele mês.

Também está certo o autuado a respeito da ausência dos extratos bancários da conta do BCN nos autos. Entretanto, isso não acarreta a nulidade do lançamento, mas somente o expurgo da parcela da receita que ficou sem comprovação. Por isso, afasto da receita tributada o montante de R\$ 130.579,20, dos quais, R\$ 81.412,20 referem-se a janeiro/2004 e R\$ 49.167,00 a fevereiro/2004 (fl. 210).

Quanto ao processo regular, no presente caso não houve arbitramento na forma descrita no art. 148 do CTN, como entendeu o autuado, mas sim uma presunção de omissão de receita autorizada por lei, baseada num fato comprovado – recursos depositados em conta bancária, cujas operações de origem não foram comprovadas pelo beneficiário. Ademais, ainda que se entendesse de forma diversa, o processo regular está sendo respeitado e o direito ao contraditório foi exercido por meio da impugnação apresentada e ora apreciada.

Com relação à suposta falta de demonstração do total do crédito tributário constituído de R\$ 6.857.055,52, tal valor resulta da soma de IRPJ, PIS, CSLL, Cofins e INSS, bem como de seus acréscimos de multa proporcional e juros de mora (fl. 1), cada um deles calculado e indicado nos respectivos autos de infração (fls. 268, 291, 301, 311, 321).

Acerca da taxa selic, a citação, no auto de infração, do percentual cheio e do valor dos juros, para cada mês, parece-me suficiente para o entendimento do autuado, considerando que a forma de cálculo está disciplinada no artigo 61 da Lei nº 9.430/96. E já que falei de taxa selic, antecipo que não houve incidência de juros sobre juros, ao contrário do que afirmou o autuado, e isso se confirma pela observação de que, para janeiro/2004, exemplificativamente, o percentual cheio de 62,11% (fl. 286) corresponde exatamente à soma aritmética das taxas de março/2004 a julho/2008.

Rejeitadas as arguições de nulidade, passo ao exame das demais alegações da defesa.

É equivocada a censura feita pelo autuado no sentido de que a fiscalização deveria ter abatido os valores que haviam sido pagos conforme a declaração anual apresentada e o motivo é simples: isso já foi feito no auto de infração. Os valores de simples a pagar declarados pelo autuado (fls. 06/17) bem como as parcelas correspondentes a cada tributo que os compõem constam do auto de infração (fls. 275/280) e essas parcelas foram deduzidas dos tributos exigidos (fls. 288/290, 298/300, 308/310, 318/320 e 328/330). A título ilustrativo, para o mês de janeiro/2004, exige-se R\$ 213,32 de CSLL sobre a receita declarada, valor que resulta da diferença entre a CSLL devida (R\$ 573,29) e a CSLL já declarada (R\$ 359,97), como se vê pela folhas 275, 304 e 308.

Quanto à suposta ofensa ao princípio da capacidade contributiva em virtude de o montante lançado, incluídos a multa e os juros, alcançar 23,34% da receita bruta, apesar dos argumentos trazidos à colação pelo autuado, a atividade de lançamento de tributos é regulada pelo princípio da legalidade estrita. Os percentuais de cálculo do Simples, da multa de ofício e do juros de mora estão em consonância com o art. 5º da Lei nº 9.317/96 e art. 44 e 61 da Lei nº 9.430/96, diplomas legais regularmente editados e em pleno vigor, aos quais a autoridade administrativa está vinculada.

Por fim, os efeitos da exclusão da sistemática do Simples só se operam a partir de 2005, ano calendário seguinte àquele em que ocorreu o excesso de receita bruta, e não no próprio ano de 2004, como entende o autuado, como se vê pelo artigo 15, inciso IV, e artigo 23, parágrafo 3º, da Lei nº 9.317/96. No Termo de Verificação (fl. 266), o que a fiscalização afirmou foi que a empresa teria que adotar outra forma de tributação a partir do “ano-calendário de 2005”, e não “exercício de 2005”, como afirmou o autuado na defesa. Ademais, caso se adotasse outra forma de tributação já para 2004, ela seria o lucro arbitrado, mais onerosa para o autuado, já que ele declarou à fl. 265 que “a contabilidade, documentos contábeis, livros fiscais e livro diário, referente ao ano base de 2004, foi extraviado na gestão do antigo sócio”.

(...)

Cientificada da aludida decisão, a contribuinte apresentou recurso voluntário, no qual contesta as conclusões do acórdão recorrido quanto a parte mantida, repisando as alegações da peça impugnatória, a seguir coladas, e ao final requer provimento, vejamos:

III – PROVIMENTO DO RECURSO EM FACE DAS RAZÕES DE DIREITO AVENÇADAS:

IV – NULIDADE ABSOLUTA DO AUTO DE INFRAÇÃO QUE DEVE SER REEXAMINADA E RECONHECIDA EM GRAU DESTES RECURSO:

IV.a) PRIMEIRA NULIDADE RECORRIDA: Os valores demonstrados nos quadros elaborados pela autoridade autuante não guardam paridade com o valor do lançamento:

IV.b) SEGUNDA NULIDADE RECORRIDA – O auto de infração encontra-se lavrado em notória infringência ao art. 148 do CTN:

IV.c) TERCEIRA NULIDADE RECORRIDA - Inexistência de especificação de dados que permitam a integral compreensão do lançamento:

V – DO MÉRITO – (a) Provimento do recurso pela contrariedade da autuação ao princípio constitucional da graduação dos tributos em face da capacidade contributiva ou, em caso de negativa desta contrariedade, (b) que seja então quantificado o auto pelo lucro real:

V.a) Contrariedade ao princípio constitucional da graduação dos impostos em face da capacidade contributiva no sujeito passivo da relação:

V.b) Quantificação alternada do auto pelo regime de tributação com base no lucro real:

VI – DO PEDIDO:

Por todo o exposto espera a **Recorrente** que seja recebido o presente **Recurso** em face de sua **tempestividade**, que seja determinado o seu processamento dentro dos autos deste processo, para acatar as preliminares de nulidade sustentadas no inteiro teor do **Capítulo IV** supra.

Caso as pretendidas **nulidades** sejam afastadas, que então seja acatada as ponderações de mérito postas no **Capítulo V.a**, pelos fundamentos e razões de direito postas, julgando assim a insubsistente o lançamento.

Ainda, em sendo ultrapassadas as nulidades e a questão de mérito, quando muito, que o lançamento em questão seja retificado para que o mesmo seja elaborado pelo regime de **tributação pelo lucro real**, ofertando, nesta última hipótese o direito ao contraditório com a reabertura de novo prazo para verificação daquele e impugnação se o caso impuser, ainda com fundamento no mesmo **Capítulo V.b**.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Jose Praga de Souza, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos legais e regimentais para sua admissibilidade, dele conheço.

A recorrente repisa as alegações da peça impugnatória acrescentando uma preliminar de nulidade da decisão de 1ª instância, que rejeito de plano. Isso porque, ao contrário do que afirma a recorrente, suas alegações quanto aos erros nos quadros de apuração do tributo devido foram adequadamente apreciadas, conforme fl. 404 dos autos. Se a contribuinte entende que apreciação está incorreta resta apresentar recurso voluntário, o que foi feito, cabendo a este colegiado reapreciar a matéria.

Rejeito então a preliminar de nulidade da decisão de 1ª instância.

Quanto a alegada nulidade do auto de infração por erro nos cálculos, verifica-se que as parcelas relacionadas no 2º quadro do auto de infração (fls. 271/272), intitulado “*insuficiência de recolhimento*”, que totalizam R\$ 1.522,39, correspondem à segunda infração – puro reflexo da primeira, que foi omissão de receita de depósitos bancários – e decorre da majoração dos percentuais de cálculo do Simples em virtude do aumento da receita acumulada. Os percentuais estão estabelecidos no artigo 5º da Lei 9.317/96, justamente o dispositivo cuja citação a defesa taxou de contraditória.

Tais parcelas foram calculadas no próprio auto de infração (fls. 275/280), abatendo-se os tributos declarados (fls. 06/17) dos tributos devidos sobre as receitas declaradas.

O valor de R\$ 6.857.055,52 (fl. 1) – outra contradição apontada na defesa – não devia mesmo coincidir com os R\$ 1.522,39, pois corresponde à soma de tributos, multas e juros, decorrentes das duas infrações.

Reitera-se que a recorrente tem razão quando diz que sua receita anual declarada foi de R\$ 391.326,19 e não de R\$ 418.444,47, como indicado pela fiscalização no 3º quadro do auto de infração (fl. 273). A fiscalização considerou a receita declarada de dezembro como R\$ 27.118,28, mas o correto é zero (fl. 17), o que repercutiu no total anual. Todavia, conforme asseverado na decisão recorrida “*Tal equívoco, todavia, não afetou o cálculo dos tributos lançados, uma vez que foi correta a receita tributada de dezembro (R\$ 2.256.408,04 – fl. 266). Explico: a fiscalização majorou indevidamente a receita declarada mas reduziu, na mesma quantia, a receita omitida, mantendo-se constante a receita total, que coincide com a soma dos depósitos naquele mês.*”

Quanto ao processo regular, no presente caso não houve arbitramento na forma descrita no art. 148 do CTN, como entendeu o autuado, mas sim uma presunção de omissão de receita autorizada por lei, baseada num fato comprovado – recursos depositados em conta bancária, cujas operações de origem não foram comprovadas pelo beneficiário. Ademais, ainda que se entendesse de forma diversa, o processo regular está sendo respeitado e o direito ao contraditório foi exercido por meio da impugnação apresentada e ora apreciada.

Com relação à suposta falta de demonstração do total do crédito tributário constituído de R\$ 6.857.055,52, tal valor resulta da soma de IRPJ, PIS, CSLL, Cofins e INSS, bem como de seus acréscimos de multa proporcional e juros de mora (fl. 1), cada um deles calculado e indicado nos respectivos autos de infração (fls. 268, 291, 301, 311, 321).

Acerca da taxa selic, a citação, no auto de infração, do percentual cheio e do valor dos juros, para cada mês, parece-me suficiente para o entendimento do autuado, considerando que a forma de cálculo está disciplinada no artigo 61 da Lei nº 9.430/96. E já que falei de taxa selic, antecipo que não houve incidência de juros sobre juros, ao contrário do que afirmou o autuado, e isso se confirma pela observação de que, para janeiro/2004, exemplificativamente, o percentual cheio de 62,11% (fl. 286) corresponde exatamente à soma aritmética das taxas de março/2004 a julho/2008.

Rejeitadas as arguições de nulidade, passo ao exame das demais alegações da defesa.

Mérito. Omissão de Receitas. Depósitos Bancários. Aplicação do artigo 42 da Lei 9.430 de 1996

Quanto à possibilidade de se exigir o imposto de renda, com base exclusivamente em depósitos bancários, deve-se esclarecer que antes de 01/01/1997; o artigo 6º da Lei nº 8.021, de 1990, exigia da fiscalização a comparação entre depósitos bancários e sinais exteriores de riqueza.

A tributação com base em depósitos bancários, a partir de 01/01/1997, é regida pelo art. 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, publicada no DOU de 30/12/1996, que instituiu a presunção de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprovasse mediante documentação hábil e idônea a origem dos recursos utilizados nessas operações. Confira-se:

“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.

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 comprovada, 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 individualizadamente, 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, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).”

Verifica-se, então, que o diploma legal acima citado passa a caracterizar omissão de rendimentos, sujeitos a lançamento de ofício, os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, quando não comprovada a origem dos recursos utilizados nessas operações. Não se inquirir o titular da conta bancária sobre o destino dos saques, cheques emitidos e outros débitos, ou se foram utilizados para consumo, aquisição de patrimônio, viagens etc. A presunção de omissão de rendimentos decorre da existência de depósito bancário sem origem comprovada.

Portanto, a partir da publicação desta Lei, os depósitos bancários deixaram de ser modalidade de arbitramento simples - que exigia da fiscalização a demonstração de gastos incompatíveis com a renda declarada (aquisição de patrimônio e sinais exteriores de riqueza), entendimento também consagrado à época pelo poder judiciário (súmula TFR 182) e pelo Primeiro Conselho de Contribuintes - para se constituir na própria omissão de rendimento (art. 43 do CTN), decorrente de presunção legal, que inverte o ônus da prova em favor da Fazenda Pública Federal.

Os julgamentos do Conselho de Contribuintes passaram a refletir a determinação da nova lei, admitindo, nas condições nela estabelecidas, o lançamento com base exclusivamente em depósitos bancários, como se constata nas ementas dos acórdãos a seguir reproduzidas:

“OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - SITUAÇÃO POSTERIOR À LEI Nº 9.430/96 - Com o advento da Lei nº 9.430/96, caracteriza-se também omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento, mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular não comprove a origem dos recursos utilizados, observadas as exclusões previstas no § 3º, do art. 42, do citado diploma legal.” (Ac 106-13329).

“TRIBUTAÇÃO DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS. Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/97, a Lei 9.430/96, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.”

“ÔNUS DA PROVA - Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos informados para acobertar seus dispêndios gerais e aquisições de bens e direitos.” (Ac 106-13188).”

Não há que se falar em ilegalidade dessa norma por incompatibilidade com o artigo 43 do CTN, artigo 5º da Constituição Federal/1988, muito menos com artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, isso porque “não cabe em sede administrativa discutir-se sobre a constitucionalidade ou legalidade de uma lei em vigor”, consoante Súmula nº. 2 deste Conselho. Uma vez que o diploma legal tenha sido formalmente sancionado, promulgado e publicado, encontrando-se em vigor, cabe seu fiel cumprimento, em homenagem ao princípio da legalidade objetiva que informa o lançamento e o processo administrativo fiscal. O lançamento tributário, conforme estabelece o art. 142 do CTN, é atividade vinculada e obrigatória, na qual a discricionariedade da autoridade administrativa é afastada em prol do princípio da legalidade e da subordinação hierárquica a que estão submetidos os órgãos e agentes da Administração Pública.

Outrossim, na busca da verdade material é imprescindível a análise de documentos e alegações/justificativas quanto aos ingressos de numerários em conta bancária,

para que o julgador possa firmar sua convicção no sentido de está correto o arbitramento das receitas com base na aludida presunção., procedimento que foi realizado, tanto no transcurso da auditoria fiscal, quanto na decisão de 1ª. instância, sendo que o contribuinte não logrou êxito em comprovar a origem dos depósitos.

É equivocada a censura feita pelo autuado no sentido de que a fiscalização deveria ter abatido os valores que haviam sido pagos conforme a declaração anual apresentada e o motivo é simples: isso já foi feito no auto de infração. Os valores de simples a pagar declarados pelo autuado (fls. 06/17) bem como as parcelas correspondentes a cada tributo que os compõem constam do auto de infração (fls. 275/280) e essas parcelas foram deduzidas dos tributos exigidos (fls. 288/290, 298/300, 308/310, 318/320 e 328/330). A título ilustrativo, para o mês de janeiro/2004, exige-se R\$ 213,32 de CSLL sobre a receita declarada, valor que resulta da diferença entre a CSLL devida (R\$ 573,29) e a CSLL já declarada (R\$ 359,97), como se vê pela folhas 275, 304 e 308.

Reitere-se os efeitos da exclusão da sistemática do Simples só se operam a partir de 2005, ano calendário seguinte àquele em que ocorreu o excesso de receita bruta, e não no próprio ano de 2004, como entende o autuado, como se vê pelo artigo 15, inciso IV, e artigo 23, parágrafo 3º, da Lei nº 9.317/96. No Termo de Verificação (fl. 266), o que a fiscalização afirmou foi que a empresa teria que adotar outra forma de tributação a partir do “ano-calendário de 2005”, e não “exercício de 2005”, como afirmou o autuado na defesa. Ademais, caso se adotasse outra forma de tributação já para 2004, ela seria o lucro arbitrado, mais onerosa para o autuado, já que ele declarou à fl. 265 que “a contabilidade, documentos contábeis, livros fiscais e livro diário, referente ao ano base de 2004, foi extraviado na gestão do antigo sócio”.

Por fim, quanto a exigência da multa de ofício esclareço que apuração de infrações em auditoria fiscal é condição suficiente para ensejar a exigência dos tributos mediante lavratura do auto de infração e, por conseguinte, aplicar a multa de ofício de 75% ou 150% nos termos do artigo 44, inciso I ou II, da Lei nº 9.430/1996. Essa multa é devida quando houver lançamento de ofício, como é o caso.

De qualquer forma, convém esclarecer, que o princípio do não confisco insculpido na Constituição, em seu art. 150, IV, dirige-se ao legislador infraconstitucional e não à Administração Tributária, que não pode furtar-se à aplicação da norma, baseada em juízo subjetivo sobre a natureza confiscatória da exigência prevista em lei.

Ademais, tal princípio não se aplica às multas, conforme entendimento já consagrado na jurisprudência administrativa, como exemplificam as ementas transcritas na decisão recorrida e que ora reproduzo:

"CONFISCO – A multa constitui penalidade aplicada como sanção de ato ilícito, não se revestindo das características de tributo, sendo inaplicável o conceito de confisco previsto no inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal (Ac. 102-42741, sessão de 20/02/1998).

MULTA DE OFÍCIO – A vedação ao confisco, como limitação ao poder de tributar, restringe-se ao valor do tributo, não extravasando para o percentual aplicável às multas por infrações à legislação tributária. A multa deve, no entanto, ser reduzida aos limites impostos pela Lei nº 9.430/96, conforme preconiza o art. 112 do CTN (Ac. 201-71102, sessão de 15/10/1997)."

Por sua vez, A aplicação da taxa Selic no cálculo dos juros de mora também está prevista em normas legais em pleno vigor, regularmente citada no auto de infração (artigo 61, § 3º da Lei 9.430 de 1996), portanto, deve ser mantida. Nesse sentido dispõe a Súmula nº 4 do 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.”

Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares e, no mérito negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)
Antônio José Praga de Souza