



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

Processo nº 19515.000809/2011-21
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 1401-001.081 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 06 de novembro de 2013
Matéria IRPJ /Reflexos
Recorrente W TRONIC COMÉRCIO DE COMPONENTES
ELETROELETRONICOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003

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

PERÍCIA. DESNECESSIDADE. Deve ser indeferida a perícia tida como desnecessária, já que a documentação comprobatória constante nos autos, no entender desta autoridade julgadora, já é o suficiente para a formação de sua convicção (art. 29 do Decreto nº 70.235/1972).

SIMPLES. 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 comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta corrente ou de investimento.

MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo nº 19515.000809/2011-21
Acórdão n.º **1401-001.081**

S1-C4T1
Fl. 825

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, EM REJEITAR o pedido de perícia/diligência, AFASTAR as preliminares de nulidade e, no mérito, EM NEGAR provimento ao recurso.

(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, Sérgio Luiz Bezerra Presta, Karen Jureidini Dias e Jorge Celso Freire da Silva.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra Acórdão da 13ª Turma da Delegacia da Receita Federal de São Paulo I-SP.

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

1. Conforme Termo de Verificação Fiscal de fls. 473/481, datado de 21/03/2011, trata-se de crédito lançado pela Fiscalização contra o Contribuinte acima identificado (optante pelo SIMPLES - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições), em relação ao ano-calendário de 2006, vez que no procedimento fiscal foi verificada omissão de receitas, o que resultou na lavratura de Autos de Infração (acompanhados de demonstrativos de apuração dos valores devidos e demonstrativos de acréscimos legais - multa e juros), fls. 498/552.

1.1. Em atendimento à determinação contida no Mandado de Procedimento Fiscal (fls. 02), a Autoridade-Fiscal emitiu em 14/06/2010 o Termo de Início de Fiscalização (fls. 30) que foi recebido pelo Procurador do contribuinte em 16/06/2010.

1.2. Juntado às fls. 05/22 a Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - PJSI 2006, ano calendário 2006; às fls.23/25 cópia do contrato social da empresa; às 26/27 a ficha cadastral da empresa na JUCESP e às fls. 28/29 telas do sistema informatizado da RFB contendo informações sobre o Contribuinte.

1.3. Em resposta, o Fiscalizado solicitou prorrogação do prazo para apresentar a documentação, pretensão esta atendida com dilação concedida, fls. 33. O Interessado apresentou cópias das solicitações de seus extratos bancários de contas mantidas no Banco Mercantil, Bradesco e Banco Itaú, juntadas às fls. 34, 35 e 36, respectivamente.

1.4. Em 14/09/2008, lavrado Termo de Reintimação Fiscal, fls. 37, recebido em 17/05/2010, visando que o Contribuinte apresentasse cópias legíveis dos extratos bancários.

1.5. Considerando os extratos bancários apresentados e analisados, nova intimação foi emitida para a apresentação de todos os extratos de vendas realizadas por cartão de crédito, bem com de todas as duplicatas recebidas pela empresa nas suas contas correntes bancárias (Termo datado de 17/12/2010, fls. 38, recebido pelo Contribuinte na mesma data).

1.6. Às fls. 39/41 estão relacionadas as notas fiscais de saídas com identificação do respectivo número, data de emissão e valor e, às fls. 42/317, foram juntadas as cópias das Notas Fiscais de Saída apresentadas.

1.7. As cópias dos extratos bancários também foram juntadas ao presente processo: às fls. 318/353, do Banco Mercantil do Brasil S.A; às fls. 354/391, do Bradesco S/A e às fls. 392/462, do Banco Itaú S/A.

1.8. Após a análise dos extratos bancários apresentados que mostraram a existência de movimentação financeira incompatível com a receita declarada pela

Fiscalizada em sua Declaração (PJSI 2006/2007), no montante de R\$ 8.875.605,00, conforme quadro comparativo e mapas de apuração da movimentação bancária nos bancos Bradesco, Mercantil e

Itaú, fls. 464 e 465/470, em 17/02/2011 foi lavrado Termo de Intimação (fls. 463) para que o Contribuinte esclarecesse e justificasse a divergência encontrada.

1.8.1. No mesmo Termo (recebido em 18/02/2011 pelo Contribuinte, fls. 463) foi solicitada informação sobre as origens dos valores da citada movimentação financeira que excederam o valor total declarado na DSPJ/2007, na qual consta a receita de R\$ 651.665,80, contra o total do movimento bancário apurado, de R\$ 9.527.270,80.

1.9. A resposta do Contribuinte em 22/02/2011, fls. 471/472, visou a concessão de prazo de 45 dias e teve como argumentação: (a) o não reconhecimento das diferenças apontadas pela fiscalização e que seriam objeto de auditoria da empresa; (b) a pendência na disponibilização dos documentos solicitados às Instituições Bancárias; (c) a necessidade de reconstituição dos livros-caixa extraviados. A solicitação foi negada (fls. 471).

2. Do Termo de Verificação Fiscal (às fls. 473/481, com ciência do Fiscalizado no próprio Termo, em 29/03/2011) e dos elementos acostados aos autos, destacam-se as seguintes intimações, documentos e informações:

2.1. Inicialmente, a Autoridade Fiscal relata os atos praticados durante o procedimento fiscal, as intimações realizadas e narra os fatos que conduziram à conclusão de movimentação financeira incompatível com a receita declarada - apurada pelos depósitos bancários, detalhando os termos emitidos; a prorrogação de prazo solicitada pelo Fiscalizado e sua concessão; os documentos apresentados e os faltantes; os levantamentos efetuados (planilhas) e o questionamento da divergência encontrada, nos termos acima relatados.

2.2. A caracterização da omissão de receitas por depósitos bancários de origem não comprovada decorreu da empresa não ter apresentado justificativa na forma de documentação hábil e idônea que comprovasse a origem e procedência dos valores depositados em suas contas bancárias, dos valores não declarados e não submetidos à tributação pela sistemática do Simples, nos termos no quanto previsto no art. 287; art. 849 e art 199 do RIR/99.

2.3. Quanto à apuração das bases tributáveis, feita remissão ao quadro comparativo e aos valores em resumo mensal, com totalização no montante de R\$ 8.875.605,00 previamente informados ao Contribuinte durante o procedimento fiscal. Anotado que referidos valores serviram de base de cálculo tributável para a exigência de ofício dos tributos incluídos na sistemática de tributação do SIMPLES, via lavratura de Auto de Infração, submetidos às alíquotas dos referidos tributos, apurando-se o quantum devido e não recolhido, adicionado da multa de ofício qualificada e dos juros legais, em conformidade com o Art. 849 do Decreto nº 3.000/99 (RIR/99).

2.4. A Autoridade Fiscal considerou que por tudo quanto exposto, em tese, ocorreu Crime Contra a Ordem Tributária previsto no Art. 1º da Lei 8137/90, pois o contribuinte omitiu na sua Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica (ano base 2006) informação sobre transações comerciais de vendas de mercadorias que geraram movimentação financeira, na forma de depósitos bancários não comprovados nem justificados quanto à sua origem e procedência, consoante

documentos comprobatórios juntados por amostragem, a saber: cópias das notas fiscais de saídas e extratos bancários.

2.5. Transcrito o caput; incisos I e II do art. 1º da Lei 8.137/90 e informado que a infração constatada implica majoração da multa de ofício aplicada sobre os tributos não declarados e não recolhidos, para 150%, conforme previsão do inciso II do art. 957 do supracitado RIR/99, bem como a elaboração de Representação Fiscal para Fins Penais, nos termos da Portaria RFB nº 665/2008.

2.6. Ademais, tendo em vista que o resultado da pesquisa realizada junto à Junta Comercial do Estado de São Paulo revelou que a empresa apresentou no referido órgão Distrato Social datado de 31/05/2010 e, por outro lado, a situação cadastral da empresa nas bases de dados da Secretaria da Receita Federal consta como ATIVA (conforme pesquisa realizada em 25/02/2011), a Autoridade Fiscal incluiu as sócias da empresa no pólo passivo da exigência fiscal como responsáveis solidárias pelo crédito tributário, com base no Art. 124, I e 135 da Lei 5.172/66 (CTN).

2.7. Ainda, registrado no Termo toda a fundamentação legal pertinente à autuação: Lei nº 9.841/99, regulamentada pelo Decreto nº 3474/2000; Lei nº 9317/96; Lei nº 9964/2000; arts. 210 e 211, 528, 529, 530, inciso III, 532, 537, 541 a 543, 835 a 849, 904 e 905, 910 a 918, 923 a 926 e 957 II do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000/99 (RIR/99); Lei 8137/90; art. 83 da Lei 9430/96; Portaria SRF nº 665/2008; arts. 124, I e 135, II e III da Lei 5172/66, Código Tributário Nacional.

2.8. Em conclusão, A Autoridade Fiscal informou que em decorrência das irregularidades verificadas, o Contribuinte ficou sujeito à exigência dos tributos e contribuições devidas e não recolhidas, acrescidos da multa de ofício e dos juros legais, através de Auto de Infração, lavrado pela sistemática do SIMPLES, correspondente ao ano base de 2006.

2.9. O Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário do Processo, fls. 03/04, registra que o valor total do crédito apurado no presente processo é de R\$ 3.742.139,41, incluídos o principal, multa e juros.

2.10. O presente processo contém, ainda, o demonstrativo de percentuais aplicáveis sobre a receita bruta (fls. 482/485), o demonstrativo de apuração dos valores não recolhidos (fls. 486/491), assim como o demonstrativo de apuração dos imposto/contribuição sobre diferenças apuradas, fls. 492/497, com Multa de 75% e 150%.

2.11. Em 22/03/2011 foram lavrados os seguintes Autos de Infração, cujas cópias foram entregues ao Procurador do Contribuinte em 29/03/2011 (ciência às fls. 505; 516; 527; 538 e 549), assim como os respectivos explicativos dos valores de crédito apurado; os demonstrativos dos valores devidos e de multa e juros:

- Imposto de Renda Pessoa Jurídica - SIMPLES. Valor de crédito apurado: R\$ 261.898,38; Auto de Infração, fls. 504/508 e demonstrativos às fls. 498/503;

- Contribuição para o PIS/PASEP - SIMPLES. Valor de crédito apurado: R\$ 191.463,70; Auto de Infração, fls. 515/519 e demonstrativos às fls. 509/514;

- Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - SIMPLES. Valor de crédito apurado: R\$ 264.987,70; Auto de Infração, fls. 526/530 e demonstrativos às fls. 520/525;

- Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - SIMPLES. Valor de crédito apurado: R\$ 778.505,63; Auto de Infração, fls. 537/541 e demonstrativos às fls. 531/536;

- Contribuição para Seguridade Social - INSS - SIMPLES. Valor de crédito apurado: R\$ 2.245.284,01; Auto de Infração, fls. 548/552 e demonstrativos às fls. 542/547.

2.12. Anota-se que ao final de cada Auto de Infração, consta a respectiva fundamentação legal relativa ao tributo e aos acréscimos legais (multa e juros).

2.13. Informado que o enquadramento legal da multa de ofício aplicada: artigo 44, inciso I da Lei nº 9.430/1996 c/c art. 19 da Lei nº 9.317/96 (75%) e artigo 44, inciso II da Lei nº 9.430/1996 c/c art. 19 da Lei nº 9.317/96 (150%). No mesmo compasso, o enquadramento legal dos juros de mora aplicado, o artigo 61, § 3º, da Lei nº 9.430/1996.

2.14. O Termo de encerramento da Ação Fiscal, datado de 23/03/2011 e entregue às fls. 29/03/2011, foi juntado às fls. 553/4.

2.15. O Interessado foi cientificado pessoalmente do Termo de Verificação Fiscal, de todos os Autos de Infrações e do Termo de Encerramento em 29/03/2011, vide assinatura do representante legal em cada um dos documentos.

3. A Autoridade Fiscal apresentou Representação Fiscal para exclusão do Simples, fls. 653 que recebeu o nº 19515.0000810/2011-55, feito este juntado por anexação ao presente processo (fls. 560).

4. O Contribuinte interpôs, tempestivamente (fls. 690), impugnação à autuação (razões às fls. 657/672). Acompanham a impugnação as seguintes cópias (fls. 673/681): procuração, substabelecimento e contrato social. Os argumentos impugnativos, em síntese, são:

4.1. Inicialmente o Defendente narra os fatos e resume a autuação, ressaltando a identidade da matéria tributária, a unificação dos autos e a consequente apresentação de uma única defesa.

4.2. Em preliminar defende a necessidade de prova pericial que requer para análise dos documentos que serviram de base para as autuações, em observância ao princípio da verdade material e de modo a assegurar as prerrogativas constitucionais, no sentido de ser gravado apenas nos exatos termos em que a lei tributária especificar.

4.3. Reforça que compete à Administração a apuração da verdade real dos fatos ocorridos (verdade material), afastando-se as presunções tributárias e ficções legais, sendo que os autos lavrados não refletem a realidade dos fatos, ressaltando que os documentos que serviram de suporte não conduzem à efetiva comprovação dos fundamentos da lavratura.

4.4. No mérito, articula no sentido de nulidade dos Autos de Infração.

4.5. Demonstra conhecer a Lei nº 10.174/01 e Lei Complementar nº 105/01, assim como o art. 42 da Lei 9.430/96 e contesta a utilização apenas de extratos

bancários para fins de presunção de receitas não declaradas e transferência ao contribuinte do ônus da prova.

4.6. Defende a necessidade cabal de prova evidente por parte do Fisco de "indícios de falhas, incorreções ou omissões", conforme preceitua o próprio § 4º, artigo 5º, da

Lei Complementar 105/01. Ademais, afirma que o montante não configura, necessariamente, uma renda tributável, conforme definição constante do RIR/99.

4.7. Alega que tal presunção é falha e que os valores obtidos através dos extratos bancários não podem ser taxados como rendimentos tributáveis, sob pena de ser ferido o conceito de renda, constitucionalmente previsto e, ainda, os princípios constitucionais da legalidade e da tipicidade cerrada em matéria fiscal.

4.8. Discorre sobre a base de cálculo do Imposto sobre a Renda à luz da doutrina e art. 44 do CTN, conforme trata o art. 153, III da Constituição Federal, como o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis; o imposto é sobre a renda, a hipótese de incidência somente estará concretizada se renda existir, o fato gerador é a renda e a lei não pode estabelecer renda por ficção legal, nem por presunção legal absoluta, não admitido pelo sistema constitucional tributário traçado na Constituição de 1988.

4.9. Acrescenta que é inadequada a utilização da presunção legal estabelecida pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96 como fundamento para lavratura dos Autos de Infração, posto que entre os depósitos bancários e a suposta omissão de receita não há uma correlação lógica, direta e segura.

4.10. Ainda, pondera que o lançamento com base exclusivamente em movimentação financeira embora possam refletir indícios de renda auferida, não caracterizam, por si só, disponibilidade de receita ou rendimento, cabendo à fiscalização aprofundar a investigação a fim de demonstrar que os depósitos bancários representam efetivamente gastos suportados pelo contribuinte.

4.11. Aduz que o conceito de renda constitucionalmente previsto implica no confronto entre certas entradas e saídas, dentro de um certo lapso temporal, do qual resultará, ou não, um saldo positivo (renda), o que não foi observado no presente caso, pois foram utilizados os depósitos bancários como base de cálculo auferida do Imposto de Renda, bem como seus reflexos, com o que discorda. Colaciona doutrina e jurisprudência, relembra a Súmula 182 do extinto TFR e conclui que a presunção legal estabelecida pelo art. 42 da Lei 9.430/96, "colide com as diretrizes do processo de criação das presunções legais", pois restou mais do que evidente que entre os dois fatos não existe nexo causal, vale dizer, constatou-se não haver liame absoluto entre os depósitos bancários e a receita supostamente omitida pelo contribuinte.

4.12. Reforça que a simples soma dos depósitos bancários com a exigência de comprovação da origem dos recursos pelo contribuinte, como efetivado no presente caso, conduz à lavratura de Autos de Infração com créditos tributários de montantes estratosféricos sem efetividade.

4.13. De outra banda, articula quanto à proteção constitucional de sigilo bancário das pessoas físicas e jurídicas, afirmando que a legislação infraconstitucional não tem competência para suprir ou alterar conceitos da Constituição.

4.14. Ademais, entende que a autorização judicial prévia para a Administração Pública ter acesso aos dados do Contribuinte é necessária, trazendo à colação, neste sentido, doutrina e jurisprudência.

4.15. Portanto, concorda que as informações obtidas com a quebra do sigilo bancário podem ser indícios da ocorrência de omissões, mas esses indícios devem ser transformados em prova com a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa. Neste sentido é o que transcreve do quanto previsto no art. 5º, LV da Constituição Federal.

4.16. Afirma ser subjetiva e desprovida de realidade fática a argumentação para lavratura dos Auto de Infração quanto ao IRPJ e seus reflexos, tendo em vista que o contribuinte cumpriu todas as determinações provenientes da fiscalização e colocou-se à disposição para quaisquer esclarecimentos que se fizessem necessários, razão pela qual, entende ser descabida as autuações que ora combate.

4.17. Ainda, alega que a multa deve ter um caráter punitivo e sancionatório, em função do desrespeito de uma norma, não podendo ser objeto de garantia de receitas da União, mormente as tributárias.

4.18. Quanto à multa imposta, defende que o artifício, o ardil, a simulação, o desacato, embaraço ou resistência à ação fiscalizadora são motivos agravantes na aplicação da pena, mas que no presente caso, não restou demonstrada qualquer dessas circunstâncias, concluindo que os critérios da Autoridade para aplicação foram subjetivos, sem razoabilidade na autuação.

4.19. Retoma seus argumentos de que predomina no processo administrativo o princípio da verdade material e que na dúvida da real ocorrência dos fatos o contribuinte não pode ser penalizado.

4.20. Conclui que as autuações são descabidas e devem ser anuladas. Assim, em seu pedido requer, uma vez recebida e processada sua defesa, que seja acolhida a preliminar para a realização de perícia contábil e, não sendo este o entendimento, requer a anulação dos Autos de Infração, pelas razões anteriormente articuladas.

4.21. Por fim, requer que as intimações sejam feitas na pessoa de seu Patrono e encaminhadas ao escritório dele.

5. Em 29/08/2011, através do Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/EQRES nº 73/2011(fl. 691) o contribuinte foi excluído do Simples Federal, com efeitos a partir de 01/01/2007, pela ocorrência da situação descrita como "receita bruta no ano calendário 2006 ultrapassou o limite legal" (evento 321), com a seguinte fundamentação legal: Lei nº 9.317 de 05/12/1996 - art. 9º, I, II; art.12; art.13, II, a, § 2º ; art. 14, I; art.15, IV, § 3; Instrução Normativa SRF nº 608 de 09/01/2006 - art. 21; art. 23, I; art. 24, VI.

5.1. A respectiva intimação (cópia às fls. 692) foi encaminhada pela via postal em 02/09/2011 ("AR" às fls. 693) e por ter sido infrutífera (fls. 694), a intimação foi realizada pelo edital nº 24/2011, fls. 695, afixado em 01/11/2011 e desafixado em 15/11/2011.

5.2. Consta às fls. 698 que o Interessado não apresentou manifestação de inconformidade ao Ato Declaratório Executivo de exclusão do contribuinte do Simples, mas por ter impugnado tempestivamente o Auto de Infração, o processo foi encaminhado para esta Delegacia, para julgamento.

É o relatório.

A DRJ MANTEVE EM PARTE os lançamentos, nos termos das ementas abaixo:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2006

NULIDADE. NÃO RECONHECIMENTO.

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

PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVAS ADICIONAIS, INCLUSIVE PERÍCIA.

A prova documental - inclusive pericial - deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, salvo as exceções constantes no § 4º do art. 16 do Decreto 70.235/72 e a solicitação de diligência ou perícia deve obedecer ao disposto no inciso IV do mesmo dispositivo legal.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006

MULTA QUALIFICADA. NÃO SUBSUNÇÃO.

Não emergindo dos autos a perfeita subsunção dos fatos verificados à moldura legal, não há espaço para aplicação da multa qualifica.

Fugindo à regra prevista no art. 136 do Código Tributário Nacional, o art. 44, II da Lei nº 9.430/96, combinado com os artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, comina penalidade a infrações que levam em consideração a vontade do agente tendente à produção de determinado fim.

Somente da perfeita adaptação do fato ao modelo ou paradigma legal é que desponta o fenômeno da subsunção. A partir dela, nasce o liame jurídico obrigacional, que dá lastro à relação intersubjetiva tributária.

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

Ano-calendário: 2006

Ementa: 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 comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta corrente ou de investimento.

OMISSÃO DE RECEITAS. DETERMINAÇÃO DO IMPOSTO. REGIME DE TRIBUTAÇÃO.

Verificada a omissão de receita, o imposto a ser lançado de ofício deve ser determinado de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs recurso voluntário a este CARF, repisando os tópicos trazidos anteriormente na impugnação e aduzindo em complemento o caráter abusivo e confiscatório da multa de 75% mantida pela DRJ. Traz a esse respeito jurisprudência judicial.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade.

Delimitação da Lide

Conforme ficou bem assentado pela DRJ, a matéria relativa à exclusão do Simples está fora da lide, pois não entregou manifestação de inconformidade contra o ato declaratório que produziu sua exclusão do Simples.

Outrossim, os sócios arrolados como responsáveis tributários não se insurgiram contra essa atribuição de responsabilidade desde a fase impugnatória, motivo pelo qual essa matéria está definitivamente julgada na instância administrativa.

Preliminares de nulidade

A princípio cabe esclarecer que os extratos bancários, base da autuação da omissão de receitas por falta de comprovação da sua origem, foram fornecidos espontaneamente pela Recorrente sem a necessidade da expedição de RMF para os bancos (fls. 316/360), motivo pelo qual se afasta do caso concreto da necessidade de sobrestamento por questão ligada à Repercussão geral no STF.

Nesse contexto, é de se rejeitar de plano a preliminar de nulidade relacionada à quebra de sigilo bancário. 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 sob a análise do Supremo Tribunal Federal, no RE 601.314-RG/SP (sob a sistemática do art. 543-B do CPC) e RE 410.054 – AgR/MG. Porém, no caso concreto, como já se disse, não houve emissão de RMF aos bancos porque o contribuinte entregou os extratos bancários espontaneamente.

Quanto às demais alegações de nulidade seja por cerceamento do direito de defesa, seja por falta de fundamentação adequada ou da suposta falta de indicação dos dispositivos legais, apenas para um melhor esclarecimento sobre o assunto, transcreve-se o dispositivo que rege a matéria no processo administrativo fiscal. Prescreve o art. 59 do Decreto 70235/72 com a nova redação dada pela Lei 8748/93:

Art. 59 - São nulos:

I- os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II- os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa;

Por conseguinte, considera-se nulo o ato, se praticado por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, não tendo se caracterizado quaisquer das situações, pois não se põe em dúvida a competência do autor, auditor fiscal, bastando para tanto a assinatura do mesmo, nem há que se falar em preterição do direito de defesa, vez que os fatos apurados foram descritos com o respectivo enquadramento legal, e levados ao conhecimento, da autuada, levando a mesma a defender-se plenamente através da peça impugnatória e recurso acostados aos autos, como efetivamente o fez.

Outrossim, foram observados dois requisitos fundamentais à validade do ato administrativo. Os requisitos apontados estão previstos em lei, são os incisos III e IV do art. 10 do Decreto 70.235/72 e têm a seguinte redação:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

.....
III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

(....)

A Recorrente reclama que os dispositivos legais associados ao arbitramento do lucro não foram consignados, gerando o cerceamento do direito de defesa, pois não sabe que percentuais de arbitramento foram aplicados. Ora, nesse ponto, a Recorrente faz clara confusão. O TVF é bastante claro no sentido de se entender que não houve arbitramento algum neste ano-calendário, pois a norma comanda que no ano do desenquadramento do Simples por excesso de Receitas, a autuação deva ser feita ainda com base nas regras do Simples, apenas no ano seguinte é que de fato ocorre o desenquadramento desse regime especial.

A esse respeito consta do TVF:

Esse fato configura infração fiscal, na forma de omissão de receitas, caracterizada pela existência de depósitos bancários em nome da fiscalizada não declarados e não submetidos à tributação dos tributos da sistemática do SIMPLES, para os quais a empresa não apresentou justificativa na forma de documentação hábil e idônea que comprovasse a origem e procedência desses valores, enquadrando-se na hipótese legal prevista no Art. 287 e Art. 849 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3000/99 (RIR/99), encontrando-se no Art. 199 do mesmo diploma legal **a autorização para aplicação desse enquadramento na sistemática do SIMPLES.**

(...)

BASES TRIBUTÁVEIS

ANO CALENDÁRIO DE 2006

(...)

Esses valores servirão de base de cálculo tributável para a exigência de ofício dos tributos **incluídos na sistemática de tributação do SIMPLES**, pela lavratura **nesta data de Auto de Infração, pelo qual serão submetidos às alíquotas dos**

referidos tributos apurando-se os tributos devidos e não recolhidos, que serão adicionados da multa de ofício qualificada e dos juros legais, em conformidade com o Art. 849 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3000/99 (RIR/99).

Por todo o exposto, rejeito as preliminares de nulidade.

Perícia/Diligência

A contribuinte requer a realização de perícia bem assim se insurge contra a decisão de primeira instância que a considerou prescindível. Porém, conforme se verificará na exposição mais adiante do mérito, assim como também ficou bastante claro em todo o contexto da decisão de primeira instância, os elementos indispensáveis à solução do litígio encontra-se nos autos, motivo pelo qual o pedido de perícia dever ser indeferido nos termos do art. 18 do Decreto nº 70.235/72. Ademais, o deferimento de diligência e perícia é uma decisão do âmbito de discricionariedade do julgador, cabendo a ele fazê-la ou não a depender da formação de sua convicção (diligência) ou mesmo que se lhe exigirá conhecimentos técnicos específicos que somente um perito especializado poderia ter (perícia), o que não é o caso dos autos em que se requer apenas análise de meros dados contábeis, fiscais e legais, perfeitamente dentro da alçada de competência do Auditor Fiscal.

Portanto, indefiro o pedido de perícia e diligência.

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 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.

A resposta ao termo de intimação fiscal foi evasiva, conforme TVF:

(...)A resposta do contribuinte a esse termo, datada de 22/02/2011, por ofício, foi que de a empresa não reconhece as diferenças apuradas pela fiscalização, que auditará a sua contabilidade para responder e que precisa de prazo para fazê-lo, bem como para reconstituir seus livros fiscais que teriam sido extraviados e obter as duplicatas, anteriormente solicitadas, nas instituições bancárias, para isso solicitou prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, negado pela fiscalização.

Em sede impugnatória e recursal, a interessada ao invés de tentar provar os fatos alegados, se limita a tecer considerações de direito, no sentido de enfraquecer o lançamento por ter sido lastreado apenas em presunções, bem assim solicitar perícia.

Em verdade, a argumentação da recorrente denota um total desconhecimento da existência do art. 42 da Lei nº 9.430-96 que representa um verdadeiro marco em termos de presunção legal de omissão de receitas, *verbis*:

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.

Feitas tais digressões e, evidenciada a absoluta licitude do estabelecimento das presunções legais, cumpre dizer que, em relação aos anos-calendários autuados, as alegações trazidas pelo contribuinte mostram-se despropositadas, visto que, 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.

Multa confiscatória

Como já se colocou no relatório, a multa qualificada foi reduzida pela DRJ de 150% para 75%, tendo o contribuinte em sede de recurso voluntário agora se insurgido contra o seu caráter confiscatório e abusivo.

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

Processo nº 19515.000809/2011-21
Acórdão nº 1401-001.081

S1-C4T1
Fl. 838

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 Súmula nº 2 deste E. Primeiro Conselho de Contribuintes, *in verbis*:

***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).*

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 o pedido de perícia/diligência, rejeito as preliminares de nulidade e, no mérito, nego provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto