



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

Processo n° 19515.002318/2009-08
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 1401-001.161 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de abril de 2014
Matéria SIMPLES
Recorrente BAR E PETISCO MACHADO 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

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. •

O prazo decadencial para os créditos tributários sujeitos ao regime de lançamento por homologação, que não tenham sido objeto de qualquer pagamento antecipado, como também nos casos de fraude, é o estabelecido no artigo 173, inciso I, do CTN, com início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM. COMPROVAÇÃO.

Caracterizam-se como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida em 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.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

A prática reiterada de omissão de receitas aliada a declaração falsa de inatividade conduz necessariamente ao preenchimento automático das condições previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, sendo cabível a duplicação do percentual da multa de que trata o inciso I do art.44 da Lei nº 9.430/96, com nova redação dada pela Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007.

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)

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NÃO CONHECIMENTO.

Não se toma conhecimento dos argumentos trazidos pela empresa em relação à tentativa de exclusão do responsável do pólo passivo, por não possuir a “legitimação para a causa” (legitimatio ad causam) que diz respeito à possibilidade de alguém estar em juízo, como autor ou como réu, com relação a um pedido determinado em sentido material.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Estende-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, **EM NÃO CONHECER** do recurso em parte e, na parte conhecida, **EM REJEITAR** a preliminar de nulidade, **AFASTAR** a decadência 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, Maurício Pereira Faro, Sérgio Luiz Bezerra Presta e Jorge Celso Freire da Silva.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo I-SP.

Por pertinente adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância:

Em decorrência de ação fiscal, a contribuinte acima identificada foi autuada em 29/06/2009 (fls. 488, 496, 504, 512 e 520), e intimada a recolher o crédito tributário constituído relativo aos tributos abrangidos pelo Simples: IRPJ, contribuição para o PIS, COFINS, CSLL, e Contribuição para a Seguridade Social-INSS, multa proporcional e juros de mora, referentes a fatos geradores ocorridos em 2004.

2. Conforme descrito nos Autos de Infração e no Termo de Verificação (fls. 463 a 474), a contribuinte omitiu receitas caracterizadas por depósitos bancários não escriturados cuja origem não foi comprovada pela contribuinte regularmente intimada.

3. Tendo em vista o apurado, foram lavrados, conforme preceitua o artigo 9º do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, os seguintes Autos de Infração:

3.1. IRPJ (fls. 487 a 490) com base nos artigos 186, 188 e 199 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/1999), 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "a", 5º, 7º, § 1º, e 18 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 3º da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998, formalizando crédito tributário calculado até 29/05/2009 no montante de R\$123.616,69;

3.2. PIS (fls. 495 a 498) com base no artigo 3º, alínea "b" da Lei Complementar (LC) nº 07, de 07 de setembro de 1970, combinado com o artigo 1º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 17, de 12 de dezembro de 1973, artigos 2º, inciso I, 3º e 9º da Medida Provisória nº 1.249, de 14 de dezembro de 1995 e suas reedições, artigos 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "b", 5º, 7º, § 1º, e 18 da Lei nº 9.317/1996, e 3º da Lei nº 9.732/1998, formalizando crédito tributário, calculado até 29/05/2009, no montante de R\$123.616,69;

3.3. CSLL (fls. 503 a 506) com base nos artigos 1º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "c", 5º, 7º, § 1º, e 18 da Lei nº 9.317/1996, e 3º da Lei nº 9.732/1998, formalizando crédito tributário, calculado até 29/05/2009, no montante de R\$197.417,91;

3.4. COFINS (fls. 511 a 514) com base nos artigos 1º e 2º da Lei Complementar (LC) nº 70, de 30 de dezembro de 1991, 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "d", 5º, 7º, § 1º, e 18 da Lei nº 9.317/1996, e 3º da Lei nº 9.732/1998, formalizando crédito tributário, calculado até 29/05/2009, no montante de R\$394.835,90; e

3.5. Contribuição para a Seguridade Social - INSS (lis. 519 a 522) com base nos artigos 2o, § 2o, 3o, § Io, alínea "f", 5o, 7o, § Io, e 18 da Lei nº 9.317/1996, e 3o da Lei nº 9.732/1998, formalizando crédito tributário, calculado até 29/05/2009, no montante de R\$808.712,47.

4. O enquadramento legal da multa de ofício aplicada no percentual de 150% é o artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, combinado com o artigo 19 da Lei nº 9.317/1996 (fls. 484, 492, 500, 508 e 516). O enquadramento legal dos juros de mora é o artigo 61, § 3o, da Lei nº 9.430/1996 (fls. 484, 492, 500, 508 e 516).

5. Em 16 de julho de 2009 (fl. 533), Luiz Alberto Rodrigues Alves, CPF 074.890.498-06, procurador da autuada junto ao banco Unibanco, foi cientificado do Termo de Notificação Fiscal de fls. 531 e 532, que o inclui como responsável solidário pelo crédito tributário apurado no presente processo administrativo, com fundamento legal nos artigos 124, inciso I, e 135, incisos II e III, da Lei nº 5.172/1966 (CTN).

6. Irresignada com os lançamentos, em 28 de julho de 2009, a empresa apresentou, representada por procuradores (fls. 591 a 598) a impugnação de fls. 534 a 591, instruída com os documentos de fls. 592 a 665, na qual alega, em síntese, o seguinte:

6.1. o sócio da empresa, Sr. Brás Machado, é pessoa idônea e de reputação ilibada, mas de pouco ou nenhuma instrução, que se sentiu coagido pela presença da autoridade fiscal, e assinou o Termo de Intimação, datado de 29/08/2008 e elaborado de próprio punho pelo auditor fiscal, apenas por determinação deste, devendo-se esclarecer que nunca faltou com a predatório mercado brasileiro, acaba por optar pela informalidade em alguns aspectos";

6.10. por este motivo e por não ter sido apresentado qualquer documento ou indício que pudesse ser suficiente para que o Sr. Luís Alberto Rosa Alves fosse considerado interposta pessoa, requer-se a exclusão do mesmo do pólo passivo da presente demanda ou, ao menos, sua exclusão em relação a quaisquer supostos débitos que venham a ser apurados em nome da impugnante originados de movimentações financeiras verificadas no Banco Safra S/A e ABN Amro Real S/A, já que a fiscalização não apresentou qualquer documento ou procuração que autorizasse o Sr. Luís a movimentar as demais contas bancárias da impugnante, que não a mantida junto ao banco Unibanco S/A;

6.11. durante a fase fiscalizatória a impugnante cumpriu todas as exigências e solicitações da autoridade fiscal e quis demonstrar que sua atividade é o comércio quase informal de bebidas, petiscos e jogo de sinuca, conforme constatado pela própria autoridade fiscal, que apresenta lucro extremamente diminuto, representado por frações centesimais de real e que suporta custos elevados em comparação aos proventos havidos;

6.12. a compra de tíquetes, emitidos no âmbito do Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), é prática comum na cidade de São Paulo e é permitida pelas autoridades brasileiras;

6.13. não há que se falar em crédito tributário, pois não ocorria fato gerador, nem há que se falar em faturamento ou renda, mas simples repasse do valor-mercadoria, uma vez que a impugnante não revendia os tíquetes a ninguém, mas figurava como depositária em favor das operadoras de tíquetes;

6.14. é impossível considerar movimentação bancária como presunção de receita do contribuinte, pois esta presunção não está calcada em observação de casos anteriores, não é possível estabelecer uma correlação segura e direta entre o montante dos depósitos e a omissão de rendimentos e o encargo probatório é totalmente transferido para o contribuinte, com manifesta impossibilidade dessa prova ser produzida;

6.15. depósito bancário é estoque e não fluxo, e não sendo fluxo, que tem a conotação de acréscimo patrimonial, não tipifica renda;

6.16. conforme jurisprudência administrativa transcrita, depósitos bancários, por si só, não caracterizam disponibilidade de rendimentos e a Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos diz ser ilegítimo o lançamento arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários;

6.17. os depósitos bancários são o marco inicial de investigação, pois podem representar empréstimo, doação, atividade comercial indevidamente exercida em nome da pessoa física, movimentação financeira de atividades proibidas (doleiros, agiotas);

6.18. não se trata de crime de estelionato a atividade da impugnante, conforme diferentes pareceres firmados pelo Ministério Público, pois neste tipo penal é necessário que uma das partes esteja sendo induzida ou mantida em erro, mediante artifício, ardil ou outro meio fraudulento e, na operação descrita, o trabalhador tem plena consciência de seus atos, dirigindo-se conscientemente ao estabelecimento comercial para oferecer seus tíquetes e este, por sua vez, não se vale de nenhum meio para ludibriar o trabalhador-proponente, mas apenas discrimina as condições do negócio, expondo o deságio, e realiza a transação, adiantando o dinheiro em troca do título de crédito específico;

6.19. as conclusões do auditor fiscal de que as assinaturas da sócia Sra. Aparecida Paulina Machado que constavam nos cheques enviados pelos bancos oficiados aparentemente não coincidem com as assinaturas no Termo de Adesão de Convênio com as empresas de tíquetes, e que cheques apresentados pelo banco Unibanco S/A tinham a assinatura ilegível de uma suposta terceira pessoa que seria o procurador da empresa, motivos que comprovariam a participação do Sr. Luiz Alberto Rodrigues Alves como interposta pessoa administradora dos valores movimentados na conta corrente da empresa, são equivocadas por estarem baseadas em provas obtidas por meios ilícitos ao desrespeitarem o direito individual ao sigilo bancário garantido pela Constituição Federal;

6.20. as pessoas físicas dos sócios não apresentam quaisquer sinais exteriores de riqueza;

6.21. não houve qualquer irregularidade ou infração praticada pela impugnante, muito menos evidente intuito de fraude, ou sonegação, fraude ou conluio definidos nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964, que ensejasse a imposição de multa de ofício qualificada, cuja aplicação, ilegal e extemporânea, viola os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da vedação ao confisco;

6.22. a impugnante não impediu, nem retardou, muito menos dolosamente, o conhecimento da autoridade fazendária, o que caracterizaria a sonegação prevista no artigo 71 da Lei nº 4.502/1964, mas, pelo contrário entregou toda a documentação solicitada durante o processo fiscalizatório;

6.23. também não se verifica a fraude descrita no artigo 72 da Lei nº 4.502/1964, pois não impediu, nem retardou, por meio de ação ou omissão dolosa, a ocorrência do fato gerador, ou objetivou excluir ou modificar suas características essenciais;

6.24. para que se aplique a confiscatória multa de 150%, a subsunção do fato à norma deve ser perfeita, em obediência ao princípio da tipicidade fechada tributária, o que demonstra que a autoridade fiscal errou ao alargar o conceito de "evidente intuito de fraude", extrapolou os limites da discricionariedade e atentou contra a vinculação estrita à letra da lei;

6.25. a aplicação da multa de ofício de 75% já configura uma situação abusiva e confiscatória, em desrespeito aos artigos 5º, inciso XXII, c 150, inciso IV, ambos da Constituição Federal, e sua aplicação em dobro é completamente despropositada;

6.26. não cabe alegar, numa interpretação literal, que o artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, veda a tributação confiscatória apenas do tributo, pois, conforme doutrina transcrita, o objetivo do princípio da vedação ao confisco é defender a propriedade privada, razão pela qual abrange tanto a imposição de tributo, quanto a aplicação de penalidade;

6.27. o Supremo Tribunal Federal já suspendeu dispositivo legal que previa a aplicação de multa extorsiva, sob o argumento de violação ao artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal;

6.28. diante da nova redação dada pela Lei nº 11.488/2007 ao inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, do fato desta norma ser indiscutivelmente instrumental e das disposições dos artigos 105 e 116 do Código Tributário Nacional - CTN, o percentual da multa deveria ser 50%;

6.29. deve ser cancelada a aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício por ausência de previsão legal expressa, pois a expressão "débitos decorrentes de tributos e contribuições" prevista no artigo 61, § 3º, da Lei nº 9.430/1996, diz respeito apenas ao valor do principal, visto que a multa não decorre do tributo, mas sim do descumprimento do dever legal de pagá-lo, e se a intenção do legislador fosse fazer incidir os juros de mora sobre a multa de ofício, bastaria que tivesse consignado expressamente, como o fez no artigo 43, parágrafo único, da mesma Lei nº 9.430/1996, em relação à multa isolada;

6.30. decisões transcritas do antigo Conselho de Contribuintes afastam a aplicação da taxa Selic sobre a multa de ofício e determinam a incidência de juros de mora à taxa de 1% a partir do trigésimo dia da ciência do auto de infração;

6.31. de acordo com jurisprudência citada, a utilização da Taxa Selic como taxa de juros de mora para atualização de débitos tributários é inconstitucional, por afrontar o princípio da estrita legalidade tributária (inciso I do artigo 150 da Constituição Federal e inciso I do artigo 9º do CTN), e ilegal, por não ter sido criada por lei, mas apenas por resoluções e circulares do Banco Central, o que desrespeita o CTN que prevê juros de mora de 1% ao mês, exceto se outra taxa for prevista em lei;

6.32. requer que as intimações sejam encaminhadas em nome e no endereço profissional de seu procuradores.

7. Devido à ultrapassagem em 2004 do limite de receita para permanência no Simples, a autoridade atuante elaborou a Representação Fiscal para Exclusão do

Simplex de fls. 524 a 528. Em 19 de outubro de 2009, foi emitido o Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 078/2009, excluindo a autuada do Simplex a partir de 01 de janeiro de 2005 (fl. 673). A contribuinte tomou ciência deste Ato em 29 de outubro de 2009 (fl. 673 verso).

8. Irresignada com a exclusão do Simplex, apresentou em 18 de novembro de 2009, representada por procuradores (fls. 733 a 742), a manifestação de inconformidade de fls. 674 a 733, acompanhada dos documentos de fls. 734 a 746, na qual repete alegações, quanto aos lançamentos de ofício, todas já apresentadas na impugnação acima relatada, acrescentando apenas que:

8.1. é clara a impossibilidade, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, de exclusão da manifestante do Simplex sem que haja prévia jecisão administrativa definitiva quanto aos lançamentos de ofício por suposta omissão de receitas, oriundos do Mandado de Procedimento Fiscal nº 08.1.90.00-2008-05574-1, que estão pendentes de julgamento desde 28/07/2009 devido à impugnação apresentada e que resultaram no Ato Declaratório de Exclusão do Simplex ora contestado que, portanto, deve ser anulado.

A DRJ, manteve o lançamento, nos termos das ementas abaixo:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/01/2004, 29/02/2004, 31/03/2004, 30/04/2004, 31/05/2004, 30/06/2004, 31/07/2004, 31/08/2004, 30/09/2004, 31/10/2004, 30/11/2004, 31/12/2004

ENVIO DE INTIMAÇÕES. DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. ENDEREÇO CADASTRAL.

Intimações devem ser enviadas ao domicílio tributário do sujeito passivo entendido como o endereço postal ou eletrônico autorizado fornecidos pelo mesmo sujeito passivo para fins cadastrais.

INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. UTILIZAÇÃO. QUEBRA DE SIGILO. INOCORRÊNCIA.

A utilização de informações bancárias obtidas junto às instituições financeiras constitui simples transferência à administração tributária, e não quebra, do sigilo bancário dos contribuintes, não havendo, pois, que se falar na necessidade de autorização judicial para o acesso, pela autoridade fiscal, a tais informações.

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO.

A instituição de uma presunção pela lei tributária transfere ao contribuinte o ônus de provar que o fato presumido pela lei não aconteceu em seu caso particular.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Data do fato gerador: 31/01/2004, 29/02/2004, 31/03/2004, 30/04/2004, 31/05/2004, 30/06/2004, 31/07/2004, 31/08/2004, 30/09/2004, 31/10/2004, 30/11/2004, 31/12/2004

DEPÓSITO BANCÁRIO. ORIGEM. FALTA DE COMPROVAÇÃO. RECEITA OMITIDA.

Valores depositados em conta bancária, cuja origem a contribuinte regularmente intimada não comprova, caracterizam receitas omitidas.

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.

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

Data do fato gerador: 31/01/2004, 29/02/2004, 31/03/2004, 30/04/2004, 31/05/2004, 30/06/2004, 31/07/2004, 31/08/2004, 30/09/2004, 31/10/2004, 30/11/2004, 31/12/2004

LANÇAMENTO. JULGAMENTO. NORMAS APLICÁVEIS. IMPOSTO DE RENDA.

As normas relativas ao imposto de renda devem ser aplicadas na determinação e exigência dos créditos tributários devidos em conformidade com o Simples.

LIMITE LEGAL. ULTRAPASSAGEM. EXCLUSÃO OBRIGATÓRIA. COMUNICAÇÃO DO CONTRIBUINTE. INEXISTÊNCIA. EXCLUSÃO DE OFÍCIO.

O contribuinte optante pelo Simples que ultrapassa o limite legal para permanecer neste sistema de tributação deve ser excluído de ofício do mesmo sistema a partir do ano-calendário seguinte na hipótese de não comunicar voluntariamente sua exclusão.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/01/2004, 29/02/2004, 31/03/2004, 30/04/2004, 31/05/2004, 30/06/2004, 31/07/2004, 31/08/2004, 30/09/2004, 31/10/2004, 30/11/2004, 31/12/2004

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE.

Os administradores, mandatários, prepostos e empregados são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DOLO. MULTA. 150%.

Em lançamento de ofício é devida multa qualificada de 150% calculada sobre a totalidade ou diferença do tributo que não foi pago ou recolhido quando demonstrada a presença de dolo na ação ou omissão do contribuinte.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. LEGALIDADE.

A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

CRÉDITO VENCIDO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Os créditos Tributários vencidos e ainda não pagos devem ser acrescidos de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic).

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 a decadência para os períodos até maio de 2004. Outrossim, não mais se insurgiu quanto a sua exclusão da sistemática do SIMPLES.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator

O recurso reúne as condições de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, trata-se de contribuinte optante pelo Simples Nacional, autuado por ter omitido receita no ano-calendário de 2004, isso com base em sua movimentação bancária (art. 42 da Lei nº 9.430/96, reenquadrando-a assim em novas faixas de tributação do Simples).

Delimitação da Lide

No mérito, o Contribuinte não questiona sua exclusão do Simples, mas tão somente a ocorrência de omissão de receitas. Portanto, a exclusão do simples não mais faz parte da lide.

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 - Lei Complementar nº 105/2001 e Decreto nº 3.724/2001, por violação ao art. 5º, inciso X, da Constituição Federal. Alega, ainda, que a quebra do sigilo bancário deve ser buscada perante o Poder Judiciário

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*

Portanto, rejeito esta preliminar.

PREJUDICIAL DE MÉRITO – DECADÊNCIA

DECADÊNCIA

Em relação à decadência, faço uso da tese jurisprudencial adotada pelo STJ, no sentido de entender que a aplicação do art.150, §4º, do CTN atrai a realização de um pagamento. Na ausência desse pagamento ou diante de fraude, dolo o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se também após 5 (cinco) anos, mas, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art.173, I, do CTN).

Quanto à matéria, adoto, portanto, a posição consolidada do STJ, que na essência foi seguida pela DRJ para todos os tributos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PETIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL ASSINADA POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. SÚMULA 115/STJ. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

...

3. Nos créditos tributários relativos à contribuição previdenciária – tributo sujeito a lançamento por homologação – cujo pagamento não foi antecipado pelo contribuinte, caso em que se aplica o art. 173, I, do CTN, deve o prazo decadencial de cinco anos para a sua constituição ser contado a partir do primeiro dia do exercício financeiro seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, escorreito o acórdão recorrido, o qual entendeu pela exigibilidade integral dos débitos referentes ao ano base de 1992.

7. Recurso especial não conhecido.(Segunda Turma, REsp 1154592 / PR, Min. Castro Meira, Julg. 20/05/2010, DJe 02/06/2010).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL.

1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando incorre o pagamento antecipado pelo contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de ofício substitutivo é determinado pelo artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

2. Orientação reafirmada pela Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp nº 973.733/SC, Relator Ministro Luiz Fux, sob o rito dos recursos repetitivos (Código de Processo Civil, artigo 543-C).

3. Agravo regimental improvido. (Primeira Turma, AgRg no REsp 1120220 / PR, Min. Hamilton Carvalhido, Julg. 18/05/2010, DJe 02/06/2010)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

.....

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (Primeira Seção, REsp 973.733/SC, Min. Luiz Fux, Julg. 12/08/2009, DJe 18/09/2009)

Dispensável analisar-se a questão do dolo ou fraude nesse momento, uma vez que, não havendo pagamentos, mantém-se a regra do art. 173, I do CTN, o que de plano afasta a decadência nos termos do art. 150, parágrafo 4º do CTN.

É que o exercício seguinte ao que se poderia ter lançado é 2005, findando o prazo para lançar, portanto, em janeiro de 2010, como a ciência se deu em 29/06/2009, afastado está a decadência para todos os tributos.

Portanto, afasto a decadência

MÉRITO

É sabido que a legislação de regência do SIMPLES (art. 18 da Lei nº 9.317/96) determina que se aplicam 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 esta Lei, desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas.

O art. 42, da Lei nº 9.430/1996, por sua vez, é aplicável ao caso, sendo 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.

Toda a defesa da recorrente converge para a tentativa de afirmar que aquela movimentação bancária realizada apesar de se constituir em ingressos, não se constitui em receita. É que segundo a Recorrente, não haveria que se falar em crédito tributário, pois não ocorreu fato gerador, nem haveria também que se falar em faturamento ou renda, mas simples repasse do valor-mercadoria, uma vez que a empresa não revendia os tíquetes a ninguém, mas figurava como depositária em favor das operadoras de tíquetes

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 suficiente para comprovar a origem dos recursos daqueles diversos depósitos. Ou seja, a recorrente não logrou comprovar, através de documentação hábil e idônea, coincidentes em datas e valores, a origem dos recursos recebidos em conta bancária. Não apresentou notas fiscais e muito menos recibos, apresentando apenas dois contratos entre o sócio e empresas fornecedores de vale refeição, que foi desconstituído pela fiscalização conforme mais abaixo se expõe. Também não faz parte do seu objeto social a alegada atividade

comercial de intermediação de vales refeições, ale do seu capital social ser muito diminuto para suportar tal atividade.

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, com base em jurisprudência ultrapassada do extinto TRF, bem assim através considerações genéricas sem trazer aos autos quaisquer provas de suas alegações. Para comprovar suas alegações genéricas deveria ter trazido provas cabais, o que não ocorreu.

O que se vê é que 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 considerações e, evidenciada a absoluta licitude do estabelecimento das presunções legais, cumpre dizer que, em relação ao ano-calendário autuado, 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. No caso presume-se que este montante na verdade se origina de receita tributável auferida e não declarada

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, o que não foi feito.

Outrossim, mesmo não questionando em recurso voluntário o que fora colocado pela decisão de piso a respeito de sua assertiva que se estaria diante de receitas de terceiros, cabe aqui reproduzir o que a DRJ expôs a esse respeito por pertinente:

43. Por outro lado, a fiscalização aprofundou a investigação ao solicitar às instituições financeiras, cópias de cheques, frente e verso, emitidos com valor superior a R\$30.000,00, de documentos de emissão de DOCs e TEDs emitidos com valor superior a R\$30.000,00 e outras ordens de débitos em conta corrente acima de R\$30.000,00 (fls. 303, 304, 322, 323, 409 e 410). Os documentos apresentados pelos

Bancos encontram-se às fls. 305 a 321 (Banco Real), 324 a 408 (Safra) e 411 a 450 (Unibanco).

44. Estes documentos, obtidos por amostragem (foram solicitados somente os de valores acima de R\$30.000,00 e a maioria se refere ao ano-calendário 2005), indicam que a explicação da contribuinte sobre sua movimentação financeira é parcialmente verdadeira. Eles confirmam a versão da autuada no sentido de que os créditos em suas contas correntes foram feitos por empresas administradoras de tíquetes: Banco VR S.A (fls. 306, 307, 309 a 313, 315 e 325 a 332), Ticket Serviços S.A (fls. 316 e 325 a 332) e Sodex o Pass do Brasil (fls. 325 a 332). Contudo, os débitos realizados nas contas bancárias da contribuinte, comprovados por cópias de cheques, TEDs, DOCs e outras ordens de débito (fls. 308, 318 a 321, 334 a 408, 419 a 447) demonstram que foram realizados grandes pagamentos (acima de R\$30.000,00), muitos a outras pessoas jurídicas e grande parte a mesmas pessoas físicas, o que infirma claramente a tese da impugnante de que trabalhadores do entorno do local onde se encontra o estabelecimento da autuada a procuravam para vender seus tíquetes e que trabalhava por conta e ordem e/ou como depositária das empresas de tíquetes.

45. De qualquer maneira a contribuinte não comprova, o que é seu ônus conforme o artigo 42 da Lei nº 9.430/1996 acima transcrito, nem está comprovado, diga-se mais uma vez, pelos documentos juntados pela fiscalização por amostragem e que se referem majoritariamente ao ano-calendário 2005, que os depósitos bancários têm origem em valores recebidos de administradoras de tíquetes. E se isto estivesse comprovado, ainda assim o lançamento seria cabível, não mais por presunção legal, mas por prova direta da receita omitida, de acordo com a distinção feita acima. E mesmo que não se trate de uma operação normal com tíquetes alimentação e refeição (o repasse de tíquetes recebidos pela venda de alimentos ou refeições), mas que seja uma simples compra e venda dos tíquetes, como se estes fossem títulos de créditos de ampla e livre circulação, ainda assim a autuação não poderia ser afastada, já que a receita bruta da atividade é a base de cálculo dos tributos devidos em conformidade com o Simples, de acordo com os artigos 2º, § 2º e 5º, caput, da Lei nº 9.317/1996, que assim dispõe:

An. 2º (...) (...)

§2º Para os fins do disposto neste artigo, considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

(...)

Ari. 5º O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES, será determinado mediante a aplicação, sobre a receita bruta mensal auferida, dos seguintes percentuais:

(...)

46. Como se vê, o contribuinte optante pelo Simples deve calcular o valor devido de acordo com este sistema de tributação aplicando um determinado percentual sobre a receita bruta mensal auferida. Dito de outra forma: mesmo que a atividade da impugnante seja comprar e vender tíquetes com apenas 1% de lucro, no Simples a contribuinte não tem direito a descontar 99% da sua receita bruta a título de custos ou despesas. Se quisesse considerar seus dispêndios, a contribuinte deveria

ter optado pelo lucro real. Não existe previsão legal para aplicar as alíquotas favorecidas do Simples sobre a base de cálculo menor do lucro real.

Por todo o exposto, mantenho o lançamento nesse aspecto.

Como se vê, mesmo a Recorrente não se desincumbido a contento de comprovar a origem dos depósitos, a fiscalização fez um esforço adicional no sentido de aprofundar as investigações. As investigações não foram concludentes, pois foi feito por amostragem e em relação ao ano seguinte à autuação. De qualquer sorte, não se provou cabalmente as alegações da recorrente. E apenas para argumentar, como bem colocou também a decisão de piso, mesmo que não se trate de omissão de receitas via presunção legal, tratar-se-ia de omissão direta de receita não declarada, em cima do qual se aplica o percentual de presunção de lucro do SIMPLES.

Portanto, mantenho o lançamento nesse aspecto também.

Responsabilidade tributária - Sr. Luiz Alberto Rodrigues Alves - CONHECIMENTO

Foi lavrado Termo de sujeição passiva solidária para o Sr. Luiz Alberto Rodrigues Alves que tinha amplos poderes para movimentar a conta bancária junto ao Unibanco, bem assim constava do cadastro do banco como procurador, motivo pelo qual foi considerado como pessoa com interesse no fato gerador do tributo, ex vi 124, I do CTN.

Em relação aos argumentos da empresa no sentido de tentar excluir a responsabilidade tributária do Sr. Luiz Alberto Rodrigues Alves, não tomo conhecimento dessa parte do recurso pelos motivos abaixo alinhavados.

. Não se nega aqui o direito de a Recorrente defender-se, de toda e qualquer matéria que lhe diga respeito,

Por outro lado, todos os argumentos genéricos utilizados para desconstituir a responsabilidade tributária do referido sujeito solidário não mais podem surtir efeitos na esfera administrativa, pois já estão consolidados de forma definitiva nessa esfera na medida em que se tornou revel ao não apresentar recurso voluntário.

Outrossim, cabe salientar que se a Recorrente tem, no caso, “legitimação para o processo” (*legitimatío ad processum*), pois isso diz respeito à capacidade para estar em juízo, de um modo geral, porém não possui a chamada “legitimação para a causa” (*legitimatío ad causam*) que diz respeito à possibilidade de alguém estar em juízo, como autor ou como réu, com relação a um pedido determinado em sentido material. Por legitimidade das partes, nesse caso específico, entende-se a “pertinência subjetiva da lide”, ou seja, no caso específico do autor seja aquele a quem a lei assegura o direito de invocar a tutela jurisdicional. Segundo Arruda Alvim, a capacidade de ser parte é requisito pré-processual, ex vi art. 267, IV do CPC, portanto, tratando-se de hipótese de carência de ação é gerada a extinção do processo sem julgamento do mérito, por faltar o juízo de admissibilidade.

Por fim, nem mesmo se adotando o princípio da informalidade moderada no âmbito do Processo Administrativo Fiscal se poderia abrir mão de tais conclusões quanto ao instituto da preclusão.

É que o instituto da preclusão (temporal, consumativa e lógica) não nasce da pretensão de certeza do Direito Material, de busca da verdade material, mas da pretensão de finitude da pacificação da lide em tempo razoável, de temporalidade mesmo, de segurança jurídica que são aspectos também inerentes e importantes ao Direito e que estão sempre se contrapondo ao valor relacionada à pretensão de verdade ou certeza que se busca em uma tutela jurídica. Nesse conflito de valores deve-se buscar um equilíbrio e não meramente suprimir um instituto processual importante como este.

Em nome de uma “instrumentalidade do processo” não se pode hipertrofiar os poderes do juiz ou julgador administrativo, em detrimento do devido processo legal. Este só se constitui com regras a priori a serem seguidas que passam a constituir o próprio jogo do Direito, não se podendo sempre divisar uma separação nítida entre direito material e direito processual, mas tão-somente regras do jogo a serem seguidas.

Não conheço, portanto, dos argumentos em parte utilizados pela Empresa no que diz respeito à insurgência quanto à imputabilidade de responsabilidade tributária ao Sr. Luiz Alberto Rodrigues Alves

Multa confiscatória

Sobre a argüição 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 (150%) – Prática reiterada

Assoma claro nos autos que a empresa, de forma intencional e reiterada, 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, adiante 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.”

Para melhor contextualizar a prática dolosa, veja-se esse trecho da decisão de piso:

22. A contribuinte foi intimada, por meio do Termo de Início de Fiscalização, cientificado ao sócio Sr. Braz Machado, CPF 813.961.718-00 em 29/08/2008, a apresentar, relativamente aos anos-calendário 2004 e 2005, entre outros documentos, o Livro Caixa ou Livros Diário e Razão e os extratos de contas correntes bancárias (fl. 10). Nesta mesma data, o sócio da fiscalizada, na presença do auditor fiscal e de uma testemunha assinou Termo de Declarações (fl. 11) cujo texto é o seguinte:

Na presença do Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, Sebastião Guglielmino, matrícula 12047, no local de exercício da minha atividade comercial de revenda de bebidas, localizada na Rua Carlos dos Santos nº 774 Jd. Brasil São Paulo (SP), com empresa registrada sob o nome de Bar e Petisco Machado Ltda. ME, declaro sob as penas da lei que não mantenho conta bancária há mais de 5 (cinco) anos, sendo meu comércio de baixíssimo rendimento, apenas para subsistência, sequer declarando renda aos órgãos municipais, estaduais e federais.

Para tanto, de plena concordância, assino o presente termo, na presença do Auditor e de uma testemunha, (negrito meu)

23. Diante desta declaração do sócio, prestada no estabelecimento da pessoa jurídica e em resposta ao Termo de Início de Fiscalização dirigido à empresa, ação fiscal esta cujo Mandado de Procedimento Fiscal foi emitido no âmbito da operação 91231

MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA INCOMPATÍVEL COM RECEITA DECLARADA - PJ,

a Delegada da Receita Federal de Fiscalização em São Paulo lavrou em outubro de 2008, nos termos do artigo 60 da Lei nº 105/2001, regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, as Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira — RMF's (fls. 12 a 14, 133 a 135 e 188 a 190), nas quais foram requisitados, entre outros elementos relativos aos anos-calendário 2004 e 2005, extratos de movimentação de contas correntes e instrumento de procuração outorgando poderes para terceiros movimentarem conta corrente. Cópias dos extratos bancários, fornecidos pelo banco Safra encontram-se de fls. 142 a 187. Cópia de procuração (fls. 196 e 197) dando amplos poderes ao Sr. Luiz Alberto Rodrigues Alves, CPF 074.890.498-06, inclusive para movimentar contas bancárias da fiscalizada, foi fornecida pelo Unibanco, que registrou este procurador na ficha cadastral da empresa (fl. 194). A própria fiscalizada apresentou, em fevereiro de 2009, os extratos relativos a conta por si mantida no Unibanco em 2004 (fls. 253 a 279) e declaração assinada pelo sócio Braz Machado, na qualidade de sócio responsável pela pessoa jurídica fiscalizada, na qual declara o seguinte:

(...) a movimentação verificada em contas bancárias sob titularidade do estabelecimento acima qualificado se trata, efetivamente, de movimentação realizada por conta e ordem de terceiros, qualificados como empresas de tiquetes ("tickets") de refeição e de alimentação, uma vez que referido estabelecimento, do

qual sou sócio responsável, realizou operação de compra de "tickets" de pessoas físicas em geral por sua livre e espontânea vontade, não caracterizando, desta forma, nenhum fato típico antijurídico de qualquer natureza.

No presente caso, o fato de a contribuinte declarar que permaneceu durante todo o ano-calendário de 2004 sem efetuar qualquer atividade operacional, não operacional, financeira ou patrimonial (fl. 751), ao mesmo tempo em que auferiu receitas, caracterizadas por depósitos bancários não comprovados no montante total de R\$5.432.731,64, configura o evidente intuito de fraude e o dolo descrito nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964, motivo para aplicação da multa qualificada de 150%, conforme atual § Io do artigo 44 (antigo inciso II) da Lei nº 9.430/1996. Ademais, há que se considerar que o caso

Em relação à “prática reiterada” de omissão de receitas constituir condição suficiente para a caracterização do evidente intuito de fraude, pauto o meu sistema de referência em cima da impossibilidade epistemológica (limites do conhecimento) de se caracterizar o evidente “intuito” de fraude nos termos postos por alguns julgados. Parto do princípio de que não se deve nunca interpretar uma lei quando o resultado dessa exegese leve a absurdos tais como o de imaginar que o dolo ou “o evidente intuito de fraude” devam ser extraídos da mente do sujeito passivo e não das circunstâncias fáticas que permeiam todo o contexto onde a prática aconteceu. É o elemento objetivo que se deve procurar e daí, a partir dele, valendo-se do raciocínio lógico e probabilístico, extrair aquilo que o impregna: o elemento subjetivo (dolo).

Dessa forma, a prática de omitir receitas por vários anos 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.

Diante desse contexto, deve ser mantida a multa qualificada de 150%.

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 a autoridade administrativa é vinculada a lei válida e vigente, não cabendo a este órgão

Processo nº 19515.002318/2009-08
Acórdão n.º 1401-001.161

S1-C4T1
Fl. 982

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, NÃO CONHEÇO do recurso em parte, e na parte conhecida, Rejeito preliminar, AFASTO a DECADÊNCIA e, no mérito, nego provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto