



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

Processo nº 19515.003598/2007-00
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-000.955 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de junho de 2012
Matéria IRPJ/SIMPLES/OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente COMERCIAL MAESTRO DE SUCATAS LTDA. EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ementa: DEPÓSITOS BANCÁRIOS. LANÇAMENTO.

É regular o procedimento de fiscalização que, após a análise da escrituração contábil do contribuinte, examina os extratos bancários para verificar a compatibilidade entre a movimentação financeira e os valores escriturados e declarados ao fisco. Em constatando relevante disparidade e não justificando, o contribuinte, a origem dos créditos bancários, é lícito proceder ao lançamento por presunção de receita omitida, com fulcro no artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

ÔNUS DA PROVA. PRESUNÇÃO LEGAL.

Nos casos de lançamento tributário por presunção legal, o ônus da prova inverte-se e passa ao contribuinte fiscalizado a responsabilidade por descaracterizar o ilícito tributário.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

O decidido em relação à tributação do IRPJ deve acompanhar as autuações reflexas de PIS, COFINS e CSLL.

MULTA DE OFÍCIO E TAXA SELIC. INCONSTITUCIONAL

Aplicam-se as Súmulas CARF nº 02 e nº 04.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Os membros da Turma acordam, por unanimidade, negar provimento ao recurso voluntário nos termos do relatório e voto proferidos pelo Relator.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Presidente.

(assinado digitalmente)

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto Souza Junior, Wilson Fernandes Guimarães, Paulo Jakson da Silva Lucas, Edwal Casoni de Paula Fernandes, Carlos Augusto de Andrade Jenier e Guilherme Pollastri Gomes da Silva.

Relatório

Em decorrência de ação fiscal, a contribuinte acima identificada foi autuada em 23/11/2007 (fls. 436, 444, 452, 460 e 468), e intimada a recolher o crédito tributário constituído relativo aos tributos abrangidos pelo Simples. Lavrados os seguinte autos de infração referentes a fatos geradores ocorridos em 2004, com multa (75%) e juros calculado até 31/10/2007:

IRPJ (fls. 436 a 439), no montante de R\$512.077,81;

PIS (fls. 444 a 447), no montante de R\$512.077,81;

CSLL (fls. 452 a 455), no montante de R\$1.575.624,23; e

Contribuição para a Seguridade Social - INSS (fls. 468 a 471), no montante de R\$3.387.592,16.

Conforme descrito nos Autos de Infração e no Termo de Verificação (fls. 415 a 419), a contribuinte cometeu as seguintes infrações:

1. omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários não escriturados cuja origem não foi comprovada pela contribuinte regularmente intimada;

2. insuficiência de recolhimento decorrente da mudança de faixa de alíquota do Simples incidente sobre a receita declarada em função do aumento da receita bruta acumulada devido ao cômputo da receita omitida, conforme demonstrativos de fls. 421 a 426.

Irresignada com os lançamentos, em 20 de dezembro de 2007, a autuada apresentou, representada pelo sócio administrador (fl. 497), a impugnação de fls. 474 a 497, instruída com os documentos de fls. 498 a 573 na qual alega, em síntese, o seguinte:

Não houve qualquer omissão de receita, pois em nenhum momento a autoridade fiscal indicou diferenças entre o balanço patrimonial da empresa e os valores documentados na escrita fiscal e contábil da impugnante, nem considerou, no procedimento realizado, os demais livros e documentos fiscais;

De acordo com o artigo 153, inciso III, da Constituição Federal, artigo 43 do Código Tributário Nacional e doutrina reproduzida, a tributação dos lucros pressupõe a efetiva existência destes e, não havendo lucros auferidos, uma vez que estes ainda não estão nem

econômica, nem juridicamente disponíveis para a Impugnante, não há que se falar em incidência de Imposto de Renda;

Em jurisprudência transcrita, tanto do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes, como do extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR), se lê que lançamentos formalizados com base em depósitos bancários não têm prosperado;

A súmula 182 do extinto TFR diz que é ilegítimo lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários, sendo, portanto, necessária demonstração cabal pertinente do contexto tributário em que se inserem e de sua consistência material, para afastar a simples conjectura ou mera presunção e assegurar ao contribuinte a observância dos princípios da legalidade e da tipificação tributária;

Neste contexto jurisprudencial, foi editado o Decreto lei nº 2.471/1988 (artigo 9º , inciso VII) que determinou o cancelamento e arquivamento dos processos de imposto de renda arbitrado com base exclusivamente em valores de extratos ou comprovantes bancários;

Os débitos tributários devem ser totalmente cancelados também por infringirem os artigos 25, inciso I, e 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972, a Portaria Ministerial MF nº 493, de 22/11/1968, e o artigo 5º , incisos X, XII, LIII e LVI da Constituição Federal;

Conforme o artigo 142 do CTN e doutrina reproduzida, o ônus da prova cabe ao Fisco, que tem o dever de investigar os fatos, sendo inadmissível a realização do lançamento por mera suposição de ocorrência de fato gerador ou por "presunção da fiscalização" vedada no ordenamento jurídico;

"Supostos depósitos bancários podem se constituir em valiosos indícios, mas não fazem prova de omissão de rendimento, por não se caracterizarem disponibilidade econômica de renda e proventos e, nem podem ser tomados como valores representativos de acréscimos patrimoniais, além do que para amparar tal lançamento mister que se estabeleça um nexo causal entre cada depósito e o rendimento omitido", o que não foi observado no presente caso;

A multa de 75% deve ser reduzida por não existir distinção entre multa punitiva e multa moratória, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no recurso especial nº 16.672/SP, por ofender a vedação constitucional ao confisco (artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal) e o princípio constitucional da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º , da Constituição Federal);

É inconstitucional e ilegal a aplicação da taxa Selic, porque esta taxa não foi instituída por lei, mas por Circulares do Banco Central, o que desrespeita os princípios constitucionais da legalidade geral (artigo 5º , inciso II) e da legalidade tributária (artigo 150, inciso I), por ter natureza remuneratória, por ofender o limite para taxa de juros de 12% ao ano previsto no § 3º do artigo 192 da CF, por extrapolar o limite de 1% ao mês previsto no artigo 161 do CTN, que somente pode ser alterado por Lei Complementar nos termos do artigo 146, inciso III, letra "b", da CF, e do artigo 34, § 5º , do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

O uso da taxa Selic também ofende o princípio constitucional da isonomia (artigo 5o, inciso I), pois enquanto o contribuinte é constrangido ao pagamento de uma taxa onerosa e descabida, a Fazenda é obrigada ao pagamento dos juros de seis por cento ao ano no caso de indébito tributário, conforme disposto na Lei nº 4.414/1964;

O STJ já decidiu que a taxa Selic é inconstitucional e ilegal conforme informativo jurisprudencial nº 131, de 26/04/2002, parcialmente transcrito;

A impugnante foi tributada por ultrapassar o limite de faturamento imposto pelo Simples, o que permitiu à autoridade administrativa excluí-la do Simples e tributá-la de forma mais gravosa, aplicando sobre o faturamento as alíquotas relativas à Cofins, ao Pis, à CSLL e às contribuições devidas ao INSS;

"No que concerne à contribuição devida ao INSS, é que reside toda ilegalidade, pois a lei autoriza para efeito de aplicação de alíquota relativa à contribuição devida ao INSS o percentual de 11% a título de retenção de empregados e 20% da parte empresa";

Protesta por provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente apresentação de demonstrativos, extratos, declarações, documentos, inclusive perícias, diligências, vistorias, aditamentos, juntada de documentos e as que mais se fizerem necessárias.

A autoridade julgadora de primeira instância (DRJ/SPOI) decidiu a matéria por meio do Acórdão 16-28.955, de 19/01/2011 (fls.580), julgando improcedente a impugnação, tendo sido lavrada a seguinte ementa:

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

ESPÉCIES DE PROVAS. PERÍCIA. DILIGÊNCIA. DOCUMENTOS.

MOMENTO PARA REQUERER OU APRESENTAR. IMPUGNAÇÃO.

O processo administrativo fiscal federal prevê a prova pericial, a diligência e a prova documental, devendo as primeiras ser formuladas e justificadas na impugnação e a última, em regra, ser apresentada juntamente com a mesma impugnação.

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.

TRIBUTOS ABRANGIDOS. CONTRIBUIÇÃO AO INSS. EXCESSO DE RECEITA.

A adesão ao Simples, implica o pagamento unificado de diversos tributos, entre os quais, a contribuição patronal previdenciária ao Instituto Nacional de Seguro Social (INSS).

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

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. MULTA. 75%.

Em lançamento de ofício é devida multa de 75% no mínimo calculada sobre a totalidade ou diferença do tributo que não foi pago, recolhido ou declarado.

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).

É o relatório. Passo ao voto.

Voto

Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas

O recurso voluntário é tempestivo e assente em lei. Dele conheço.

Nesta fase a recorrente ratifica as argumentações iniciais.

Trata a lide de exigências de Imposto de Renda Pessoa Jurídica/SIMPLES, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido/SIMPLES, Programa de Integração Social/SIMPLES, Contribuição para Financiamento da Seguridade Social/SIMPLES e Contribuição para a Seguridade Social, relativas ao ano-calendário de 2004, formalizadas em decorrência das seguintes imputações: a) omissão de receitas caracterizada por depósitos

bancários não escriturados cuja origem não foi comprovada pela contribuinte regularmente intimada; e b) insuficiência de recolhimento decorrente da mudança de faixa de alíquota do Simples incidente sobre a receita declarada em função do aumento da receita bruta acumulada devido ao cômputo da receita omitida.

Irresignada com a decisão prolatada em primeira instância, a contribuinte traz razões, em sede de recurso voluntário, as quais passo a apreciar.

Os vários pontos argüidos pela recorrente já foram objeto de apreciação pela DRJ, no Acórdão proferido, que esclareceu sobre a legalidade e legitimidade da autuação imposta, e sequer foram enfrentadas as razões de procedência do lançamento tributário nesse Recurso Voluntário, pelo que denota-se um caráter meramente protelatório.

No entanto, como bem explicitado no precitado Termo de Verificações e reprisado no Acórdão ora combatido, a autuação fundamentou-se no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, já reproduzida nos dois documentos que cito, partes desse processo.

Esse dispositivo legal cuida de uma presunção de omissão de receitas.

As presunções legais vêm expressas na lei tributária. O próprio legislador destaca situações especiais nas quais os indícios pressupõem a ocorrência do fato gerador, no caso, a obtenção de receita. São situações que de tão excepcionais denunciam o ilícito tributário ocorre com o artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

O numerário depositado em conta bancária, não justificado pelo contribuinte interpelado, constitui omissão de receita.

Novamente, nota-se a seguinte situação excepcional. uma pessoa, jurídica ou física, ao ser fiscalizada, possui ingressos, em conta bancária, em valores superiores àqueles informados ao fisco (ou não registrados na contabilidade).

A norma tributária determina, na verificação desta hipótese, que não sendo demonstrada a origem daquele numerário pressupõe-se que constitui receita omitida (esse é o fato gerador da obrigação tributária). E a prova, a lei expressamente o declara, caberá ao contribuinte.

As presunções legais, pois, surgem de situações nas quais, com tranquilidade, os indícios denotam a ocorrência do ilícito tributário.

E a autoridade fiscal colheu as provas dos indícios enunciados na norma tributária: os créditos tributários — não da presunção, em si, pois esta já está declarada como ilícito, pela própria norma.

A presunção, por conseguinte, ergue-se sobre indícios que devem ser devidamente e fartamente provados, como no presente lançamento.

A propósito, o artigo 42 não traz qualquer inovação ao ordenamento jurídico quanto à inversão do ônus da prova. Em todos os casos em que a lei expressamente declare a presunção, o ônus da prova é invertido e, na seara tributária, há muitos casos de presunções legais.

Assim dispõem os artigos 925 e 926 do RIR/99:

Art.924.Cabe à autoridade administrativa a prova da inveracidade dos fatos registrados com observância do disposto no artigo anterior (Decreto-Lei n 2 1.598, de 1977, art. 92).

Inversão do Ônus da Prova

Art.925.0 disposto no artigo anterior não se aplica aos casos em que a lei, por disposição especial, atribua ao contribuinte o ônus da prova de fatos registrados na sua escrituração (Decreto-Lei n2 1.598, de 1977, art. 92, § 32).

Destarte, irrelevante para a aplicação do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, no lançamento tributário, a identificação da origem dos ingressos nas contas bancárias ou estabelecer-se qualquer nexos com o faturamento da empresa, ou outro objeto.

E com fulcro no artigo 926 acima reproduzido, quem tem o dever de provar que a origem dos valores depositados em conta de sua titularidade não provêm da obtenção de receitas (fato gerador), até então omitidas, é o sujeito passivo da obrigação tributária.

Somente justificando o ingresso de numerários, com documentação hábil, pode ilidir a presunção legal tributária de omissão de receitas. Não o fazendo, entende-se ser mera alegação, inapta para ilidir a tributação contra si imposta.

Incabível, por estas razões, invocar-se a Súmula 182 do extinto TRF.

Por fim, abordo as questões de inconformidade da recorrente quanto aos acréscimos legais imputados no procedimento de ofício. Tanto a multa de ofício aplicada, no percentual de 75%, quanto os juros cobrados nas exigências fiscais, estão de acordo com as normas vigentes, explicitadas nos demonstrativos de multa e de juros que integram os Autos de Infração.

É cediço que a autoridade responsável pela atividade administrativa do lançamento tributário age de forma vinculada e obrigatória, não podendo escolher em aplicar ou não as normas, sob pena de responsabilidade funcional (art. 142, § único, do CTN — Código tributário Nacional).

Os órgãos colegiados de julgamento também não podem dispor das normas, em vigor, negando-lhes a aplicação. Invoco as súmulas editadas por esse Conselho, extraídas de recorrentes julgados administrativos, nos quais conclui-se que à autoridade julgadora administrativa não compete arguir sobre a inconstitucionalidade, ou ilegalidade, das normas tributárias vigentes, sendo essa matéria de competência exclusiva da Suprema Corte Judicial.

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

Súmula CARF nº 4: 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.

Incabíveis as pretensões da recorrente em obter, nesse julgamento, redução dos percentuais aplicados relativos à multa de ofício e aos juros, calculados pela taxa Selic.

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator