



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

Processo nº 19515.006022/2009-58
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-001.905 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 4 de fevereiro de 2015
Matéria SIMPLES
Recorrente CHEFF'S BAR E LANCHES COMÉRCIO DE REFEIÇÕES LTDA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO.

Verificadas omissão e contradição no acórdão embargado, cumpre esclarecer a extensão do resultado do julgamento do recurso, sanando, assim, a omissão e a contradição levantadas.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

NULIDADES. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

A nulidade do lançamento somente se dá nos casos previstos no PAF, quando houver prejuízo à defesa ou ocorrer intervenção de servidor ou autoridade sem competência legal para praticar ato ou proferir decisão. Não configura qualquer dessas hipóteses, em especial a preterição do direito de defesa, rechaçam-se as alegações do sujeito passivo.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. APLICAÇÃO.

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.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa SELIC.

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO. INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGALIDADE DE NORMAS. AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIAR.

Os percentuais da multa de ofício, exigíveis em lançamento de ofício, são determinados expressamente em lei, não dispondo as autoridades administrativas de competência para apreciar a constitucionalidade de normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico.

MULTA AGRAVADA. APLICAÇÃO.

Cabível o agravamento da multa nos casos em que o Contribuinte, embora regularmente intimado, deixe de atender às intimações da Autoridade Fiscal no prazo.

ALEGAÇÕES DESACOMPANHADAS DE PROVAS.

As alegações de defesa devem ser apresentadas com as provas que suportem os motivos de fato e de direito em que se fundamentem.

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

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

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

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos e retificar o Acórdão 1402-001.694 para reconhecer a tempestividade do recurso voluntário e apreciá-lo nos seguintes moldes: Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, por maioria de votos, negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Cristiane Silva Costa e Carlos Pelá que votaram por dar provimento parcial ao recurso para excluir a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente.

(assinado digitalmente)

FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Frederico Augusto Gomes de Alencar, Carlos Pelá, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Paulo Roberto Cortez e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

Cheff's Bar e Lanches Comércio de Refeições Ltda ME recorre a este Conselho contra decisão de primeira instância proferida pela 13ª Turma da DRJ São Paulo 01/SP, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Por pertinente, transcrevo o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

1. Conforme Termo de Verificação Fiscal de fls. 205/213, trata-se de crédito lançado contra o Contribuinte acima identificado (optante pelo SIMPLES - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições), em relação ao ano-calendário de 2004, vez que em decorrência do procedimento fiscal realizado foi constatada omissão de receitas da atividade, de origem não comprovada, o que resultou na lavratura dos Autos de Infração incluídos no presente processo (acompanhados de demonstrativos de apuração dos valores devidos e demonstrativos de acréscimos legais - multa e juros), fls. 214/268.
2. Do conteúdo descrito no referido Termo de Verificação Fiscal e dos elementos acostados aos autos, destacam-se as seguintes intimações, documentos e informações:
 - 2.1. O procedimento fiscal teve início em 30/01/2009, com a emissão de Termo de Início da Ação Fiscal (fls 03), cientificado pessoalmente ao Contribuinte na pessoa do sócio da empresa (José Rubens Garcia). Consta do referido Termo o código de acesso para consulta ao Mandado de Procedimento Fiscal no endereço eletrônico da Secretaria da Receita Federal do Brasil, por intermédio da Internet. Ademais, o indigitado representante da Autuada recebeu uma via do MPF, consoante fls. 31.
 - 2.2. Em 19/03/2009 foi emitida e recebida a Intimação nº 01, fls. 35/6, dando prazo de 10 (dez) dias para apresentação dos seguintes documentos, relacionados à movimentação financeira do ano de 2004: extratos bancários relativos às contas bancárias que deram origem às movimentações financeiras da empresa; documentação hábil a corroborar a escrituração fiscal/contábil e a origem dos recursos depositados e/ou creditados nas contas bancárias de titularidade da empresa relacionadas em forma de planilha, fls. 35.
 - 2.3. Em 31/03/2009, a empresa apresentou documentação, vide rol às fls. 37.
 - 2.4. Em 31/03/2009, foi emitida e recebida a Intimação nº 02 (fls. 38/9) que, de fato, reentimou o Contribuinte para a prestação das informações solicitadas por intermédio da Intimação nº 01, especificamente no atinente à conta de titularidade da empresa mantida junto ao Banco Bradesco S/A.
 - 2.5. Às fls. 40/1, consta a Intimação nº 03, emitida em 18/05/2009, cientificada ao Contribuinte em 19/05/2009, via Aviso de Recebimento - AR, fls. 42, por

intermédio da qual a Autoridade Fiscal reitera as solicitações constantes na Intimação nº 02.

- 2.6. Às fls. 43, consta Termo de Recebimento de Documentos nº 03 dando conta da apresentação de documentos anteriormente solicitados, extratos de movimentação bancária. Às fls. 44/71, foram anexados os extratos apresentados.
- 2.7. Em 10/06/2009 foi emitida a Intimação nº 04, fls. 72/3, cientificada ao Contribuinte em 15/06/2009, via Aviso de Recebimento – AR, fls. 74, solicitando a apresentação dos seguintes documentos: extratos bancários complementares relativos a todas às contas bancárias que deram origem às movimentações financeiras da empresa; documentação hábil a corroborar a escrituração fiscal/contábil e a origem dos recursos depositados e/ou creditados nas contas bancárias de titularidade da empresa relacionadas atinentes à conta mantida junto Banco Bradesco S/A.
- 2.8. Às fls. 75/6 e 78/9, constam, respectivamente, as Intimações nº 05 e nº 06, emitidas, respectivamente, em 25/06/2009 e 30/07/2009, cientificadas ao Contribuinte em 26/06/2009 e 31/07/2009, via Aviso de Recebimento - AR, fls. 77 e 80, por intermédio das quais a Autoridade Fiscal reitera as solicitações constantes na Intimação nº 04.
- 2.9. Às fls. 81/2, consta a Intimações nº 07, emitida em 03/09/2009, cientificada ao Contribuinte em 04/09/2009, via Aviso de Recebimento - AR, fls. 83, por intermédio da qual a Autoridade Fiscal reitera as solicitações constantes na Intimação nº 04 e, adicionalmente, na forma de planilha, solicita esclarecimentos acerca de movimentações identificadas na conta mantida pela Autuada junto ao UNIBANCO S/A.
- 2.10. Ainda, por intermédio da Intimação nº 08, de 13/09/2009, cientificada ao Contribuinte em 15/10/2009, via Aviso de Recebimento - AR, fls. 86, a Autoridade Fiscal reitera as solicitações constantes na Intimação nº 07.
- 2.11. Ademais, constam às fls. 87/98, documentos referentes às Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira - RMF, pertinentes ao procedimento fiscal em tela, cujos destinatários forma BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA BRASIL S/A, BANCO BRADESCO S/A (Ag: 0313, Conta: 100.499-9/Ag: 2826, Conta: 10.338-1/Ag: 3114, Conta: 183.203-4) e BANCO SANTANDER BRASIL S/A (Cta: 353-0169-008195980-0).
- 2.12. Em resposta, às fls. 99/160, foram anexadas às informações encaminhadas pelas instituições financeiras às supracitadas RMF.
- 2.13. Às fls. 171/3, consta a Intimação nº 09, emitida em 26/11/2009, cientificada ao Contribuinte em 30/09/2009, via Aviso de Recebimento - AR, fls. 181, acompanhada dos anexos de fls. 161/170; 174/180 e 182/194, por intermédio da qual a Autoridade Fiscal solicita: comprovação, mediante apresentação de documentação hábil, os recursos depositados/creditados nas diversas contas que indica e pontualmente identificados pela Autoridade

Fiscal; esclarecimento sobre as funções exercidas pelo Sr. Alexandre Roberto da Silva na empresa em virtude dos poderes outorgados a este, consoante procuração acostada às fls. 116/7.

- 2.14. Às fls. 197, consta Intimação nº 001, em nome de Alexandre Roberto da Silva, datada de 09/12/2009, cientificada, via postal - AR, em 12/12/2009, fls. 198, a partir da qual a Autoridade Fiscalizadora solicita esclarecimentos acerca das movimentações financeiras efetuadas em nome da Autuada enquanto procurador daquela e, ainda, esclarecer e comprovar a origem dos recursos depositados e/ou creditados em tais movimentações.
- 2.15. Em resposta, às fls. 199, a indigitada pessoa física apenas informa que trabalhou exercendo cargo de confiança na Autuada sendo autorizado a movimentar a conta corrente da daquela, nada apresentando em termos de documentação.
- 2.16. Ademais, às fls. 203, encontra-se o Termo de Sujeição Passiva Solidária, a partir do qual Alexandre Roberto da Silva, CPF 148.019.648-77, nos termos do art. 124, c/c os artigos 135 e 137 do CTN e, ainda, art. 210, V, do Regulamento do Imposto de Renda - RIR (Decreto nº 3.000/99), é considerado como solidariamente responsável pelos créditos lançados no presente processo e pessoalmente responsável pelas infrações à lei cometidas como procurador da empresa.
- 2.17. No referido Termo de Verificação Fiscal, após resumos dos acontecimentos ocorridos durante o procedimento fiscal, ratificando o não atendimento às Intimações efetuadas, especialmente a de nº 09, concluiu-se que os valores de depósitos e/ou créditos consignados nas Intimações nº 08 e nº 09 foram originados de valores não registrados na escrituração fiscal da empresa, caracterizando, assim, a omissão de receita, conforme o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430/96.
- 2.17.1. A empresa apresentou em sua Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - Simples - PJSI 2005, ano-calendário de 2004, os valores estampados no item 1.8 do mencionado Termo, fls. 207.
- 2.17.2. Dos extratos bancários analisados, detectou-se que muitos históricos de movimentações guardam relação com a receita da atividade da empresa. Os valores apurados a partir daqueles, constantes das Intimações nº 08 e nº 09, estão demonstrados no item '1.9' do Termo em epígrafe, fls. 207/8.
- 2.17.3. Assim, a receita total declarada pela Autuada perfaz o montante de R\$ 35.864,06, enquanto o montante total da movimentação financeira sem origem comprovada verificada perfaz R\$ 4.662.223,90.
- 2.17.4. Destarte, a Autuada deixou de recolher os tributos devidos na sistemática do SIMPLES sobre a base de cálculo de R\$ 4.662.223,90, sujeitando-se ao lançamento de ofício nos termos do art. 926 do RIR.

- 2.17.5. Adicionalmente, informa a Autoridade Lançadora que em virtude do não atendimento às intimações supracitadas nos prazos marcados a penalidade restou agravada, nos termos do art. 959, I, do RIR.
- 2.17.6. Em virtude da constatação da ocorrência de excesso de receita bruta no ano-calendário de 2004, tendo em vista o limite estabelecido pelo art. 2º, II, da Lei nº 9.317/96, foi formalizada a Representação Fiscal para Exclusão de Ofício do Simples, nos termos do art. 15, IV, da Lei nº 9.317/96, conforme fls. 273/5.
- 2.17.7. No atinente à sujeição passiva solidária estabelecida entre a Autuada e Alexandre Roberto da Silva, a Autoridade Fiscal assentou, no item '6.7' do Termo em epígrafe, que a ciência deste dar-se-ia em apartado pelo "Termo de Sujeição Passiva Solidária", acompanhado das cópias dos documentos componentes das autuações fiscais.
- 2.18. Integram o presente processo, além dos Autos de Infração por tributo e dos respectivos demonstrativos de multa e juros de mora, Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário do Processo, fls. 01, os anexos com o demonstrativo de percentuais aplicáveis sobre a receita bruta (fls. 214/5) e com o demonstrativo de apuração dos valores não recolhidos (fls. 216/222), bem como o demonstrativo de apuração dos imposto/contribuição sobre diferenças apuradas, fls. 223/8.
- 2.19. Foram anexados ao Termo de Verificação Fiscal os seguintes discriminativos e documentos:
- (a) Demonstrativo de percentuais aplicáveis sobre a Receita Bruta e respectiva fundamentação legal (fls. 214/5);
 - (b) Demonstrativo de apuração dos valores não recolhidos (fls. 216/222) incidentes sobre os valores declarados, resultantes da aplicação dos percentuais corretos conforme discriminados no demonstrativo anterior;
 - (c) Demonstrativo da apuração do imposto/contribuição sobre diferenças apuradas (fls. 223/8), incidentes sobre a parcela referente à omissão de receitas;
- 2.20. Em 22/12/2009 foram lavrados os seguintes Autos de Infração, com os respectivos valores de crédito apurado e anexos de demonstrativo dos valores devidos e de demonstrativo de multa e juros:
- Imposto de Renda Pessoa Jurídica-SIMPLES, valor de crédito apurado: R\$ 94.691,33; Auto de Infração, fls. 232/6 e demonstrativos, fls. 229/231;
 - PIS - Programa de Integração Social-SIMPLES, valor de crédito apurado: R\$ 94.691,33; Auto de Infração, fls. 240/4 e demonstrativos, fls. 237/9;
 - CSLL - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido-SIMPLES, valor de crédito apurado: R\$ 151.542,89; Auto de Infração, fls. 248/252 e demonstrativos, fls. 245/7;

- COFINS - Contribuição para Financiamento da Seguridade Social-SIMPLES, valor de crédito apurado: R\$ 303.086,16; Auto de Infração, fls. 256/260 e demonstrativos, fls. 253/5;

Contribuição para Seguridade Social – INSS – SIMPLES, valor de crédito apurado: R\$ 619.058,15; Auto de Infração, fls. 264/8 e demonstrativos, fls. 261/3.

2.20.1. Anota-se que consta, no bojo de cada Auto de Infração, a respectiva fundamentação legal relativa ao tributo e aos acréscimos legais (multa e juros).

2.20.2. Destaca-se que o enquadramento legal da multa de ofício aplicada, encontra-se no artigo 44, I, contudo, nas circunstâncias que ensejaram o agravamento da multa, a fundamentação está insculpida no artigo 44, I, c/c art. 44, § 2º, todos da Lei nº 9.430/96, e o enquadramento legal dos juros de mora aplicado consta do artigo 61, § 3º, da mesma Lei anteriormente referida.

2.21. O Contribuinte foi cientificado, via postal, do Termo de Verificação, de todos os Autos de Infrações e do Termo de Encerramento em 23/12/2009, conforme AR acostado às fls. 271. O Termo de encerramento da Ação Fiscal foi juntado às fls. 269/270.

DA IMPUGNAÇÃO DA AUTUADA

3. O sujeito passivo apresentou, tempestivamente (fls. 477), impugnação às autuações (fls. 277/318). Suas alegações, em síntese, foram:

3.1. Apesar de a Impugnante, diligentemente, ter apresentado toda a documentação solicitada a Autoridade Fiscal procedeu à quebra do sigilo bancário da Insurgente, mediante emissão da Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira (RMF) junto ao Banco Bradesco, em total afronta aos princípios basilares que asseguram a intimidade e o sigilo de dados, como estampado nos incisos X e XII, do art. 5º, da Constituição.

3.2. Com base nas informações solicitadas a referida Autoridade constatou movimentação bancária, por procuração, efetuada pelo Sr. Alexandre Roberto da Silva, CPF nº 148.019.648-77, funcionário da empresa que exercia cargo de confiança junto à Impugnante e movimentou valores na conta corrente daquela, contudo nunca em seu próprio proveito.

3.3. Ademais, sendo os sócios da Defendente pessoas simples, de pouca instrução, e afirmando que a lanchonete da qual são proprietários lhes proporciona baixíssimo rendimento, apenas para a subsistência, confiaram ao indigitado funcionário, contratado com o fim específico de assessoramento para movimentações financeiras, a movimentação da conta corrente da empresa.

3.4. Alega, ainda, que foi esclarecido que o dito funcionário não possuía registro profissional, sendo mantido na informalidade.

- 3.5. Ademais, assevera que *a maior parte da movimentação financeira se refere, em princípio, aos tíquetes que comercializava, restando-lhe apenas um pequeno deságio, referente a 1% (um por cento) do faturamento verificado* (sic).
- 3.6. Ressalta que tais movimentações financeiras forma sempre realizadas por conta e ordem, e em benefício, do contribuinte, mas tais não compunham, de nenhuma maneira, a renda do estabelecimento comercial, pois repassadas, invariavelmente, às operadoras de tíquetes.
- 3.7. Ataca, ainda, o fato de que as constatações da Autoridade Fiscal se deram com base em documentos obtidos por meio ilícito e, portanto, inadmissíveis no processo, por disposição constitucional insculpida no art. 5º, LVI, sendo defeso à referida Autoridade requerer extratos bancários ou, ainda, outros documentos, tais como instrumentos de mandato apresentados pelo contribuinte à instituição financeira contratada.
- 3.8. Articula, em adição, que apesar da considerável movimentação financeira apresentada pela Impugnante, decorrente de recebimentos das empresas de "tickets", os custos suportados pela Impugnante são igualmente altos, de modo que em hipótese alguma os valores creditados como lucro podem ser considerados como base de cálculo para qualquer tributo federal.
- 3.9. De outra banda, sustenta que, no transcurso do procedimento fiscal, informou que foi vítima de contumazes e reiterados roubos em seu estabelecimento comercial, razão pela qual deixou de apresentar alguns documentos que seriam aptos a prestar os devidos esclarecimentos, pois que extraviados.
- 3.10. No desenvolvimento de seu raciocínio, torna a enfatizar a evidente discrepância entre as enormes quantias supostamente movimentadas e sua condição de microempresa, sendo totalmente sem cabimento a conclusão de que a Impugnante teria condições de realizar tantas aquisições.
- 3.11. Ademais, pormenoriza a "operação de desconto" que efetuava quando da "compra" dos tíquetes (vale refeição), para ratificar que os valores movimentados em suas contas-corrente não compõe o seu faturamento, senão no quanto referente ao "deságio" (equivalente a 1% do valor total) cobrado na referida "operação".
- 3.12. Em complemento, entende por inadmissível a exigência de conhecimento técnico-tributário de pessoas simples, como os sócios da Autuada, que são acostumados à informalidade inerente à cultura de seus pares, quando mesmo aqueles com conhecimento na área jurídica ou contábil enfrentam dificuldades face a complexa legislação tributária pátria.
- 3.13. Como preliminar de nulidade, torna a enfatizar que a Autoridade Fiscal utilizou-se de meios não admitidos pelo ordenamento no desenvolvimento do procedimento fiscal que culminou nas combatidas lavraturas, mencionando, especialmente, a quebra do sigilo bancário. Colaciona jurisprudência anterior a Lei Complementar nº 105.

- 3.14. Quanto à questão de fundo, erige o argumento de que os valores creditados em suas contas-corrente não se enquadram no conceito de receita, trazendo como suporte opiniões doutrinárias e, em conclusão, assevera que receita é somente aquele ingresso que se incorpora ao patrimônio do contribuinte. Colaciona julgado administrativo.
- 3.15. Abordando a questão da presunção, mormente quanto à previsão do art. 42 da Lei nº 9.430/96, após discorrer longamente sobre o tema, expressa o entendimento de que a presunção jamais poderá ser resultado da iniciativa criativa e original do legislador, devendo esta apoiar-se na repetida e comprovada correlação natural de dois fatos considerados, o conhecido e o desconhecido.
- 3.16. Do exposto, conclui que nem sempre o volume de depósitos injustificado leva ao rendimento omitido correlato. Colaciona doutrina e afirma que a presunção legal estribada em depósitos bancários encontra os seguintes óbices:
- não está calcada em experiência anterior;
 - não é possível estabelecer uma correlação direta entre o montante dos depósitos e a omissão de rendimentos;
 - o encargo probatório é totalmente transferido para o contribuinte, com manifesta impossibilidade de produção de provas.
- 3.17. De outro giro, combatendo a sujeição solidária passiva estabelecida entre a impugnante e o Sr. Alexandre Roberto da Silva, ratifica que este era mero empregado da Defendente, sem registro, que apenas movimentava, por conta e ordem da insurgente, as respectivas contas-corrente desta.
- 3.18. Contraditando a multa de ofício imposta, argumenta que não houve qualquer irregularidade ou infração praticada pela impugnante que ensejasse a imposição de multa correspondente a 112,5% do valor do tributo, sendo tal imposição abusiva e confiscatória, restando feridos os preceitos constitucionais plasmados no art. 5º, XXII e no art. 150, IV.
- 3.19. Sustentando que o intuito da vedação ao confisco é a defesa da propriedade privada, tal princípio abrange tanto a imposição de tributo quanto a aplicação de penalidade. Colaciona doutrina e jurisprudência.
- 3.20. Articula, ainda, violação ao princípio da proporcionalidade, vez que inexistente a razoável compatibilidade entre a sanção prevista e a violação na qual incorreu a Impugnante.
- 3.21. Por falta de previsão legal expressa, contesta a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, com fundamento no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96. Colaciona jurisprudência.

3.22. Alega, ademais, que em virtude de o CTN prever a incidência de juros no percentual de 1%, resta desconforme o ordenamento a cobrança de juros com base na taxa SELIC. Escora-se em jurisprudência colacionada.

3.23. Pelo exposto, requer que seja acolhida e provida a Impugnação apresentada a fim de que seja julgada improcedente a lavratura dos presentes Auto de Infração, com o consequente cancelamento do débito em epígrafe e arquivamento do processo administrativo correspondente.

3.24. Por fim, requer que as publicações e intimações referentes ao presente feito sejam encaminhadas exclusivamente em nome dos patronos que nomeia.

DA IMPUGNAÇÃO DO SOLIDARIAMENTE RESPONSÁVEL

4. Às fls. 393/443, encontra-se a Impugnação de Alexandre Roberto da Silva que, sumariamente, apresenta os seguintes argumentos novos, **vez que no mais apenas ratifica os argumentos apresentados na defesa da Autuada (mesmo conteúdo e patronos):**

4.1. Apresenta breve resumo dos acontecimentos relevantes do processo, fazendo menção específica à intimação dirigida o ora Impugnante com relação a qual apresentou a sua resposta na qual assenta a informação de que exerceu cargo de confiança, com autorização para movimentação dos valores na conta corrente da Autuada, nunca em proveito próprio, requerendo a retirada do seu nome do presente processo.

4.2. Ademais, enfatizando a tese de que a inclusão do ora Impugnante no processo em epígrafe teve por base documentos obtidos por meio ilícito e, assim, inadmissíveis no processo em virtude do preceituado no art. 5º, LVI, da Constituição Federal e, ainda, por desrespeito aos incisos X e XII do mesmo indigitado artigo constitucional.

4.3. Complementa arguindo que a aplicação dos artigos 197 e 198 do Código Tributário Nacional, inclusive o § 1º do art. 145 da Constituição, que permitem às Autoridades Administrativas a obtenção das informações necessárias à fiscalização, devem limitar-se aos direitos individuais supracitados.

4.4. Aprofundando seu raciocínio acerca da defendida garantia constitucional atinente ao sigilo bancário, suscita a Lei Complementar nº 105 e o Decreto nº 3.724/01, não havendo qualquer prova da existência de interesse público relevante a quebra de sigilo bancário verificado no caso em tela viola direito individual e implica em desrespeito à garantia estampada no princípio do devido processo legal. Colaciona jurisprudência anterior à edição da supracitada Lei Complementar nº 105.

4.5. Finaliza afirmando que não houve presunção de delito ou crime para se requer a quebra de sigilo bancário da empresa fiscalizada, já que baseado em mero "palpite" ou jogo de adivinhação da Autoridade Fiscal desprovido de qualquer elemento concreto de irregularidade, não justificando a adoção de medida drástica e incompatível com os direitos e garantias individuais.

- 4.6. No tocante à responsabilidade pessoal imputada ao ora Impugnante, com fulcro no art. 135 do CTN, afirma não ter incorrido em nenhuma das hipóteses previstas no referido artigo não tendo a Autoridade Lançadora demonstrado a respectiva subsunção ao propor a sujeição passiva de terceiro estranho ao processo.
- 4.7. Diante do que expõe, requer a exclusão do ora Impugnante como sujeito passivo solidário do pólo passivo da presente demanda.
- 4.8. Diante do que apresenta, requer sejam desconsideradas as informações bancárias extraídas da conta corrente da Autuada, em especial a procuração outorgada ao ora Impugnante por estar este em descompasso com as previsões do art. 5º, I, 'a' e 'b', do Decreto Federal nº 3.724/01.
- 4.9. Em adição, requer o reconhecimento do Impugnante como parte absolutamente ilegítima, com a imediata exclusão deste do pólo passivo do presente processo, deixando de constar como sujeito passivo solidário.
- 4.10. Por fim, requer que as publicações e intimações referentes ao presente feito sejam encaminhadas, exclusivamente, em nome dos patronos que nomeia.

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE CONTRA A EXCLUSÃO DO SIMPLES

5. Às fls. 478/9, foi acostado o Ato Declaratório executivo DERAT/SPO nº 59/2010 e a respectiva Intimação, cuja ciência do Sujeito Passivo se deu, via postal, em 02/10/2010, com efeitos a partir do dia 01/01/2005 em virtude de a receita bruta no ano-calendário de 2004 ter ultrapassado o limite legal.
- 5.1. A Impugnante hostilizou tempestivamente o indigitado Ato Declaratório, consoante fls. 512, por intermédio de Manifestação de Inconformidade, fls. 483/506, erigindo, em síntese, os seguintes argumentos:
- 5.1.1. A situação excludente expressada no Ato Declaratório combatido encontra-se em discussão administrativa, ainda pendente de decisão e, consequentemente, seus efeitos estão suspensos sob pena de ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Apóia-se em doutrina que reproduz.
- 5.1.2. No tocante à origem dos valores identificados como receitas omitidas, reapresenta os argumentos percorridos na Impugnação apresentada contra os Autos de Infração consubstanciados no presente processo.
- 5.1.3. Ratifica os argumentos atinentes à inexistência da incidência tributária e descaracterização das receitas com base nos depósitos bancários apresentados na Impugnação interposta contra os créditos tributários discutidos. Apresenta julgado administrativo.
- 5.1.4. Diante do exposto, requer seja acolhida e provida a presente Manifestação de Inconformidade, a fim de que seja julgado completamente

improcedente o Ato Declaratório, bem como o posterior arquivamento do processo administrativo correspondente.

5.1.5. Por fim, requer que as publicações e intimações referentes ao presente feito sejam encaminhadas, exclusivamente, em nome dos patronos que nomeia.

DO JULGAMENTO

6. Em 06 de fevereiro de 2012, foi proferido no presente processo o Acórdão DRJ/SP 1 nº 16-36.033, emanado desta 13ª Turma, fls. 525/558, tendo como relator o mesmo deste Acórdão, que teve por resultado a Impugnação Procedente em Parte, acatada a exclusão do pólo passivo do sr. Alexandre Roberto da Silva, e o Crédito Tributário Mantido.

6.1. Entretanto, na data de 10/02/2012, antes de cientificado o Contribuinte do indigitado Acórdão, sobreveio a ciência, primeiramente informada à DERAT/SPO, da existência do Mandado de Segurança, processo nº 0011753-16.2010.403.6100, impetrado pela Impugnante contra a RFB, com decisão monocrática proferida em 03/02/2012, ainda não transitada em julgado (fls. 559/572).

6.2. Em consequência, fez-se necessária apreciação do conteúdo debatido no referido processo judicial que culminou na alteração do conteúdo decisório expressado no presente Acórdão, vez que constatou-se identidade de objeto discutido nas duas esferas (administrativa/judicial).

6.3. Destarte, o conteúdo deste Acórdão sobrepõe-se, integralmente, ao do Acórdão DRJ/SP 1 nº 16-36.033, que deixa de produzir efeitos.

É o relatório.

A decisão de primeira instância, representada no Acórdão da DRJ nº 16-36.634 (fls. 575-604) de 14/03/2012, por unanimidade de votos, considerou parcialmente procedente o lançamento apenas para excluir do pólo passivo o coobrigado, Sr. Alexandre Roberto da Silva. A decisão foi assim ementada.

“Assunto: Processo Administrativo Fiscal – PAF

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE. *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.*

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. *Tendo havido, por parte do contribuinte, conhecimento e ciência de todos os requisitos que compuseram a autuação; contendo o auto de infração suficiente descrição dos fatos e correto enquadramento legal, sanadas as irregularidades, dada ciência e oportunizada a manifestação do autuado, ou seja, atendida integralmente a legislação de regência, não se verifica cerceamento do direito de defesa.*

IMPUGNAÇÃO ACOMPANHADA DE PROVAS. NÃO ATENDIMENTO. A Impugnação, no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, deve ser apresentada com as provas que suportem os motivos de fato e de direito em que se fundamente precluindo o direito de apresentar as provas que possuir em outro momento, excetuadas as previsões legais expressamente ressalvadas, conforme art. 16 e § 4º do Decreto 70.235/72.

PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA À DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA QUANDO HÁ IDENTIDADE DE OBJETOS. Por força do Princípio da Unidade Jurisdicional, a decisão judicial é soberana e sobrepõe-se a qualquer manifestação administrativa eventualmente produzida, de forma que, nos casos de objetos idênticos, opera-se a renúncia à discussão administrativa.

No entanto, as discussões suscitadas apenas no âmbito administrativo deverão ter seu prosseguimento normal, com a finalidade de garantir ao contribuinte o contraditório e a ampla defesa.

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

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS E VALORES CREDITADOS EM CONTA BANCÁRIA. ORIGEM NÃO COMPROVADA. ÔNUS DA PROVA. A Lei nº 9.430/96, em seu art. 42, estabeleceu a presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta corrente ou de investimento.

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.

MULTA AGRAVADA. APLICAÇÃO. Correta a aplicação do agravamento da multa nos casos em que o Contribuinte, embora regularmente intimado, deixa de atender às intimações da Autoridade Fiscal no prazo.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. APLICAÇÃO. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas em lei tributária. A utilização da taxa SELIC para o cálculo dos juros de mora decorre de lei, sobre cuja aplicação não cabe aos órgãos do Poder Executivo deliberar.

Correta a aplicação da taxa SELIC para a cobrança dos juros moratórios lançados, conforme previsão legal expressa no art. 61, § 3º da Lei nº 9.430/1996.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. *A multa de ofício decorrente de tributos e contribuições administrados pela Receita Federal é considerada débito para com a União, sendo devidos juros de mora sobre o valor lançado inadimplido a partir de seu vencimento.*

SOLIDARIEDADE PASSIVA. INOCORRÊNCIA. *O art. 265 do Código Civil, Lei nº 10.406/02, define que a solidariedade não se presume, resultando da lei ou da vontade das partes. Para caracterização da solidariedade passiva tributária deve haver perfeita subsunção dos fatos às normas, com evidenciação das situações reclamadas pelo ordenamento ou indícios suficientes que permitam tal colmatação com grande grau de certeza.*

INTIMAÇÃO. DOMICÍLIO DO SUJEITO PASSIVO. ENDEREÇO DIVERSO. IMPOSSIBILIDADE. *Indefere-se o pedido de endereçamento de intimações ao escritório dos procuradores em razão de inexistência de previsão legal para intimação em endereço diverso do domicílio do sujeito passivo."*

Contra a aludida decisão a interessada foi cientificada em 14/09/2012 (A.R. de fl. 625) e o coobrigado, Sr. Alexandre Roberto da Silva, em 17/09/2012 (A.R. de fl. 626).

A interessada interpôs recurso voluntário em 16/10/2012 (fls. 627-664) onde repisa os argumentos apresentados em sua impugnação.

O recurso foi apreciado por esta Turma, na sessão de 08/05/2014, sendo proferido o acórdão 1402-001.694, que, por unanimidade de votos, não o conheceu face à sua intempestividade. O acórdão foi assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

INTEMPESTIVIDADE. *Por intempestivo, não se conhece do Recurso Voluntário protocolizado após o prazo de trinta dias, a contar da ciência da decisão de primeira instância, nos termos do art. 33 do Decreto nº 70.235/72.*

Quando da formalização do voto percebi que, por lapso, anotei a data de protocolo do recurso como sendo 18/10/2012, quando a correta é 16/10/2012 conforme carimbo apostado à fl. 627 dos autos. Tal lapso levou-me a encaminhar meu voto no incorreto sentido de não conhecer do recurso por intempestivo.

Na sequência, opus os Embargos de Declaração de fls. 736/737.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar

Admitidos, os embargos devem ser acolhidos, com efeitos infringentes para ratificar o Acórdão embargado nos termos deste Voto.

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Da discussão judicial

De início, há que se consignar que a Autuada impetrou Mandado de Segurança nº 001175616.2010.403.6100 a fim de solicitar a declaração de nulidade das informações e documentos obtidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil RFB junto aos Bancos Bradesco e Unibanco, requerendo a desconsideração destas para fins de fiscalização no âmbito do Mandado de Procedimento Fiscal nº 0819000-2009-002404, processo administrativo nº 19515.006022/2009-58.

Com efeito, a sentença monocrática concedeu a segurança solicitada afastando a aplicação do art. 5º, § 4º e § 6º, da Lei Complementar nº 105/01.

Nessa esteira, em virtude da ação judicial interposta, a DRJ considerou a renúncia à via administrativa, no que toca ao direito de recorrer, bem como desistência da Impugnação apresentada, na parte em que verificada a identidade de objeto com a indigitada ação judicial.

Assim se pronunciou aquela instância julgadora.

Com efeito, não poderá ter prosseguimento reclamação ou recurso administrativo que veicule pedido com o mesmo objeto do formulado em ação judicial. A opção do sujeito passivo em submeter a controvérsia à tutela do Poder Judiciário faz presumir a renúncia ao seu direito de ver apreciada a mesma matéria na esfera administrativa.

Frise-se, adicionalmente, que tendo por esteio o previsto no art. 62, parágrafo único, do Decreto nº 70.235/72, *in verbis*, o lançamento, consubstanciado no processo em epígrafe, deve seguir com tramitação normal, exceto quanto aos atos executórios, até ao ponto em que deva se ater à futura decisão judicial que transite em julgado.

Art. 62. Durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da cobrança do tributo não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, relativamente, à matéria sobre que versar a ordem de suspensão.

Parágrafo único. Se a medida referir-se a matéria objeto de processo fiscal, o curso deste não será suspenso, exceto quanto aos atos executórios.

Ademais, observa-se que na Impugnação apresentada também foi trazida matéria distinta da discutida em juízo, tendo o sujeito passivo direito ao contencioso administrativo para que seja apreciada a matéria diferenciada. Nada mais lógico, diga-se de passagem, pois a existência de ação judicial não deve prejudicar, *ipso facto*, o controle da legalidade dos atos administrativos, dentre os quais figura como espécie o lançamento tributário.

Assim, deixa-se de se analisar no presente Voto, tão-somente, as matérias referentes à alegação de quebra do sigilo bancário, com fulcro na Lei Complementar nº 105/01.

Ademais, mesmo sabendo-se que a decisão acerca do quanto discutido em juízo é matéria prejudicial às demais matérias articuladas no Recurso, com o intuito de respeitar plenamente as garantias ao contraditório e à ampla defesa, estas últimas serão apreciadas.

Preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa

Inicialmente, cabe esclarecer que, no âmbito do processo administrativo fiscal, as hipóteses de nulidade são taxativamente previstas nos arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972:

“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.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio. (Grifou-se).

Nesses termos, o cerceamento do direito de defesa somente pode ser cogitado em face de despachos e decisões. Sendo o auto de infração um ato administrativo, a declaração de nulidade somente pode ser suscitada em caso de lavratura por pessoa incompetente. Possíveis irregularidades, incorreções e omissões cometidas no auto de infração não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

A leitura do Termo de Verificação Fiscal (fls. 205/213) permite a constatação de que a Autoridade Autuante narrou, com clareza e coerência, os fatos verificados durante a ação fiscal e sua subsunção às normas legais de regência. Constan do referido termo os dispositivos legais que fundamentaram os Autos de Infração lançados, estando ainda presentes no processo administrativo os demonstrativos de cálculo dos tributos devidos.

Foram disponibilizadas cópias dos documentos integrantes da autuação ao Contribuinte/Solidariamente Responsável, tendo-lhes sido conferido tempo hábil, após regularmente cientificados do lançamento, para apresentar seus questionamentos, consubstanciados nas Impugnações apresentadas em 22/01/2010 (fls. 277/318 e 393/443), nas quais demonstraram conhecer plenamente os fatos que lhes foram imputados. Assim, tendo

sido os interessados regularmente cientificados do lançamento e dos relatórios componentes, inexistente qualquer omissão nesse sentido.

Ressalte-se que o direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório, assegurado pela Constituição de 1988, tem por escopo oferecer aos litigantes, seja em processo judicial ou administrativo, o direito à reação contra atos desfavoráveis, momento esse em que a parte interessada exerce o direito à ampla defesa, cujo conceito abrange o princípio do contraditório. A observância da ampla defesa ocorre quando é dada ou facultada a oportunidade à parte interessada em ser ouvida e a produzir provas, no seu sentido mais amplo, com vista a demonstrar a sua razão no litígio. Dessa forma, quando a Administração, antes de decidir sobre o mérito de uma questão administrativa, dá à parte contrária a oportunidade de impugnar da forma mais ampla que entender, não está infringindo, nem de longe, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Verificado que o Sujeito Passivo conhecia a origem dos tributos lançados, que tomou plena ciência dos relatórios integrantes da autuação, tendo-lhe sido concedido o tempo hábil (prazo legal) para apresentar suas contrariedades, não há que se cogitar em cerceamento do respectivo direito de defesa.

Da natureza dos depósitos não comprovados e das meras alegações.

Quanto aos valores considerados como receitas omitidas, que deram azo aos lançamentos tributários *sub examine*, a Recorrente alega, em síntese, que tais valores foram oriundos do “desconto de tíquetes” e, por conseguinte, não se enquadrariam no conceito de receita, vez que não se incorporaram no seu patrimônio (traduziram-se em meros repasses às operadoras dos tíquetes).

Ademais, contesta a presunção trazida pelo previsto no art. 42 da Lei nº 9.430/96 vez que não é possível estabelecer correlação direta entre o montante dos depósitos e a omissão de rendimentos, sendo o encargo probatório totalmente transferido para si.

Nesse passo, adoto os fundamentos da decisão de piso como razão de decidir na forma a seguir apresentada.

De início, ressalte-se que a receita bruta, base de cálculo da tributação para os optantes pelo SIMPLES, compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia, excluídas as vendas canceladas, as devoluções de vendas, os descontos incondicionais concedidos e os impostos não cumulativos cobrados, destacadamente do comprador ou contratante, e dos quais o vendedor dos bens ou prestador dos serviços seja mero depositário.

Assim, partindo-se do conceito contábil-tributário acima expressado e que traduz a inteligência do § 2º, do art. 2º da Lei nº 9.317/96, há de se concluir, de plano, que a íntegra do resultado operacional da empresa, ainda que decorrente de transações de conta alheia, amolda-se, perfeitamente, ao conceito jurídico de receita para os fins ora abordados.

De toda sorte, cabia à Recorrente demonstrar, com comprovação por meio documental hábil e suficiente, a composição dos valores verificados nas contas-correntes de sua titularidade, especialmente os concernentes aos créditos, presumidamente entendidos como receitas omitidas, para que, somente então, fosse possibilitado o conhecimento e a apuração da sua efetiva receita bruta.

Assim, ao desatender à solicitação detalhada expressada na Intimação nº 09, fls. 161/180, a Defendente deu azo à incidência da presunção legal, adiante abordada, plasmada no art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Em adição, ao questionar os créditos tributários decorrentes da supracitada presunção legal sem comprovar as alegações aludidas na sua peça vestibular de defesa, a Insurgente desatendeu norma cogente, vez que o art. 16 do Decreto nº 70.235/72, especialmente em seu inciso III e § 4º, determina que a defesa, no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, será apresentada com as provas que suportem os motivos de fato e de direito em que se fundamente precluindo o direito de apresentar as provas que possuir em outro momento, excetuadas as previsões legais expressamente ressalvadas.

Ainda, revelam-se sem efeitos práticos as meras alegações erigidas pela Defendente, especialmente quando alega que a maior parte da movimentação financeira referir-se-ia ao mero repasse dos valores dos tíquetes que comercializava (assemelhada à operação de desconto), do que lhe restava apenas um pequeno deságio, referente a 1% (um por cento) da receita presumida, vez que desprovida de qualquer comprovação.

Não tendo a Interessada qualquer cautela em documentar adequadamente os fatos alegados ou atacados, ficam por sua conta e risco as consequências de tal negligência. A responsabilidade por infrações tributárias independe da intenção do agente, conforme vaticinado no artigo 136 do Código Tributário Nacional.

Ademais, sabendo-se que a Recorrente, para o exercício em referência, era optante pelo SIMPLES, insta observar que, por expressa disposição legal, estava obrigada a manter em boa ordem e guarda e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos livros obrigatórios: Caixa e Registro de Inventário (art. 7º, § 1º, da Lei nº 9.317/96).

Ainda, meras alegações, desprovidas de comprovação hábil e idônea, de lucro diminuto e da inexistência de acréscimo patrimonial mostram-se insuficientes para afastar as debatidas autuações.

De outra banda, igualmente não merece guarida a articulação respeitante ao desconhecimento técnico-tributário dos sócios da Recorrente já que, em virtude do vaticinado no art. 3º do Decreto-Lei nº 4.657/42, Lei de Introdução ao Código Civil, *"ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece"*.

Da presunção de omissão de receitas.

A fim de abordar a questão suscitada pela Defendente quanto à previsão constante do art. 42 da Lei nº 9.430/96, vale lembrar que toda presunção, em apertada síntese, é consequência deduzida de um fato conhecido para possibilitar a aferição/conhecimento de um fato desconhecido.

Indício é todo rastro, vestígio, circunstância, suscetível de conduzir, por inferência, ao conhecimento do fato desconhecido. Um único elemento indiciário, via de regra, não tem qualquer valor, vez que tal sugere que algo aconteceu, mas é insuficiente para caracterizar o fato que se quer provar. Entretanto, vários indícios, indicando na mesma direção,

fazem prova do fato probando. O fato conhecido (indício) provoca uma atividade mental, por via da qual se pode chegar ao fato desconhecido, como causa ou efeito daquele.

Como resultado de citado exercício mental chega-se a uma presunção, que compreende um processo lógico, um raciocínio pelo qual, da existência de um fato reconhecido como certo, se deduz a existência do fato que se quer provar. A presunção é o resultado do raciocínio, que se guia nos conhecimentos gerais universalmente aceitos e por aquilo que ordinariamente acontece para chegar-se ao conhecimento do fato probando.

Ademais, as presunções são geralmente divididas em legais (normalmente subdividida em absoluta e relativa) e simples.

Haja vista que a questão em foco aborda presunção legalmente prevista, o presente Voto debruçar-se-á, tão-somente, sobre as presunções legais.

Relevante mencionar o posicionamento (classificação) apresentado por Maria Rita Ferragut (A Prova no Processo Tributário. Coordenadores: Marcos Vinícius Neder, Eurico Marcos Diniz de Santi, Maria Rita Ferragut. São Paulo: Dialética, 2010, pp. 111/138.), que divide a presunção legal em *hominis* e relativa e, explicando a primeira, assim esclarece:

A presunção hominis caracteriza-se, portanto, como uma proposição individual e concreta reveladora de um raciocínio lógico presuntivo realizado pelo aplicador da norma, que, a partir do conhecimento de indícios, da inexistência de provas em sentido contrário a eles, e da relação de implicação estabelecida segundo o que ordinariamente acontece, forma sua convicção, declarando normativamente a existência de fato jurídico indiretamente conhecido.

(original sem destaques)

Em tais casos, a lei estabelece, com base no quanto observado de forma reiterada nos casuísmos concretos - baseando-se, portanto, na aplicação de um critério de razoabilidade -, que ocorrida determinada situação fática, pode-se presumir, até prova em contrário - esta a carga do contribuinte -, a ocorrência do fato probando.

Observe-se que a abordada inversão legal do ônus da prova é perfeitamente aceita pelo ordenamento jurídico pátrio, constando, inclusive, prevista no artigo 334, IV, da Lei nº 5.869, de 11/01/1973 (Código de Processo Civil - CPC), cujos preceitos aplicam-se subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal:

"Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

...

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade."

Ademais, tornando a citar a opinião expressada por Maria Rita Ferragut (A Prova no Processo Tributário. Coordenadores: Marcos Vinícius Neder, Eurico Marcos Diniz de Santi, Maria Rita Ferragut. São Paulo: Dialética, 2010, pp. 111/138.):

(...) a presunção hominis estabelece conclusão provável do ponto de vista fático, mas certa da perspectiva jurídica. Segundo entendemos, inexistente diferença entre as provas diretas e indiretas no que concerne à certeza jurídica, já que ambas constituem verdade suficiente e nenhuma confere certeza absoluta da

ocorrência fenoménica do evento descrito no fato. As duas espécies de prova apenas transformam, em linguagem competente, a versão dos eventos, já que este é inatingível por ter-se esgotado no tempo.

(original sem destaques)

Desta sorte, emerge preclaro: a combatida previsão estampada no art. 42 da Lei nº 9.430/96 estabeleceu a presunção legal (*hominis*) de que os valores creditados em conta corrente ou de investimento mantida junto a instituições financeiras, quando não comprovada a sua origem por meio de documentação hábil e idônea, constituem receita omitida. Por relevância, transcreve-se o artigo legal.

Art.42.Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

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

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

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

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

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

(grifei)

Diante do exposto, repise-se, a aventada presunção legal ganha espaço somente e na medida em que os créditos verificados nas contas bancárias do Contribuinte restem não esclarecidos/comprovados por documentação necessária e suficiente.

Ressalte-se que se aplicam à Autuada todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições abarcados pela sistemática do SIMPLES, desde que tais omissões sejam apuráveis com base nos livros e documentos a que estiver obrigada a Contribuinte, por força do art. 18 da citada Lei nº 9.317/96.

Destarte, o princípio no qual se fundamentam as disposições constantes do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, consiste, justamente, no fato de que a manutenção de escrituração regular e da documentação suporte daquela leva à comprovação da origem dos créditos em conta corrente bancária do Contribuinte, cumprindo ao Fisco, nesse caso, apenas verificar o devido oferecimento à tributação dos ingressos decorrentes da atividade da pessoa jurídica. Ausente documentação hábil e idônea a comprovar a origem dos depósitos bancários, em virtude da propalada presunção legal, estar-se-ia à frente de ingressos à margem da escrituração, hipótese presumível e legalmente indicativa de omissão de receitas, sendo referida parcela distinta daquela eventualmente objeto de identificação na escrituração e/ou nos documentos mantidos pela pessoa jurídica.

Neste ponto, observa-se que a Autoridade Fiscal diferenciou, perfeita e objetivamente, os valores considerados declarados e a parcela referente à omissão de receita, por intermédio dos seguintes demonstrativos:

- Demonstrativo de apuração dos valores não recolhidos (fls. 216/222) incidentes sobre os valores declarados, resultantes da aplicação dos percentuais corretos conforme discriminados no demonstrativo anterior;
- Demonstrativo da apuração do imposto/contribuição sobre diferenças apuradas (fls. 223/8), incidentes sobre a parcela referente à omissão de receitas;

Assim, a caracterização da ocorrência do fato gerador em discussão não se dá pela mera constatação de um crédito bancário, considerado isoladamente, abstraída das circunstâncias fáticas. Pelo contrário, a caracterização está ligada à falta de esclarecimentos da origem dos numerários creditados e seu oferecimento à tributação, conforme dicção literal da lei. Existe, portanto, uma correlação lógica entre o fato conhecido - ser beneficiado com um crédito bancário sem origem ou não oferecido à tributação - e o fato desconhecido - auferir rendimentos. Essa correlação autoriza plenamente o estabelecimento da presunção legal de que o valor creditado em conta bancária, sem qualquer justificativa, provém de rendimentos não declarados.

Observe-se, contudo, que não se desobriga a autoridade de comprovar o(s) fato(s) que dá(ão) origem à omissão de receitas ou aquele definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção *juris tantum* a militar em favor do Fisco.

A carga probatória atribuída à Administração Tributária nos casos da presunção legal em tela resume-se em demonstrar que o Contribuinte, apesar de intimado, não comprovou a origem dos depósitos bancários. A relação causa-efeito decorrente do fato verificado e a consequência da inação da Autuada no eficiente esclarecimento solicitado é estabelecida pela própria lei, o que torna lícita a inversão do ônus da prova, cabendo ao Sujeito Passivo da relação jurídica evidenciar que a prática do ato que lhe está sendo imputado não corresponde à realidade.

Assim, intimada a Contribuinte a se manifestar sobre os valores que restaram incomprovados, compete a esta, e não ao Fisco, demonstrar a origem de cada um dos depósitos questionados, se quiser eximir-se da ilação legal prevista, ou, ainda, comprovar que os respectivos valores foram oferecidos à tributação.

No presente caso, conforme consta dos autos e acima articulado, a Autoridade Fiscal intimou a Autuada para comprovar a origem de depósitos em contas bancárias, indicou as instituições bancárias e as respectivas contas, histórico e valores transacionados, tudo objetiva e claramente demonstrado, na forma de planilhas (fls. 161/180), e não foi atendida pelo Sujeito Passivo.

Neste ponto, merece ser esclarecido, em virtude de alegações da Recorrente quanto à inexistência de sinais exteriores de riqueza, que não se estão tributando os depósitos bancários nem, tampouco, que sejam estes fato gerador dos tributos lançados.

O objeto da tributação em epígrafe é uma importância financeira à disposição da Fiscalizada que, pelo fato de não ter sua origem esclarecida e comprovada, foi considerada receita omitida, por disposição legal expressa, segundo a legislação acima reproduzida.

Em consequência, sabido que a Contribuinte era optante pelo SIMPLES, a omissão de receita, decorrente de depósitos bancários cuja origem não foi comprovada, correspondeu à base de cálculo dos impostos e contribuições tributados pelo mencionado Sistema Simplificado, de acordo com o disposto no *caput* do artigo 24 da Lei nº 9.249/1995, *in verbis*:

Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

Em adição, há de ser enfatizado que além de a Defendente não ter comprovado a origem dos indigitados depósitos durante o procedimento fiscal, consoante predito, juntamente com a Impugnação e com o Recurso, mais uma vez, apenas apresentou argumentos desacompanhados de provas necessárias, suficientes e cabais.

Diante de tudo quanto articulado, tendo o procedimento fiscal observado amplamente à legislação de regência e permanecendo a Recorrente inerte no tocante à comprovação da origem dos rendimentos presumidos como receita tributável auferida, despidos de qualquer mácula, não merecem reparo os lançamentos ora em apreço.

Da legalidade da multa de ofício.

Contraditando a multa de ofício imposta, a Defendente argumenta que não houve qualquer irregularidade ou infração praticada que ensejasse a imposição de multa correspondente a 112,5% do valor do tributo, sendo tal imposição abusiva e confiscatória, restando feridos os preceitos constitucionais plasmados no art. 5º, XXII e no art. 150, IV.

Ademais, sustenta ter havido no caso violação ao princípio da proporcionalidade, vez que inexistente a razoável compatibilidade entre a sanção prevista e a violação na qual incorreu a Impugnante.

Primeiramente, é de se observar da análise dos demonstrativos de multa e juros de mora, anexos dos Autos de Infração, que sobre os valores de receita declarados pelo Contribuinte foi aplicada a multa de ofício no percentual de 75%, conforme previsto no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96 (insuficiência de recolhimento). Já a multa de 112,5%, prevista no § 2º do mesmo artigo, foi aplicada somente, para o caso de omissão de receitas não esclarecidas pelo Sujeito Passivo, apesar de regulamente instado para tanto.

De outro prisma, diante dos argumentos aduzidos na matéria da multa de ofício aplicada no percentual de 112,5%, cabe, de início, esclarecer que a vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador. Tal princípio orienta a feitura da lei, que deve observar a capacidade contributiva e não pode dar ao tributo a conotação de confisco.

Demais disso, não compete à Autoridade Administrativa apreciar a arguição e declarar ou reconhecer a inconstitucionalidade de lei, pois essa competência foi atribuída, em caráter privativo, ao Poder Judiciário, pela Constitucional Federal, art. 102.

Adicionalmente, tendo em vista o vaticinado no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, no âmbito do processo administrativo fiscal, é legalmente vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Destarte, a Autoridade Administrativa que subscreve a presente decisão só pode deixar de aplicar determinado ato legal se o mesmo tiver sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes*, ou se houver resolução do Senado suspendendo a eficácia da aplicação deste dispositivo legal, ou, ainda, se tiver sido determinada a extensão dos efeitos de decisões com este conteúdo pelo Presidente da República, pelo Secretário da Receita Federal do Brasil ou pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional. Assim, não se encontrando presente no caso vertente quaisquer destas situações, não há como se acolher à inconstitucionalidade aventada na peça de defesa quanto aos encargos moratórios.

Assim, tendo em vista que o fundamento da atacada penalidade encontra amparo na previsão constante do art. 44, I c/c § 2º, I do mesmo artigo, da Lei nº 9.430/96, norma em vigor, não há como a Autoridade Julgadora, vinculada à lei vigente e às normas regulamentares, deixar de aplicá-la sob alegação de ofensa a quaisquer princípios jurídicos. Por relevância, reproduz-se as previsões citadas:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

...

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

I - prestar esclarecimentos;

Em adição, não se pode olvidar que o agravamento da multa de ofício para o percentual de 112,5%, decorreu do não atendimento às intimações para a apresentação dos extratos de movimentações financeiras e, especialmente, para a prestação de esclarecimentos quanto à origem dos depósitos bancários detectados em conta corrente de sua titularidade e questionados pela Autoridade Fiscalizadora, a partir das informações fornecidas pelas instituições financeiras.

A causa a ensejar o agravamento da penalidade consiste na evidência de embaraço ao célere desenvolvimento do procedimento fiscal tendente à apuração de eventual crédito tributário, diante da falta de apresentação dos esclarecimentos solicitados.

No presente caso, não paira dúvidas de que as omissões praticadas pela Autuada acarretaram maior ônus procedimental à Fiscalização que, se não teve por inviabilizada a apuração do crédito tributário reputado devido, no mínimo, enfrentou maior retardo e dificuldade no conhecimento e na apuração dos fatos jurígenos tributários envolvidos no caso.

Demais disso, a Autoridade Fiscal bem consignou, especialmente no item '4.1' do Termo de Verificação Fiscal, fls. 210, os fatos que ensejaram a subsunção da conduta omissiva da Impugnante ao agravamento da multa prevista no art. 959, I, do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000/99, que traduz a inteligência do quanto previsto no art. 44, § 2º, da Lei nº 9.430/96.

Diante do raciocínio expendido, não merece reparo a aplicação da multa no percentual de 112,5%, conforme efetuado e demonstrado pela Autoridade Lançadora, vez que pautado no ordenamento de regência e bem configuradas as circunstâncias fáticas que permitiram a perfeita colmatação destas à norma.

Dos juros calculados à taxa SELIC

No que tange aos argumentos da Recorrente de que a taxa SELIC seria inaplicável no presente lançamento, cabe observar que a sua utilização está expressamente prevista no artigo 13 da Lei nº 9.065/95, não cabendo à instância julgadora administrativa apreciar a validade da norma.

Ademais, tal matéria já está sumulada neste Conselho (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.

Cabível, portanto, a exigência dos juros moratórios calculados com base na taxa SELIC.

Dos juros de mora incidentes sobre a multa de ofício

A Recorrente questiona a cobrança de juros de mora à taxa Selic sobre a multa de ofício. Afirma que inexistente base legal para essa exigência e apresenta vários julgados deste Conselho que amparam sua tese.

A aplicação de taxa de juros lastreadas em indicadores do mercado financeiro iniciou-se com a Lei nº 8.981/95, cujo art. 84 dispõe:

Art. 84. *Os tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária serão acrescidos de:*

I - juros de mora, equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna; (...)

Em Seguida, a Lei nº 9.065/95 substituiu o indicador pela taxa SELIC:

Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea "c" do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea "a.2" da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente. (...)

Por seu turno, a Lei nº 9.430/1996, ao remodelar a multa de mora incidente nos pagamentos em atraso, estabeleceu em parágrafo que sobre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal incidirão juros de mora à taxa SELIC, veja:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (...)

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, 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 do pagamento.

Com base nessa disposição a Receita Federal vem entendendo que a multa de ofício também está sujeita aos juros de mora à taxa SELIC, a partir do seu vencimento.

O cerne da questão está, pois, na interpretação que se deve dar à expressão “débitos decorrentes de tributos e contribuições”.

De fato o não pagamento de tributos e contribuições nos prazos previstos na legislação faz nascer o débito. Portanto, o débito decorre do não pagamento de tributos e contribuições nos prazos.

Também nesse sentido é a multa de ofício débito decorrente de tributos e contribuições. Isso porque ela resulta, nos exatos termos da alínea *a* do art. 44 da Lei nº 9.430/96, da punição aplicada pela fiscalização à *falta de pagamento ou recolhimento dos tributos e contribuições, após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória*.

A jurisprudência neste Conselho é predominante no sentido de que é cabível a apreciação da matéria pelo contencioso administrativo e de que a aplicação da taxa Selic à multa de ofício é correta.

Nesse sentido já se manifestou este E. Colegiado quando do julgamento do Acórdão nº CSRF/0400.651, julgado em 18/09/2007, com a seguinte ementa:

JUROS DE MORA — MULTA DE OFÍCIO — OBRIGAÇÃO PRINCIPAL — A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

Aplicável, portanto, a SELIC como taxa de juros de mora sobre a multa de ofício.

Conclusão

Pelo exposto, voto por acolher os embargos para retificar o Acórdão 1402-001.694, de 08/05/2014, nos termos acima analisados, rejeitando a preliminar de nulidade e, no mérito, negando provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator