



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19647.008791/2005-61
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1301-004.424 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de março de 2020
Recorrente SHOCK ENERGIA LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

NOVO PEDIDO PARA REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA.
INDEFERIMENTO.

Somente se justifica a realização de uma nova diligência quando for verificado que o auditor responsável não efetuou os exames solicitados pela autoridade julgadora e a apuração dos dados, por sua natureza, torna inviável a simples anexação de provas pela parte interessada. Ausentes essas condições, o pedido deve ser indeferido.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

Caracterizam-se como omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PROVA POR PRESUNÇÃO.

O processo administrativo fiscal admite todos os meios de prova em direito admitidas, inclusive a prova por presunção.

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

A presunção legal tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para o contribuinte, que pode refutá-la mediante oferta de provas hábeis e idôneas.

NULIDADE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE DILIGÊNCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

O indeferimento do pedido para realização de nova diligência não configura, *de per si*, cerceamento do direito de defesa.

ART. 42, § 5º, LEI Nº 9.430/96. APLICAÇÃO. INTERPOSIÇÃO DE PESSOA.

O comando contido no art. 42, § 5º, da lei nº 9.430, de 1996, no sentido de que a apuração de omissão de receitas seja efetuada em relação a terceiro, somente se aplica nos casos em que esteja evidenciada a interposição de pessoa.

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES. EXCESSO DE RECEITA BRUTA. ALÍQUOTA APLICÁVEL. ANO CALENDÁRIO DE 2002.

A empresa inscrita no Simples na condição de microempresa, cuja receita bruta acumulada no decurso do ano-calendário de 2002 excedesse ao limite de R\$ 120.000,00, a partir do mês em que fosse verificado o excesso, deveria utilizar, no cálculo do valor a pagar, em relação à receita excedente, os percentuais previstos para as empresas de pequeno porte - EPP. Caso o limite de EPP também fosse excedido no mesmo ano, deveria adotar, em relação aos valores excedentes, os percentuais previstos, acrescidos de 20%.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2002

PRESUNÇÃO LEGAL. QUALIFICAÇÃO DA MULTA. IMPOSSIBILIDADE.

A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses previstas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64. Súmula CARF 25.

QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO. OMISSÃO DE RECEITA. CONDIÇÕES.

A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo. Súmula CARF nº 14.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar o pedido de diligência, e, no mérito, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir a multa de ofício para 75%.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente), Bianca Felícia Rothschild, Giovana Pereira de Paiva Leite, José Eduardo Dornelas Souza, Lucas Esteves Borges, Ricardo Antonio Carvalho Barbosa, Roberto Silva Junior e Rogério Garcia Peres.

Relatório

SHOCK ENERGIA LTDA. recorre a este Conselho Administrativo pleiteando a reforma do acórdão proferido pela DRJ/Recife, que julgou parcialmente procedente a impugnação apresentada.

Trata o presente processo de Autos de Infração, fls. 201/246, para exigência de diferenças de tributos pagos sob a sistemática do Simples Federal, referentes aos fatos geradores de 31/01/2002 a 31/12/2002.

As infrações apuradas foram as seguintes:

1 - OMISSÃO DE RECEITA - DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS - Valor apurado conforme extratos bancários fornecidos pelas entidades financeiras, de acordo com a Lei Complementar nº 105/01, regulamentada pelo Decreto 3.724/01 e com a Portaria SRF 180/01, com os quais o Contribuinte efetua sua movimentação financeira, cujos valores lançados recebidos e creditados em suas contas correntes não foram escriturados, e não tiveram atendidas a solicitação de comprovação de origem e justificativas dos mesmos. Valores estes que constituem omissão de receita, ocasionando redução do tributo devido pela redução/omissão de valores que integram a base de cálculo do sistema de pagamentos do Simples.

2 - INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO - Insuficiência de valor recolhido apurada conforme constatação confrontando-se os valores consignados pela Empresa.

Tendo em vista os fatos apurados foi efetuada a Representação Fiscal para Fins Penais anexada no processo nº 19647.009039/2005-38 e aplicada multa de ofício qualificada, no percentual de 150%, conforme determina o inciso II do Art. 44 da Lei nº 9.430/1997.

Devidamente notificada, e não se conformando com o procedimento fiscal, a contribuinte apresentou, tempestivamente, as suas razões de defesa, as fls. 585/626, alegando em síntese o seguinte:

- Primeiramente a contribuinte reclama da exclusão da empresa do Simples citando o § 2º do art 22 da Instrução Normativa SRF nº 250 de 26/11/2002. Refere-se ao processo nº 19647.007073/2005-78 que trata da exclusão da empresa do sistema favorecido e afirma que o Ato Declaratório Executivo de exclusão não foi cientificado a contribuinte, foi apenas publicado no DOU, assim, conclui que a empresa teve seu direito de defesa cerceado. Solicita a nulidade deste Ato Declaratório Executivo e dos autos de infração do presente processo.

- No mérito afirma que foram apuradas receitas bem superiores aos limites estabelecidos para permanência no Simples, pois no mês de fevereiro a empresa estaria com

receita acumulada superior a R\$ 1.200.000,00. Citando diversos artigos da Lei nº 9.317/1996 afirma que uma empresa não deveria continuar no Simples nesta situação. Expõe como exemplo uma empresa optante que faturasse R\$ 1 Bilhão e continuar no Simples, sendo apenas excluída no Ano-Calendário subsequente. Assim, afirma que a apuração deveria seguir as regras do lucro real.

- Com relação à tributação dos depósitos bancários, na forma do art. 42 da Lei nº 9.430/1996, a contribuinte cita o inciso I do § 3º deste artigo, para reclamar que as transferências de outras contas da própria empresa não poderiam ser consideradas como receitas omitidas. Cita o extrato da conta do banco 237 (Bradesco), agência 03453, no qual constam diversos lançamentos com os históricos, TRANSF ENTRE AG CHQ/DINH, TRANSF ENTRE AGENC DINH, DEP TRANSF ENTRE AG BDN. Expõe em quadro que os valores que não deveriam ser considerados como omissão de receita, pois seriam referentes à simples transferência e, portanto estariam sendo cobrados em duplicidade. Requer para este item a realização de perícia, indicando o Sr. Aldo Jorge Pereira Passos como seu perito.

- Conclui a impugnante que a movimentação bancária constitui apenas indicio, mas não efetiva comprovação de renda ou lucro, e desta forma não poderia ser considerado como fato gerador do imposto de renda e da CSLL. São citadas decisões administrativas emanadas pelo Conselho de Contribuintes.

- Também contesta a aplicação de multa qualificada, no percentual de 150%, caso de presunção legal de omissão de receita (depósitos bancários). Cita a jurisprudência do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda a este respeito.

- Verificados os argumentos da contribuinte contra os autos de infração do presente processo foi solicitada a realização de diligência fiscal, nº 01 de 28/03/2007, as fls. 755/760, para a verificação dos fatos relacionados com a transferência de valores nas contas correntes da empresa.

Em cumprimento à solicitação da DRJ/Recife-PE o auditor responsável anexou o Termo de Encerramento de Diligência, as fls. 767/769, tendo o contribuinte sido cientificado em 10/3/2008, conforme ciência do Termo a fl. 764. Também consta do processo o Relatório de Encerramento de Diligência as fls. 788/790.

Inconformado com o resultado da diligência a contribuinte apresentou aditivo à impugnação, fls. 801/805, argumentando, em síntese, o seguinte:

- Alega que foram efetuadas diligências apenas no Banco Bradesco, quando a solicitação da DRJ Recife envolvia todas as contas correntes da contribuinte. Assim, afirma que ficou ferido o art. 142 do Código Tributário Nacional, pois não foi determinada com precisão a matéria tributável.

- Reclama que o diligenciante não excluiu os valores transferidos nas contas bancárias do Bradesco afirmando que o depósito não poderia ter sido da própria autuada, porque não haveria identificação do terceiro depositante. Como poderia a fiscalização presumir que não eram da empresa os recursos se o Bradesco não identificou os depósitos transferidos de uma conta para outra. O ônus da prova neste caso é da fiscalização.

- Também alega que, conforme livro registro de saídas e notas fiscais anexadas, a empresa não obteve faturamento para circular em suas contas bancárias vultosos valores. Estes recursos se reportam a vendas em nome de terceiros.

A DRJ/Recife considerou o lançamento procedente em parte, acórdão 11-26.081, de 29/4/2009, fls.1.135/1.148, concluso nos seguintes termos, *verbis*:

Assim, tendo em vista toda a análise procedida voto no sentido de considerar procedentes EM PARTE os autos de infração do presente processo, para:

- a) MANTER os valores de crédito tributário referentes à infração de insuficiência de recolhimento dos autos de infração do presente processo.
- b) ALTERAR os valores do crédito tributário referente à infração de omissão de receita, em todos os meses do Ano-Calendário 2002, conforme quadros no final do voto.
- c) Sobre o crédito tributário devido no item “a” permanece a aplicação de multa de ofício no percentual de 75%. Sobre o crédito tributário do item “b” permanece a aplicação do percentual de 150%. Sobre ambos os créditos tributário permanece a aplicação dos juros de mora conforme a legislação.

Merecem destaque os seguintes trechos do voto do relator, que indica o motivo pelo qual parte do crédito tributário lançado foi considerado improcedente:

Reclama a autuada que a fiscalização não aplicou corretamente as determinações do inciso I do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430/1996, ou seja, contesta os valores considerados omitidos, pois foram considerados valores de transferências entre contas da própria pessoa jurídica.

Verificando a alegação da contribuinte constatou esta instância julgadora que constam dos extratos bancários do Banco BRADESCO, as fls. 104 a 140, consolidados no demonstrativo das fls. 231 a 243, diversos lançamentos com os seguintes históricos: TRANSF ENTRE AG CHQ/DINH; TRANSF ENTRE AGENC DINH; DEP TRANSF ENTRE AG BDN.

(...)

Em resposta o auditor diligenciante sintetizou as apurações no Encerramento da Diligência, as fls. 770 a 772, no qual destacamos o seguinte:

- Analisado os elementos constantes das tabelas e extratos bancários constantes do processo, constatou que apenas o banco Bradesco S/A registrava os elementos descritos no item “b” do pedido de diligência;
- Intimado o Banco Bradesco esclareceu a nomenclatura de cada lançamento que registrava o termo transferência;
- Constatou que não ocorreram depósitos/transferências de outras contas da própria pessoa jurídica e sim depósitos/transferências de recursos de terceiros para a autuada;
- Não foram identificados os valores apontados pela pessoa jurídica nas folhas 560 e 561, na sua totalidade. Apenas constatamos os valores elencados na planilha DEMONSTRATIVOS DE VALORES - EXTRATOS BANCÁRIOS” que foram devidamente deduzidos nas novas planilhas elaboradas e anexadas;
- Foram constatados apenas oito depósitos com a nomenclatura DEP. TRANSF. ENTRE AG. BDN efetuado pelo próprio contribuinte. Os demais depósitos, com a

mesma nomenclatura estão vinculados a diversas pessoas físicas ou jurídicas, depósitos consignados em outros estados da federação e depósitos sem identificação do terceiro depositante. Estes oito depósitos foram expurgados das novas planilhas.

Reaberto o prazo para que a impugnante pudesse contrapor o resultado da diligência fiscal a mesma afirmou que a fiscalização não procedeu a verificação das demais contas, ignorando a diligência proposta e que o autuante não poderia afirmar que depósitos sem identificação do depositante não seriam da empresa. Afirma que cabe ao fisco comprovar as operações.

No entanto, como ficou demonstrado na diligência fiscal os valores cujo histórico tinha a nomenclatura de TRANSFERÊNCIA foram verificados e explicados detalhadamente no encerramento da diligência, sintetizado acima. Destes valores foram constatados oito que realmente caracterizavam transferências entre contas da própria pessoa jurídica e não poderiam compor o demonstrativo de omissão de receita, pois haveria a tributação em duplicidade. A contribuinte contrapôs de forma genérica a diligência sem especificar quais valores não foram verificados e quais seriam as transferências que não deveriam ser consideradas. Não pode prevalecer a mera alegação da impugnante contra os elementos de prova anexados ao processo.

A contribuinte mesmo após a diligência tenta alegar novamente de forma genérica que os depósitos de terceiros sem identificação não devem ser considerados, pois podem não ser da empresa. Esta alegação é sem sentido quando a legislação prevê que os créditos em conta corrente da empresa precisam estar devidamente registrado e comprovados.

A não identificação do crédito pela impugnante demonstra que valores foram creditados na conta sem que a mesma consiga demonstrar sua origem. Como explicado acima esta é exatamente a presunção legal estabelecida pela legislação, de que créditos em conta corrente sem comprovação caracterizam omissão de receita. Ainda, quando indagada a respeito dos créditos em conta corrente a empresa respondeu, as fls. 36 a 39 e 48 a 50, que se referem a operações da atuada.

Cabe destacar que mesmo a empresa não apontando e explicando em sua impugnação a que se referiam as transferências esta instância julgadora determinou a realização de diligência para que ficasse plenamente esclarecidos todos os itens de seus extratos bancários. Destes esclarecimentos resultaram em novos valores tributáveis conforme demonstrativo da fl. 745.

Ainda, cabe esclarecer que houve a presunção de omissão de receita exatamente porque a empresa não comprovou os valores de créditos em conta corrente, ou seja, estes valores não estão em notas fiscais e em livro de saída, como a contribuinte afirma. Não há como a contribuinte negar que tais valores estavam registrados em suas contas correntes. E se eram de terceiros deve demonstrar e não simplesmente alegar.

(...)

O contribuinte foi cientificado em 14/10/2009, fls. 1.161, tendo apresentado Recurso Voluntário em 19/10/2009, fls. 1.163/1.187. Da peça recursal evidenciam-se os seguintes argumentos:

- O Recorrente requer que seja anulado, desde o início, o ato declaratório executivo nº 25, de 07 de fevereiro de 2006, por se tratar de um ato vinculado, provendo-se o presente recurso.
- O acórdão recorrido não acolheu a manifestação de inconformidade da recorrente em relação a sua exclusão do SIMPLES.

- A decisão administrativa não foi motivada, o que implicou em cerceamento de defesa, implicando em sua anulação nos precisos termos do art. 59, II, do Decreto nº 70.235/72, por se tratar de nulidade absoluta.

- No caso, tem-se o seguinte, conforme documentos já acostados aos autos:

a) o processo de exclusão do SIMPLES sob o nº 19647.007073/2005-78, de que trata o caso presente, foi protocolado em 13.07.2005, tendo como órgão de destino CAC-PROCESSOS FISCAIS-SECAT-DRF-REC-PE;

b) o auto de infração para cobrança do IMPOSTO SIMPLES sob o nº 19647.008791/2005-61, que teria conexão com o processo de exclusão do SIMPLES nº 19647.007073/2005-78, foi protocolado em 29.08.2005, tendo como órgão de destino SERV CONTROLE DO JULGAMENTO-DRJ-RCE-PE.

- Comprova-se, assim, que, antes da constituição do crédito tributário via auto de infração, onde estaria comprovado o auferimento de receita bruta, no ano anterior, superior ao limite legal, já houvera a representação para exclusão do simples da ora recorrente.

- Não pode prosperar esse expediente, inclusive porque a motivação do ato declaratório impugnado é a seguinte: “Motivação: O contribuinte, optante do SIMPLES, na condição de Microempresa, ultrapassou, no ano-calendário de 2002, o limite estabelecido no art. 9º, inciso I e II da Lei 9.317/96, alterando pelo art. 6º da Lei nº 9.779/99 e MPV 2.189-49/2001, e não cumpriu o disposto nos art. 12 e 13, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 9.317/96”.

- Como saber-se se houve a ultrapassagem referida se o auto de infração, que constituiria o crédito tributário em cima dessa ultrapassagem, ainda não havia sido lavrado?

- O ato declaratório vulnera o que foi decidido no processo nº 10935.000057/2001-19, da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes.

- Está constatado, no caso, o seguinte:

a) que a representação para exclusão do SIMPLES se deu antes da constituição do crédito tributário, via auto de infração, onde se constataria o auferimento maior de receita bruta no ano calendário anterior;

b) dessa forma, constatado o cerceamento de defesa por não conter o processo de exclusão do SIMPLES as provas de ultrapassagem do limite legal da micro ou pequena empresa;

c) não tendo havido a observância estrita do critério da legalidade, tem-se ser nulo o ato declaratório de exclusão.

- A defesa requer, preliminarmente, o seguinte:

a) seja apensado o presente processo ao processo nº 19647.007073/2005-78, de que trata a petição nº 19647.012108/2009-14;

b) seja feito o julgamento simultâneo de ambos os processos haja vista a conexão existente entre ambos e, portanto, a prevenção.

- Quanto ao mérito da autuação, o Termo de Encerramento de Diligência está incompleto, eis que:

a) as diligências solicitadas envolvem todos os bancos em que se funda a ação fiscal, e não apenas o Bradesco identificado por banco 237;

b) as diligências não foram estendidas aos bancos sob os números 347, 389, 453 e 477, simplesmente porque o autuante não encontrou nesses bancos históricos de transferências de receitas entre contas da própria pessoa jurídica.

- Conforme documentação, há apenas resposta envolvendo o Banco Bradesco S/A, ainda mais tendo esse banco feito constar no penúltimo parágrafo do Ofício resposta o seguinte: “Informamos que esta é uma resposta parcial, em breve finalizaremos nosso atendimento.”

- A diligência solicitada não foi cumprida a risca. A matéria tributável não está determinada na forma legal, uma vez que:

a) o próprio Bradesco informou que a sua resposta era parcial;

b) na exclusão dos depósitos feita pelo autuante, não foi feita a exclusão dos depósitos transferidos nas contas bancárias do Bradesco porque não haveria a identificação do terceiro depositante, tendo o autuante concluído que esse terceiro depositante não poderia ser a própria autuada, não tendo apresentado motivação para isso;

c) por outro lado, as diligências em relação a transferências de contas bancárias da mesma pessoa jurídica não foram estendidas aos demais bancos em que se funda a ação fiscal, tendo o autuante concluído que nos demais bancos não poderia haver transferências entre essas contas.

- Evidente que não pode prosperar a pretensão fiscal, uma vez que relativamente aos depósitos cuja origem o autuante, através do Bradesco, não identificou os depositantes, a recorrente citou em seu rol jurisprudência administrativa.

- Se o próprio Bradesco não informou a fiscalização se os depósitos transferidos de uma conta para outra da recorrente eram receitas próprias ou não, como poderia o autuante presumir que não eram receitas próprias?

- De acordo com a diligência, o ônus da prova nesse caso ficou a cargo do Bradesco e do próprio autuante, não podendo a mingua dessa prova ser feita a tributação em nome da recorrente simplesmente pelo fato de o banco não ter dito a quem pertenceriam as receitas, embora o banco tenha informado que a sua resposta era parcial.

- A Recorrente citou em sua defesa jurisprudência administrativa, relacionada ao fato de que não existem respostas dos demais bancos em torno da diligência solicitada, inclusive com relação aos depósitos de terceiros informados pelo Bradesco.

- A recorrente comprova com a documentação que são cópias do livro registro de saídas de mercadorias do ano-calendário de 2002, bem como com as notas fiscais

correspondentes, que as suas transações comerciais são modestas, não podendo o faturamento atingir os vultosos depósitos bancários feitos por terceiros em suas contas bancárias, justamente porque esses depósitos se reportam a vendas em nome de terceiros, principalmente de açúcar e de álcool, transitando os recursos financeiros por suas contas bancárias, percebendo pelas transações apenas comissões.

- A prova nesse sentido, pelo menos em relação às informações prestadas pelo Bradesco, esta feita justamente com as transferências não identificadas pelo Bradesco sob os históricos de “TRANSF. ENTRE AGENC.DINH: Depósito em espécie no caixa de uma agência , cujo crédito é destinado a outra agência”.

- Quer dizer, os depósitos bancários feitos em nome da recorrente, cujos depositantes estão identificados pelo Bradesco, são justamente os depósitos bancários transferidos para as pessoas físicas ou jurídicas não identificadas pelo Bradesco, que são as pessoas físicas ou jurídicas de que trata o § 5º do art. 42, da Lei nº 9.430/96.

- Essa prova é contundente, pelo menos em relação ao Bradesco, no sentido de que há uma neutralização dos depósitos feitos por terceiros (compradores) nas contas bancárias da recorrente com os depósitos de transferências feitos para terceiros (vendedores), cujas vendas foram efetuadas pela recorrente como intermediadora, não podendo, pois sofrer tributação sobre receitas que não lhe pertencem.

- Como não há nos autos, no cumprimento da diligência por parte do autuante, resposta de verificação das demais contas da recorrente, tem-se que há um evidente cerceamento de defesa, uma vez que o auto de infração foi julgado prematuramente.

- Requer-se, pois, preliminarmente, nulidade do auto de infração, nos termos do art. 59, II, do Decreto nº 70.235/72.

- Ato contínuo, tem-se que, relativamente a tributação pretendida não tem cabimento o que quer o autuante

- A partir de fevereiro de 2002, a receita bruta acumulada, segundo o autuante, teria sido de R\$ 1.885.222,05, tendo chegado em dezembro de 2002 a R\$ 10.875.921,65.

- Ora, a tributação sobre diferenças de receitas não escrituradas, conforme o autuante explicita no auto de infração lavrado a título de depósitos bancários, está se dando com base na Lei nº 9.317/96, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998. O seu § 1º do art. 5º esclarece que “o percentual a ser aplicado em cada mês, na forma deste artigo, será o correspondente a receita bruta acumulada até o próprio mês”.

- Ora, para as microempresas o percentual máximo anual acumulado de receita bruta será de R\$ 120.000,00, e para as empresas de pequeno porte o percentual máximo anual de receita bruta acumulado permitido será o de R\$ 1.200.000,00, tudo na forma do inciso I, “c”, e inciso II, “i”, do art. 5º, da Lei nº 9.317/96, respectivamente.

- No caso, a receita bruta acumulada a partir de fevereiro de 2002 já não permitiria a utilização de percentuais quer para microempresas, quer para empresas de pequeno porte, o que evidencia o equívoco de tributação em que laborou o autuante.

- O equívoco adveio do fato de o art. 5º, *caput*, da referida Lei nº 9.317/96, alterada, se reportar a tributação da receita bruta mensal auferida, o que deve ser interpretado, sistemicamente, com o § 1º, do mesmo dispositivo, que se reporta ao percentual que tem por limite a receita bruta acumulada até o próprio mês, pelo que se tem o seguinte:

a) a receita bruta tributável será a mensal auferida;

b) todavia, ultrapassado o limite da receita bruta há outro limite, para tributação de microempresas e empresas de pequeno porte, qual seja, o limite da receita bruta acumulada em cada mês, que define o percentual;

c) como o percentual máximo é de R\$ 1.200.000,00 anuais, evidente que, a partir do mês em que esse percentual for superado, não mais será possível a tributação na forma da Lei nº 9.317/96.

- Com efeito, sistemicamente, essa interpretação esta contida no § 3º do art. 23, da Lei nº 9.317/96.

- Pois bem. Esse § 1º do art. 5º referido é o que limita o percentual até a receita bruta acumulada até o próprio mês, doutra sorte se não houvesse um limite para a receita bruta, através do percentual incidente, o contribuinte que excedesse no ano-calendário a receita bruta em, por exemplo, R\$ 1.000.000.000,00, também seria tributado da forma pretendida pelo autuante.

- A base de cálculo utilizada pelo autuante vulnera o disposto no art. 142, parágrafo único, do CTN, o que comprova a improcedência do auto de infração.

- A matéria tributável não esta, pois, determinada com certeza, pelo autuante, não tendo cabimento o auto de infração lavrado.

- A jurisprudência administrativa favorece a recorrente no sentido de que não pode ser responsabilizado pela pretensão fazendária constante do auto de infração.

- Por outro lado, a pretensão do autuante chega ao cúmulo de pretender aplicar, no caso, a multa agravada constante do art. 44, § 2º, da Lei nº 9.430/96, e do art. 70, I, da Lei nº 9.532/97, num percentual de 150% sobre o tributo exigido, quando não estão satisfeitas as condições legais para esse agravamento.

- A jurisprudência administrativa não admite a pretensão fazendária do autuante. A defesa cita diversos julgados.

- Em face do exposto, requer o seguinte:

a) preliminarmente, a nulidade do auto de infração com base nos argumentos acima expostos; ou, se julgado no mérito,

b) a improcedência do auto de infração por violação ao art. 142, parágrafo único do CTN.

É o relatório.**Voto**

Conselheiro Ricardo Antonio Carvalho Barbosa, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

A partir das questões abordadas na peça recursal, subdividirei a análise da lide em tópicos.

Preliminares - Solicitação de Anulação do Ato Declaratório.

A defesa requer, preliminarmente, que seja declarado nulo o Ato Declaratório Executivo ADE nº 25, de 07 de fevereiro de 2006, por supostamente ter ocorrido cerceamento do direito de defesa.

Considerando-se que o referido ADE é consequência e não causa da presente exação fiscal, procederei à análise da questão em acórdão específico, relativo ao processo 19647.007073/2005-78.

Devido à relação de causa e efeito entre este e o referenciado processo, ambos estão sendo apreciados por esta turma de julgamento e ficaram sob minha relatoria.

Questões de Mérito***Sobre a Existência de Deficiências na Diligência Fiscal.***

De acordo com a Recorrente, o Termo de Encerramento de Diligência que foi utilizado como base para a decisão de 1ª instância está incompleto, eis que:

a) As diligências solicitadas envolvem todos os bancos em que se funda a ação fiscal, e não apenas o Bradesco identificado por banco 237;

b) As diligências não foram estendidas aos bancos sob os números 347, 389, 453 e 477, simplesmente porque o autuante não encontrou nesses bancos históricos de transferências de receitas entre contas da própria pessoa jurídica;

c) Conforme documentação, há apenas resposta envolvendo o Banco Bradesco S/A, ainda mais tendo esse banco feito constar no penúltimo parágrafo do Ofício Resposta o seguinte: *“Informamos que esta é uma resposta parcial, em breve finalizaremos nosso atendimento”*.

Assim, considera que a diligência solicitada não foi cumprida a risca.

Desde logo, cabe reproduzir parte das conclusões do Termo de Encerramento da Diligência, as fls. 819/821, questionado pela defesa (grifei):

- Analisado os elementos constantes das tabelas e extratos bancários constantes do processo, constatou que apenas o banco Bradesco S/A registrava os elementos descritos no item “b” do pedido de diligência;
- Intimado o Banco Bradesco esclareceu a nomenclatura de cada lançamento que registrava o termo transferência;
- Constatou que não ocorreram depósitos/transferências de outras contas da própria pessoa jurídica e sim depósitos/transferências de recursos de terceiros para a autuada;
- Não foram identificados os valores apontados pela pessoa jurídica nas folhas 560 e 561, na sua totalidade. Apenas constatamos os valores elencados na planilha DEMONSTRATIVOS DE VALORES - EXTRATOS BANCÁRIOS” que foram devidamente deduzidos nas novas planilhas elaboradas e anexadas;
- Foram constatados apenas oito depósitos com a nomenclatura DEP. TRANSF. ENTRE AG. BDN efetuado pelo próprio contribuinte. Os demais depósitos, com a mesma nomenclatura estão vinculados a diversas pessoas físicas ou jurídicas, depósitos consignados em outros estados da federação e depósitos sem identificação do terceiro depositante. Estes oito depósitos foram expurgados das novas planilhas.

Como se pode observar, o pedido de diligência foi direcionado no sentido de identificar quais lançamentos decorriam de meras transferências bancárias entre contas do contribuinte. Destes, foram identificados oito que realmente caracterizavam movimentações entre contas da própria pessoa jurídica e não poderiam compor o demonstrativo de omissão de receita, pois haveria a tributação em duplicidade. A improcedência do lançamento relacionada a estes valores foi reconhecida na decisão de primeira instância.

Os trabalhos de diligência estiveram em consonância com o que foi solicitado pela autoridade julgadora de primeira instância, conforme se pode constatar na parte final do referido documento, fls. 758, *verbis* (grifei):

Assim, tendo em vista estes fatos narrados, e imprescindível a resolução do litígio a realização de um a diligência fiscal para que seja esclarecido o seguinte:

- a) Se foram expurgados no momento da elaboração dos demonstrativos de valores omitidos as transferências entre contas da própria pessoa jurídica.
- b) Os históricos dos lançamentos do Banco Bradesco de TRANSF ENTRE AG CHQ/DINH; TRANSF ENTRE AGENC DINH; DEP TRANSF ENTRE AG BDN são referentes a que tipo de transação bancária.
- c) Verificar nos demais extratos os históricos de transferência para analisar eventuais transferências entre contas da própria pessoa jurídica.

Note-se que não houve determinação para que as diligências fossem estendidas aos bancos sob os números 347, 389, 453 e 477, tendo em vista que, para essas instituições financeiras não foram identificados registros de transferências de receitas entre contas da própria pessoa jurídica.

Os lançamentos em litígio, cabe agora lembrar, foram efetuados a partir da constatação de omissão de receita, apurada de acordo com a presunção legal prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 – Depósitos Bancários de Origem não Comprovada. Os extratos bancários foram fornecidos pelas entidades financeiras, de acordo com a Lei

Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentada pelo Decreto 3.724. de 10 de janeiro de 2001¹.

Em se tratando de uma presunção legal o seu efeito prático é a inversão do ônus da prova. No caso, é necessário que o fisco demonstre que “(...) o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações” (art. 42, caput, da Lei nº 9.430, de 1996).

Em contrapartida, cabe ao contribuinte, para afastar a presunção, demonstrar que o fato presumido não existe no caso.

Em seu recurso, a defesa questiona de forma genérica a diligência, sem especificar quais valores não foram verificados e quais seriam as transferências que não deveriam ser consideradas. Faz referência, inclusive, ao conteúdo de uma resposta do Bradesco anexada aos autos, informando que a sua resposta era parcial (fls. 773), como se tal registro fosse suficiente para macular todas as conclusões do agente fiscal, após a diligência.

No entanto, não se preocupou em demonstrar que os depósitos não se tratavam de receitas omitidas, ou que algum dado relevante fornecido pelo Bradesco, relacionado às operações de transferência entre as contas correntes da empresa, não tinha sido analisado.

O conjunto probatório anexado pela Recorrente, logo após a realização da diligência compreende as cópias do livro Registro de Saídas, fls. 839/852, e de notas fiscais, fls. 854/1.129. Não foi apresentado qualquer demonstrativo que pudesse identificar a correlação entre eles e os depósitos bancários questionados.

A atividade probatória compreende a contextualização de elementos relevantes relacionados à lide, e não a mera anexação de um conjunto de documentos da escrituração da empresa. Os elementos de prova precisam estar devidamente identificados e relacionados com os fatos narrados no processo. É necessária a devida demonstração, pela parte interessada, sobre a relação deles com o fato que se pretende provar. Esse dever tanto se aplica o fisco, quando formaliza a exigência, quanto ao contribuinte, em sua defesa.

No presente caso, não vislumbro de que forma este colegiado poderia concluir, apenas com a análise desses documentos, que parte dos valores depositados em sua conta não lhe pertencia.

Ora, se o sujeito passivo dispõe de outros dados que poderiam inquinar a validade do levantamento efetuado pela fiscalização, relacionados a meras transferências, por que não os identificou na peça recursal? Como já dito, por se tratar de uma presunção legal, é ônus do contribuinte demonstrar a origem dos recursos que transitaram em suas contas correntes bancárias, e não do fisco.

¹ **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.

Cabe agora, por oportuno, tecer algumas considerações sobre o princípio da verdade material e a sua aplicação no Processo Administrativo Fiscal - PAF.

Não restam dúvidas de que o referido princípio é um dos pilares do nosso processo, dado que o tributo decorre exclusivamente da lei e não da mera vontade do fisco ou de erro do contribuinte.

No entanto, a busca da verdade absoluta está no campo da utopia, do ideal, fazendo com que a busca do julgador seja pela verossimilhança, ou seja, por uma ordem de aproximação e probabilidade. Nesse sentido, tomo a liberdade de transcrever a lição do professor de Direito Tributário da Universidade Federal de Santa Catarina, ex Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, Dr. Gilson Wessler Michels (Processo Administrativo Fiscal Comentado, 2015):

A superação da dicotomia entre verdade formal e verdade material não leva, entretanto, à consagração desta última. Com efeito, a verdade absoluta ainda está no campo da utopia, do ideal, fazendo com que a busca do julgador seja antes pela verossimilhança, ou seja, por uma ordem de aproximação e probabilidade; a busca da verdade material demandaria tempo demais, e o resultado final, mesmo assim, continuaria a ser uma mera aproximação da verdade. Sem que se entre no campo dos novos paradigmas da verdade, certo é que se tem hoje a ideia de um processo necessariamente pontuado por alguns limites – temporais ou materiais – à cognição probatória, mas que supera a distinção entre verdade formal e verdade material, como meio de garantia de uma decisão produzida em tempo razoável.

No processo administrativo, impõe-se a mesma superação. Com o crescente enrijecimento do procedimento – operado por disposições como a que prevê prazos preclusivos para a apresentação de provas -, há que se reconhecer a superveniência de um formalismo moderado para o PAF, voltado ao reconhecimento de que, mesmo nesta esfera, a verdade material é um mito, e que o julgador, na expressiva maioria das vezes, acaba chegando apenas a um juízo de verossimilhança; e este juízo de verossimilhança fica corroborado pela união, a estas limitações de ordem processual, das várias presunções de direito material embutidas na legislação tributária.

(...)

O que se tem, assim, é um sistema no qual o ato administrativo (auto de infração, notificação de lançamento ou despacho decisório) e o recurso do contribuinte (impugnação ou manifestação de inconformidade) já devem compor, conclusivamente, o universo sobre o qual o julgador administrativo efetuará sua cognição. Por óbvio que o julgador poderá demandar diligências para complementar o quadro probatório (porque não se convenceu da veracidade da versão de qualquer das partes), mas tal providência não serve para que sejam produzidas provas que deixaram de ser trazidas pelas partes em descumprimento ao ônus legal que lhes é imposto.

(Grifei)

Não podemos olvidar que a Preclusão é instituto essencial ao processo, enquanto considerado marcha à frente. Para ir adiante e sem retrocessos, é indispensável que a marcha considere superadas as fases já ultrapassadas.

Sem regras de preclusão, os processos correriam o risco de se tornarem intermináveis.

O responsável pela formalização da exigência, o contribuinte e o julgador administrativo atuam de formas distintas no processo.

Embora a legislação processual tributária preveja expressamente a possibilidade de realização de novos exames no curso do processo (art. 16, inciso IV, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972), a sua consecução, via de regra, somente se justifica: i) quando a apuração dos dados, por sua natureza, torna inviável a simples anexação de provas pela parte interessada; ii) quando o julgador, a partir da análise das provas anexadas aos autos, entenda que seja necessário o aprofundamento dos exames, pois não se convenceu sobre veracidade da versão de qualquer das partes, ou iii) quando as provas estão em poder de terceiro que não compõem a relação processual.

A produção de provas dos fatos alegados, repita-se, envolve a contextualização de elementos relevantes e não a mera anexação de documentos aos autos ou o requerimento genérico para realização de diligências ou perícias, “em respeito ao princípio da verdade material”.

Por tais motivos, na linha da lição do ilustre Professor Gilson Wessler Michels, entendo que, um ato administrativo desacompanhado das provas que atestam a imposição (auto de infração, por exemplo), é ato ao qual faltam requisitos de validade. De igual forma, uma contestação apresentada pelo contribuinte que enfrenta ato impositivo com base em meras alegações, desprovidas de provas que ele mesmo teria plenas condições de produzir, não possui vigor para instaurar concretamente o litígio, nem justifica a determinação de diligência.

No presente caso, se os recursos que transitaram na conta corrente bancária pertencem a terceiros, tal fato poderia ter sido facilmente comprovado pelo próprio contribuinte, que supostamente foi parte dessas operações e é o titular das contas. Não vislumbro qualquer dificuldade na apresentação dessas provas.

O cerceamento ao direito de defesa está relacionado a um suposto prejuízo ao acusado, no que concerne ao conhecimento preciso da infração que lhe foi imputada e ao direito de reagir aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Em síntese, o contraditório é constituído por dois elementos básicos: informação e reação. Ambos foram assegurados no presente processo.

Por tais motivos, não vejo como acolher as pretensões da defesa no sentido de realização de uma nova diligência fiscal.

Sobre a alegação de que transações comerciais são modestas.

A recorrente alega que, a partir da análise do livro registro de saídas de mercadorias do ano-calendário de 2002, bem como com as notas fiscais correspondentes, que as suas transações comerciais são modestas, não podendo o faturamento atingir os vultosos depósitos bancários feitos por terceiros em suas contas bancárias, justamente porque esses depósitos se reportam a vendas em nome de terceiros, principalmente de açúcar e de álcool, transitando os recursos financeiros por suas contas bancárias, percebendo pelas transações apenas comissões.

Se esse é caso, caberia ao contribuinte identificar, para cada um dos valores depositados em sua conta, a que transação corresponderia, e quem foi o beneficiário final desses recursos. Não existem documentos no processo que permitem que se chegue a essa conclusão.

Quem não prova o que afirma não pode pretender ser tida como verdade à existência do fato alegado, para fundamento de uma solução que atenda o pedido feito. Aliás, o adágio romano: *allegatio et non probatio, quase non allegatio* (alegar e não provar é quase não alegar).

Da alegação de que parte das transferências são para as pessoas físicas ou jurídicas não identificadas pelo Bradesco, que são as pessoas físicas ou jurídicas de que trata o § 5º do art. 42, da Lei nº 9.430/96.

De acordo com a Recorrente, os depósitos bancários feitos em seu nome, cujos depositantes estão identificados pelo Bradesco, são justamente os valores transferidos para as pessoas físicas ou jurídicas não identificadas pelo Bradesco, que são as pessoas referenciadas no § 5º do art. 42, da Lei nº 9.430/96. Este seria o caso das transferências sob os históricos de “TRANSF. ENTRE AGENC.DINH: Depósito em espécie no caixa de uma agência, cujo credito é destinado a outra agência”.

Vejamos o dispositivo citado (grifei):

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002)

O citado parágrafo, que está incluído no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, trata de uma situação específica em que a conta bancária está em nome de uma interposta pessoa. Essa prática consiste em ocultar o verdadeiro interessado num ato jurídico (no caso, o titular da conta bancária), fazendo aparecer uma terceira pessoa em seu lugar, com o intuito de ocultar a identificação do titular do direito.

O dispositivo determina que, se estiver provado quem é o verdadeiro titular da conta bancária, a tributação recairá no nome deste, e não no da interposta pessoa. O que é mais do que lógico!

Não é o caso dos autos, não restou comprovado que as contas bancárias em nome da interessada, na realidade pertenceriam a terceiros.

Apuração do percentual com base na receita bruta acumulada.

A Recorrente também se insurge contra a apuração dos tributos devidos. Neste sentido, alega que, a partir de fevereiro de 2002, a receita bruta acumulada, segundo o autuante, teria sido de R\$ 1.885.222,05, tendo chegado em dezembro de 2002 a R\$ 10.875.921,65. Considera que a receita bruta acumulada a partir de fevereiro de 2002 já não permitiria a utilização de percentuais quer para microempresas, quer para empresas de pequeno porte, o que evidencia o equívoco de tributação em que laborou o autuante. Fundamenta seu ponto de vista nestes termos:

O equívoco adveio do fato de o art. 5º, *caput*, da referida Lei nº 9.317/96, alterada, se reportar a tributação da receita bruta mensal auferida, o que deve ser interpretado, sistemicamente, com o § 1º, do mesmo dispositivo, que se reporta ao percentual que tem por limite a receita bruta acumulada até o próprio mês, pelo que se tem o seguinte:

- a) a receita bruta tributável será a mensal auferida;
- b) todavia, ultrapassado o limite da receita bruta há outro limite, para tributação de microempresas e empresas de pequeno porte, qual seja, o limite da receita bruta acumulada em cada mês, que define o percentual;
- c) como o percentual máximo é de R\$ 1.200.000,00 anuais, evidente que, a partir do mês em que esse percentual for superado, não mais será possível a tributação na forma da Lei nº 9.317/96.

Não concordo com essa conclusão.

Como regra, a legislação do Simples tomou como referência, para conceder o direito à sua opção, a Receita Bruta auferida pelo contribuinte no ano anterior. O art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, vigente à época dos fatos geradores em litígio, é claro nesse sentido, senão vejamos:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

I - na condição de microempresa, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais);

II - na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais); (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001)

Não restam dúvidas de que, tendo-se como referência a Receita Bruta do ano anterior para opção ao Simples, é necessário o disciplinado sobre a forma como deve ser tratada o excesso de Receita Bruta no próprio ano-calendário, para fins de apuração do montante a ser recolhido. Essa questão foi positivada da seguinte forma (grifei):

Art. 23. Os valores pagos pelas pessoas jurídicas inscritas no SIMPLES corresponderão a:

(...)

§ 2º A pessoa jurídica, inscrita no SIMPLES na condição de microempresa, que ultrapassar, no decurso do ano-calendário, o limite a que se refere o inciso I do art. 2º, sujeitar-se-á, em relação aos valores excedentes, dentro daquele ano, aos percentuais e normas aplicáveis às empresas de pequeno porte, observado o disposto no parágrafo seguinte.

§ 3º A pessoa jurídica cuja receita bruta, no decurso do ano-calendário, exceder ao limite a que se refere o inciso II do art. 2º, adotará, em relação aos valores excedentes, dentro daquele ano, os percentuais previstos na alínea "e" do inciso II e nos §§ 2º, 3º, inciso III ou IV, e § 4º, inciso III ou IV, todos do art. 5º, acrescidos de 20% (vinte por cento), observado o disposto em seu § 1º.

A empresa inscrita no Simples na condição de ME, cuja receita bruta acumulada no decurso do ano-calendário exceder ao limite de R\$ 120.000,00, a partir do mês em que for verificado o excesso, deverá utilizar, no cálculo do valor a pagar, em relação à receita excedente, os percentuais previstos para as Empresas de Pequeno Porte - EPP. Caso o limite de EPP

também seja excedido no mesmo ano, adotará, em relação aos valores excedentes, os percentuais previstos, acrescidos de 20%.

Destarte, não tem fundamento o argumento da defesa de que, a partir do momento em que o percentual fosse superado, não seria mais possível a tributação na forma da Lei nº 9.317, de 1996. Essa conclusão somente se aplica ao ano subsequente, no qual a empresa obrigatoriamente estaria fora do Simples Federal.

Não ocorreu na apuração dos tributos lançados, pois, qualquer violação ao disposto no art. 142, parágrafo único, do CTN.

Da Multa Qualificada.

Por fim, o contribuinte questiona a aplicação da multa no percentual de 150%, por não estarem satisfeitas as condições legais para esse agravamento. Alega que a jurisprudência administrativa não admite a pretensão fazendária do autuante. Cita diversos julgados.

A base legal para aplicação da multa foi o art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996, que, à época dos fatos, tinha a seguinte redação:

Art.44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71,72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

A jurisprudência administrativa, de longa data, já firmou o entendimento de que a hipótese prevista no art. 44, II, da Lei 9.430, de 1996, deve ser interpretada restritivamente, e aplicada somente nos casos de evidente intuito fraude em que tenha sido tipificada a ação em um dos institutos dos artigos 71 a 73 da Lei 4.502, de 1964, e desde que tenha ficado demonstrado pela fiscalização que o contribuinte agiu dolosamente. A matéria, inclusive, foi sumulada nos seguintes termos:

Súmula CARF nº 14

A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Vejamos de que forma a fiscalização justificou a qualificação da multa:

7 -Neste diapasão o contribuinte confirma novamente os depósitos efetuados em suas contas correntes bancárias, decorrentes de atividade fim da empresa, apesar da mesma, com o alto volume de recursos mobilizados, se colocar como contribuinte pelo sistema de pagamentos do Simples, omitindo sua real situação perante esta DRF-Recife, com elevada redução de tributos devidos ao s cofres públicos.

Configurado a existência e comprovada a elevada movimentação financeira sem a devida justificativa legal, um reduzido movimento de vendas/faturamento escriturado no livro registro de Saídas, acontecendo o mesmo na emissão de notas fiscais correspondentes, cópias anexas das páginas do livro de saídas e das notas fiscais emitidas, e neste momento lavrado este auto de infração para exigir do contribuinte o tributo sonegado, caracterizado pela omissão de receita que não integrou a base de cálculo do regime de tributação adotado, ainda que irregular.

Como se constata, a fiscalização fundamentou a aplicação da multa pelo fato de ter sido comprovada a elevada movimentação financeira sem a devida justificativa, e com reduzido movimento de vendas/faturamento escriturado no livro registro de Saídas. No entanto, não se preocupou em apontar em qual das condutas previstas nos 71 a 73 da Lei 4.502, de 1964, se enquadrava o contribuinte.

A irregularidade, a rigor, foi constatada apenas com base na presunção legal prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

Essa questão já foi objeto da seguinte Súmula CARF:

Súmula CARF nº 25

A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 383, de 12/07/2010, DOU de 14/07/2010).

Ou seja, somente quando resta devidamente comprovada a conduta dolosa, é que se admite a qualificação da multa de ofício. É o que ocorre, por exemplo, quando se comprova que as contas bancárias estão em nome de interpostas pessoas:

Súmula CARF nº 34

Nos lançamentos em que se apura omissão de receita ou rendimentos, decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada, é cabível a qualificação da multa de ofício, quando constatada a movimentação de recursos em contas bancárias de interpostas pessoas. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 383, de 12/07/2010, DOU de 14/07/2010).

Destarte, acolho os argumentos da defesa no sentido de afastar a aplicação da multa qualificada, no percentual de 150%.

Conclusão.

De todo o exposto, encaminho meu **voto** no sentido de rejeitar o pedido de diligência, e, no mérito, **em dar provimento parcial ao recurso voluntário** para reduzir a multa de ofício para 75%.

(documento assinado digitalmente)
Ricardo Antonio Carvalho Barbosa

Fl. 20 do Acórdão n.º 1301-004.424 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 19647.008791/2005-61