ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10215.720052/2009-81

CÓPIA

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

Processo nº	10215.720052/2009-81
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**1803-002.360 – 3ª Turma Especial**
Sessão de	23 de setembro de 2014
Matéria	LUCRO ARBITRADO
Recorrente	DISTRIBUIDORA CL LTDA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2006

NULIDADE. DEVER DE CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO PELO LANÇAMENTO.

No caso de o enfrentamento das questões na peça de defesa denotar perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram o procedimento não há que se falar em nulidade do ato em litígio.

Cabe ao Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, na atribuição do exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil em caráter privativo, no caso de verificação do ilícito, constituir o crédito tributário, cuja atribuição é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

PRODUÇÃO DE PROVAS. ASPECTO TEMPORAL.

A peça de defesa deve ser formalizada por escrito incluindo todas as teses de defesa e instruída com os todos os documentos em que se fundamentar, sob pena de preclusão, ressalvadas as exceções legais.

LUCRO ARBITRADO.OMISSÃO DE RECEITAS.

Caracteriza-se como omissão a falta de registro de receita, ressalvada à pessoa jurídica a prova da improcedência, oportunidade em que a autoridade determinará o valor dos tributos com base no lucro arbitrado. Esta apuração de ofício, todavia, não é invalidada pela apresentação, posterior ao lançamento, de livros e documentos imprescindíveis para a apuração do crédito tributário que, após regular intimação, deixaram de ser exibidos durante o procedimento fiscal.

MULTA DE OFÍCIO PROPORCIONAL.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 06/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A multa de ofício proporcional é uma penalidade pecuniária aplicada em razão de inadimplemento de obrigações tributárias apuradas em lançamento direto com a comprovação da conduta culposa.

DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA.

Somente devem ser observados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para os quais a lei atribua eficácia normativa.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

LANÇAMENTO DECORRENTE.

O lançamento de CSLL sendo decorrente da mesma infração tributária, a relação de causalidade que os informa leva a que o resultado dos julgamento deste feito acompanhe aquele que foi dado à exigência de IRPJ.

CÓPIA

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Relatora e Presidente

Composição do colegiado. Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sérgio Rodrigues Mendes, Arthur José André Neto, Antônio Marcos Serravalle Santos, Henrique Heiji Erbano, Meigan Sack Rodrigues e Carmen Ferreira Saraiva.

Relatório

I - Contra a Recorrente acima identificada foi lavrado o Auto de Infração às fls. 410-416 com a exigência do crédito tributário no valor de R$483.010,89 a título de Imposto Sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), juros de mora e multa de ofício proporcional agravada, apurado pelo regime de tributação com base no lucro arbitrado referente aos quatro trimestres do ano-calendário de 2005.

O lançamento fundamenta-se na omissão de receitas da atividade pela falta de registro das compras, cuja apuração foi efetivada a partir dos valores das mercadorias adquiridos pela Recorrente das seguintes pessoas jurídicas fornecedoras: Eleva Alimentos S/A, CNPJ 92.776.665/0090-85, fls. 54-194, Companhia Muller de Bebidas, CNPJ 03.485.775/0025-60, fls. 195-271, Hiléia Indústrias de Produtos Alimentícios S/A, CNPJ 05.388.392/0002-02, fls. 272-323, Paineira Alimentos Ltda, CNPJ 61.120.309/0001-00, fls. 324-387 e Cinco Produtos Químicos e Farmacêuticos Ltda, CNPJ 76.648.559/0001-94, fls. 388-409.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 06/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Ressalte-se que, no período, houve a aquisição de mercadorias no valor de R$2.122.037,00 em cotejo com o valor de R$751.166,81 informado a título de receita bruta na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ), fls. 02-15, em que a Recorrente apurou os tributos utilizando-se do lucro presumido.

Depois de reiteradamente intimada, fls. 16-53, a Recorrente não apresentou da escrituração obrigatória ao argumento de que os assentos contábeis estavam na posse da Secretaria da Receita Estadual do Pará (SEFA), sem entretanto comprovar essa circunstância. Desse modo, restou evidenciado que o Livro Caixa e o Livro de Registro de Inventário foram de fato escriturados.

Os tributos foram então apurados de ofício com no lucro arbitrado, em conformidade com o Termo de Verificação Fiscal, fls. 426-440.

Para tanto, foi indicado o seguinte enquadramento legal: inciso V do art. 535 do Regulamento do Imposto de Renda constante no Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR, de 1999).

Em decorrência de serem os mesmos elementos de provas indispensáveis à comprovação dos fatos ilícitos tributários foi constituído o seguinte crédito tributário pelo lançamento formalizado neste processo:

II – O Auto de Infração às fls. 417-426 a exigência do crédito tributário no valor de R$196.073,54 a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), juros de mora e multa de ofício proporcional agravada.

Para tanto, foi indicado o seguinte enquadramento legal: §§ do art. 2º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, art. 37 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002 e art. 55 da Lei nº 20 de janeiro de 1995.

Houve a lavratura do Termo de Sujeição Passiva Solidária em face do sócio Sebastião Chaves Lima, CPF 145.435.082-20, com base no art. 135 do Código Tributário Nacional.

Cientificada, a Recorrente e o responsável solidário, Sebastião Chaves Lima, apresentaram apresentou as impugnações, fls. 446-452 e 461-467, com as alegações abaixo sintetizadas.

Faz um relato sobre a ação fiscal e suscita:

> Segundo o Auditor Fiscal a Impugnante não apresentou os documentos solicitados, porém, justificou sem a devida atenção da autoridade fiscal, presume, por falta de interesse de agir do Auditor Fiscal, que optou pelo arbitramento do lucro [...].
>
> O Auditor Fiscal para encerrar a fiscalização optou por arbitrar o lucro com base NAS COMPRAS, por falta de atendimento dos documentos solicitados, escolhendo como fonte de tributação para constituir o auto de infração as informações recebidas das empresas identificadas no seu trabalho fiscal - Relatório de Verificação Fiscal, sem antes pesquisar com base no artigo 142 do Código Tributário Nacional e atender as solicitações exigidas pela Impugnante.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 06/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Diante das informações fornecidas por terceiros, aplicou o auto de infração atribuindo o Crédito Tributário no valor de R$679.084,43 - RECEITA BRUTA NÃO CONHECIDA - ARBITRAMENTO COM BASE NO VALOR DAS COMPRAS - EMPRESAS COMERCIAIS. [...]

Não era necessário o Auditor Fiscal lançar mão do arbitramento. Era necessário ter notificado a Secretaria da Fazenda do Estado do Pará - Tribunal Administrativo, para levantar o que estava afirmando a Impugnante. [...]

Entende a Impugnante que o Auditor Fiscal não procedeu à ação fiscal com base no artigo 142 do Código Tributário Nacional e artigo 37 da Lei 9.784/99, quando não investigou o que afirmou a Impugnante, que os documentos encontram-se no Tribunal Administrativo da Secretaria da Fazenda do Estado do Pará. [...]

Todas as intimações foram atendidas, discorda a Impugnante do Auditor Fiscal quando envia os termos identificando como: "Termo de Reintimação."

A impugnante discorda do Auditor, se não atendeu satisfazendo a vontade do Auditor Fiscal, não pode ser considerada "Reintimação", quando foi atendida, demonstrando o Auditor Fiscal falta de interesse de agir.

Quanto às informações obtidas com os fornecedores, importante iniciativa, já que não dispunha a Impugnante das informações no momento, em virtude de toda documentação encontrarem-se a disposição do Tribunal Administrativo da Sefa. [...]

É importante mencionar, que o Auditor Fiscal de posse da Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica da Impugnante, tem a obrigação de saber qual foi o regime tributário escolhido pela Impugnante, antes de exigir documentos em desacordo com o regime escolhido, evitando assim, que seja taxado o termo de "Reintimação", devido não atendimento de informações indevidas. [...]

A Impugnante optou pelo Lucro Presumido, dispensada do Livro Diário, Livro Razão e Lalur e mesmo tendo conhecimento da opção pelo regime do lucro presumido, o Auditor Fiscal solicita documentação indevida.

Quanto aos documentos que atende o Lucro Presumido, a Impugnante justificou que estava em poder do Tribunal Administrativo da Sefa e deveria o Auditor Fiscal fazer e não fez, solicitar informação, artigo 37 da Lei 9.784/99, para cientificar-se e não aplicar auto de infração não duvida ou por falta de interesse de agir.

O quadro demonstrativo apresentado no item 10 do termo de verificação fiscal, identificando o valor de R$2.122.037,00, como compras no período de 2005, através dos fornecedores, demonstra que a Impugnante adquiriu mercadorias neste valor e sua Receita identificada pelo Auditor Fiscal no valor de R$751.166,81 [...], não podendo ser penalizada pelo arbitramento, já que possuí o valor das compras e receitas, enquanto deveria ter sido autuada por possível Omissão de Receita, já que o Lucro Presumido não é apurado pelas operações, é pela receita.

Pertinente ao lucro arbitrado, defende a seguinte tese:

Que resultado daria os livros fiscais ao Auditor Fiscal, se ele já possuía os valores das compras e receitas, elementos essenciais para apuração do lucro presumido. O arbitramento do lucro sem antes investigar as informações repassadas, é um absurdo, procedimento extremado, sem antes aplicar o princípio da razoabilidade.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 06/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Portanto, não teria como o Auditor Fiscal escolher o arbitramento do Lucro, quando havia uma situação pendente, a de consultar a Secretaria da Fazenda do Estado do Pará - Tribunal Administrativo, para saber se existia um processo no mesmo período que estava sendo fiscalizado pelo Auditor Fiscal Leomar Padilha sendo julgado e se os documentos estavam servindo como prova para o Recurso Voluntário junto ao Tribunal Administrativo.

Sem essa situação, não seria passível de arbitramento, já que a mesma mantém escrita fiscal regular, não tendo como o fisco federal vilipendiar o arbitramento, já que é a única forma de se alcançar o lucro arbitramento, seria o Auditor Fiscal não conhecer a Receita Bruta, Compras e o Volume de Depósitos. Todos esses elementos o Auditor Fiscal tomou conhecimento.

O próprio Auditor Fiscal declara no Termo de Verificação Fiscal, que recebeu as respostas dos termos de intimação, até transcreve as respostas, então, poderia ter notificado a Secretaria Fazenda do Estado do Pará - Tribunal Administrativo antes de concluir a fiscalização, arbitrando o lucro.

Os acórdãos apresentados pelo Auditor Fiscal do Primeiro Conselho de Contribuintes, nenhum demonstraram vínculo com a escolha do Auditor Fiscal pelo arbitramento do lucro. Ao contrario, favorece a Impugnante. [...]

Pelas respostas ás intimações como alega o Auditor Fiscal, não deveria a Impugnante sofre penalidade por arbitramento, quando o próprio Auditor Fiscal, declara omissão de rendimentos. [...]

O Auditor Fiscal em suas alegações declina que existem na DIPJ diversos vícios, porém, declina apenas a suposta falta de escrituração que está obrigada.

O Auditor Fiscal não pode afirmar que a Impugnante não possui escrita regular sem antes ter atendido ao pedido de notificar o Tribunal Administrativo da Secretaria da Fazenda do Estado do Pará.

Diante da afirmativa de que a Impugnante omitiu receita, porque o Auditor Fiscal não aplicou a penalidade por Omissão de Receita?

Porque identifica uma situação, Omissão de Receita e aplica auto de infração por arbitramento do lucro, se foi identificado o valor das compras - valor da receita e valor dos depósitos bancários.

No que se refere à sujeição passiva solidária suscita:

Quanto a sujeição passiva, escolhendo o sócio gerente, nenhum enquadramento legal foi identificado pelo Auditor Fiscal, para responsabilizar o sócio gerente. Apenas comenta, sem enquadramento legal, base jurídica para manter a sujeição passiva.

O Auditor Fiscal não identificou o excesso de poder que o sócio gerente exerceu, apenas comenta sem apresentar um exemplo e o vinculo.

Portanto, sem nenhum critério técnico não pode o Auditor Fiscal atribuir responsabilidade apenas por imaginar que tenha criado situação para deixar de arrecadar para a União, enquanto deveria analisar a situação de mercado, a exorbitante carga tributaria penaliza o contribuinte que causa prejuízo à classe produtora que gera emprego e riqueza para a União, Estados e Municípios.

Os comentários do Auditor Fiscal, não possuem amparo legal.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 06/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Portanto, não deve o sócio gerente assumir responsabilidade pela situação da economia, culpa e responsabilidade de nossas autoridades.

Em relação às multas menciona que:

A Impugnante em nenhum momento tentou obstruir o trabalho da fiscalização, ao contrario, respondeu todos os termos de intimações, apontando onde estavam os documentos, se houve falta de interesse de agir, foi do Auditor Fiscal que não solicitou da Secretaria da Fazenda do Estado do Pará - Tribunal Administrativo, pois tomou conhecimento que os documentos encontram-se lá, servindo de prova para julgamento do Recurso Voluntário apresentado.

Portanto, não pode ser aplicada à multa de 112,5%, já que a falta de interesse de agir, partiu do Auditor Fiscal.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos jurisprudenciais em seu favor.

Conclui:

Diante do exposto, requer a Improcedência integral do auto de infração, desconsiderando o termo de verificação fiscal, por entender a Impugnante que o Auditor cerceou o direito da ampla defesa, quando manteve-se em silêncio diante do pedido para notificar o Tribunal Administrativo da Secretaria da Fazenda do Estado do Pará.

Está registrado como ementa do Acórdão da 1ª TURMA/DRJ/BEL/PA nº 01-23.178, de 06.10.2011, fls. 477-485:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2005

IRPJ.LUCRO ARBITRADO. ESCRITURAÇÃO IMPRESTÁVEL.

LIVROS COMERCIAIS E FISCAIS. INTIMAÇÃO. NÃO APRESENTAÇÃO. ARBITRAMENTO DO LUCRO. POSSIBILIDADE.

O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do Ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos comerciais e fiscais, a que estiver obrigado a escriturar.

IRPJ. LUCRO ARBITRADO. ABANDONO DA ESCRITA CONTÁBIL. ESCRITURAÇÃO IMPRESTÁVEL.

A escrituração imprestável deve, tanto do ponto de vista dos lançamentos, como da documentação não conter vícios isolados, mas de conjunto;impedir, ou dificultar sobremaneira, o conhecimento da verdade material; casões vícios sejam isolados, não há que se falar em arbitramento de lucros

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

Ao fisco é obrigatória a fundamentação da responsabilidade pessoal do sócio da empresa impugnante; sendo necessária a prova de que as pessoas elencadas. no

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 06/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

art 135 da Lei 5172/66 agiram; a) com excesso de poderes ou infração de lei; b)contrato social; ou c) estatutos, para que o tipo legal esteja desenhado.

AGRAVAMENTO DA MULTA DE OFÍCIO.

O agravamento da multa de ofício decorre da "não apresentação" de respostas à fiscalização, mas não da valoração dada pela fiscalização à resposta apresentada. A conseqüência da "não apresentação de respostas à solicitação da fiscalização" é o agravamento da multa; ao passo que, a conseqüência da "não apresentação dos livros fiscais obrigatórios" é o arbitramento do lucro tributável.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Consta no Voto condutor:

5- CONCLUSÃO

Diante do exposto voto por considerar:

a) improcedente a impugnação relativa aos créditos tributários, de IRPJ e CSLL, apurados pela fiscalização, mantendo os respectivos créditos tributários;

b) procedente a impugnação relativa ao agravamento da multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%;

c) procedente a impugnação relativa á sujeição do sócio Sr. Sebastião Chaves Lima, excluindo-o do pólo passivo das obrigações tributárias.

Notificada em 17.04.2012, fl. 497, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 17.05.2007, fls. 498-519, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge e reitera alguns argumentos apresentados na peça impugnatória.

Sobre a preclusão, fundamenta-se no art. 49 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e no art. 24 da Lei nº 11.457, de 19 de março de 2007, para sustentar a tese de que a decisão deve ser proferida no prazo máximo de 360 dias a contar do protocolo da peça de defesa. Nesse sentido argui que:

> Observa-se, portanto, que o prazo fatal para o auditor fiscal é de 360 dias, improrrogáveis, segundo a recente regulação. É o caso da recorrente que não teve o encerramento do procedimento dentro do prazo de 360 dias, desobedecendo aos ditames legais que está vinculado, Lei nº 8.112/1990, artigo 116, inciso III, "(observar as normas legais e regulamentares)".
>
> Conclui-se , assim, que a preclusão processual é instituto que se encontra presente no processo administrativo tributário inclusive em razão do princípio constitucional do devido processo legal. Contudo, em razão da busca da verdade material, da legalidade e da eficiência, que devem estar sempre presentes no processo administrativo, é possível a aplicação mitigada da preclusão temporal nos julgamentos administrativos.

Com base no entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), relativamente à prova não admitida por lei alega que:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 06/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Observando que o Nobre Fiscal autuou apenas com base em extratos bancários não fornecidos pelo Impugnante e nem autorizados por decisão judicial. [...]

Como percebemos, desde o ano de 2010, os tribunais superiores mudaram seu posicionamento, que antes era com base na superioridade do interesse público ao interesse privado. Todavia, prevalece hoje de forma unânime que o interesse público não é superior ao estabelecido na Constituição Federal. O interesse público não pode atropelar as regras constitucionais. A administração pública não pode usar de meios ilegais na justificativa de aplicar a "legalidade". Se não seria dizer para o contribuinte fazer diferente do que faz o fisco neste auto, usar da ilegalidade.

CÓPIA

Atinente aos fatos, assevera que:

A recorrente veio a ser autuada pela Fiscalização da Delegacia da Receita Federal, DRF- Santarém, exigindo Imposto de Renda Pessoa Física, com aplicação de Juros de Mora e multa proporcional, tudo conforme Auto de Infração nos autos do processo, com alegação de que a impugnante mantinha em sua conta corrente Depósitos Bancários de Origem não comprovada - Omissão de Rendimentos Caracterizados por Depósitos Bancários com Origem não comprovada.

No que toca ao cerceamento do direito de defesa, afirma que:

A recorrente em toda fase de investigação administrativa manteve as mesmas justificativas, não alterou nenhuma resposta, inclusive, solicitando o encerramento da fiscalização, pela dificuldade em atender, devido que as documentações solicitadas encontram-se em poder do Órgão Julgador, vinculado a Secretaria da Fazenda do Estado do Pará.

Quanto à inversão do ônus da prova faz referência ao art. 24 da Lei nº 11.457, de 19 de março de 2007 e ao art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para destacar que:

Ou seja, ainda que não seja o titular dos recursos creditados, o contribuinte sofrerá a cobrança dos tributos devidos mesmo indicando e declarando os nomes ou a razão social das pessoas jurídicas responsáveis pelos depósitos bancários.

Por outro lado, a Receita Federal há tempos obtém os dados bancários sem prévia autorização judicial. Inicialmente com o cruzamento de dados da CPMF (autorizado pela Lei n° 10.174/2001) e, após a extinção desta contribuição, através do envio às instituições financeiras das malsinadas "requisições de informações sobre movimentação financeira", as chamadas RMF's , pelas quais o banco fica obrigado a fornecer os extratos bancários do contribuinte fiscalizado, com fundamento na Lei Complementar n° 105/2001.

Em que pese à existência da precitada lei complementar, entendemos que este diploma é incompatível com a garantia constitucional do sigilo bancário, a qual resulta dos incisos X e XII do art. 5° da CF/88. [...] O Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que imprescindível a prévia autorização judicial para a quebra do sigilo bancário. [...]

O entendimento do STF se consolidou de forma favorável aos contribuintes, os extratos bancários fornecidos sem ordem judicial constituirão prova ilícita desprovida de validade jurídica, a teor do que dispõe o art. 5o , LVI da CF/88, pelo qual "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Também são aplicáveis o art. 332 do Código de Processo Civil e o art. 157 do Código de

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 06/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo Penal, já que tais dispositivos regulam em nível infraconstitucional aquela cláusula pétrea.

O auto de infração foi constituído com base em extratos bancários fornecidos sem prévia autorização judicial e conforme decisão do Supremo Tribunal Federal deve ser declarado nulo, seja na esfera administrativa ou na judicial, salvo se o lançamento tiver por fundamento outra prova do fato gerador, suficiente em si mesma (autônoma) para legitimar a exigência do crédito tributário.

Para tento, não deve haver "contaminação", conforme resulta da devida aplicação da teoria dos "frutos da árvore venenosa", oriunda do direito penal, mas plenamente aplicável no procedimento de constituição do crédito tributário, face sua eficácia como concretizadora do [...] art. 5º , LVI da Lei Maior. Assim, qualquer outra prova que decorra da violação ilícita do sigilo bancário também deverá ser declarada nula.

A respeito da falta de interesse de agir do Erário justifica que:

- os depósitos bancários não constituem fato gerador de tributo, tampouco acréscimo patrimonial;

- com base no art. 142 do Código Tributário Nacional, cabe à autoridade tributária identificar a renda consumida, o aumento da riqueza ou o benefício econômico;

- no caso de aplicação da presunção legal, cabe à autoridade tributária evidenciar o fato indiciário e o sujeito passivo deve provar que o fato acontecido não foi aquele presumido em lei;

- no caso, é imprescindível a comprovação de sinais exteriores de riqueza;

- é dever da Fazenda Nacional provar que o sujeito passivo foi beneficiado pelos recursos depositados;

- o procedimento iniciado em 01.01.1997 poderia se valer de norma processual anterior;

- de acordo com o art. 142 do Código Tributário Nacional houve modificação no recurso processual probatório posto à disposição da Administração Pública e a mera circunstância da titularidade da conta bancária não é suficiente para o emprego da presunção, já que a prova direta prevalece sobre a indireta;

- é hábil e idônea a declaração prestada pelo sujeito passivo;

- para que a presunção seja levada a efeito é necessária a exposição analítica de todas as razões que o levaram a presumir a omissão de rendimentos;

- é equivocado o entendimento de que o comando normativo para análise individualizada dos depósitos bancários equivale a dizer que o valor tributável, em certo período de apuração, seria a soma algébrica de todos os créditos analisados e tidos como não comprovados; e

- com amparo no princípio da verdade material, somente é cabível a mencionada presunção no caso em que forem também verificados os saques correspondentes.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 06/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

CÓPIA

Conclui:

> 1 - Que seja recebida o presente recurso, reformando o acórdão em questão, anulando o auto de infração pelos vícios formais ocorridos no procedimento administrativo que deu causa ao crédito tributário;
>
> 2. Apreciando as preliminares relevantes, como prejudiciais, declarar nulos, o lançamento fiscal, a cobrança da multa confiscatória, a inscrição na dívida ativa, pela Preclusão; ou
>
> 3. Declarar pelo mérito, improcedente o auto de infração que exige o crédito tributário e a multa confiscatória e cumulada com os juros de mora;
>
> 4. Que seja declarado improcedente o auto de infração por ter sido constituído por Depósitos Bancários, considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - Repercussão Geral, estendendo a decisão a Administração Pública, Delegacias de Julgamentos e Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Visto que a prova não foi autorizada pelo Poder Judiciário e nem fornecida pelo contribuinte, o que a faz desta forma, prova ilícita. Observando que a legalidade não foi feita apenas para os contribuintes, mas também para o fisco.
>
> 5- Que seja levantada em diligência as receitas da recorrente que deixou de ser considerada visto que foram depositadas.
>
> 6- Que seja considerada procedente a impugnação relativa à:
>
> a) aos créditos, de IRPJ e CSLL, e;
>
> b) agravamento de multa, de 75 % .
>
> Pelo exposto, de hialina clareza se afigura que os valores dos "depósitos" levantados pelo Fisco Federal não têm como ser considerados OMISSÃO DE RECEITA, suscetível de gerar a tributação pelo Imposto de Renda, razão do que não se legitima o crédito fiscal, objeto da execução embargada, devendo ser decretada a improcedência do auto de infração.

Toda numeração de folhas indicada nessa decisão se refere à paginação eletrônica dos autos em sua forma digital ou digitalizada.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 06/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

março de 1972. Assim, dele tomo conhecimento, inclusive para os efeitos do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional.

A Recorrente afirma que houve preclusão, já que a decisão deve ser proferida no prazo máximo de 360 dias a contar do protocolo da peça de defesa (art. 24 da Lei 11.457, de 17 de março de 2007).

A preclusão pode ser entendida como a perda da faculdade de praticar determinado ato processual. Sobre a matéria tem cabimento aplicar o enunciado da Súmula CARF nº 11: "Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal." Ressalte-se que as decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF, nos termos do art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009. Logo, não lhe cabe razão neste particular.

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos.

Cabe ao Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, no exercício da competência da RFB, em caráter privativo constituir o crédito tributário pelo lançamento. Esta atribuição é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, ainda que ele seja de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo. É a autoridade legitimada para proceder ao exame da escrita fiscal da pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador.

Nos casos em que dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário, os Autos de Infração podem ser lavrados sem prévia intimação à pessoa jurídica no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do seu estabelecimento, os quais devem estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. Estes atos administrativos, sim, não prescindem da intimação válida para que se instaure o processo, vigorando na sua totalidade os direitos, deveres e ônus advindos da relação processual de modo a privilegiar as garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes1.

As manifestações unilaterais da RFB foram formalizadas por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos que lhe conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade, ou seja, para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente. Tratando-se de ato vinculado, a Administração Pública tem o dever de motivá-lo no sentido de evidenciar sua expedição com os requisitos legais[2].

[1] Fundamentação legal: inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 142 e art. 195 do Código Tributário Nacional. art. 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, art. 9º, art. 10, art. 23 e 59 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, Decreto nº 6.104, de 30 de abril de 2007, art. 2º e art. 4º da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999 e Súmulas CARF nºs 6, 8, 27 e 46.

[2] Fundamentação legal: art. 179 da Constituição Federal, art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, § 2º do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977 e Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 06/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Os Autos de Infração foram lavrados por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, que verificou a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo, aplicou a penalidade cabível e determinou a exigência com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-la ou impugná-la no prazo legal, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional.

A autoridade tributária tem o direito de examinar a escrituração e os documentos comprobatórios dos lançamentos nela efetuados e a pessoa jurídica tem o dever de exibi-los e conservá-los até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram, bem como de prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos[3].

As Autoridade Fiscais agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. 4 Desse modo, não tem validade jurídica a alegação da Recorrente.

Em relação ao argumento de que "as questões postas para apreciação da primeira instância administrativa, embora haja divergência de sua possibilidade de arguição, devem ser apresentadas sob pena de ferir de morte o princípio da legalidade, da ampla defesa e supressão de instância", a Recorrente não indica minuciosamente as questões que entende não foram enfrentadas naquela ocasião, demonstrando o prejuízo processual supostamente experimentado.

A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente e da qual a pessoa jurídica foi regularmente cientificada. Ainda, na apreciação da prova, a autoridade julgadora formou livremente sua convicção, em conformidade do princípio da persuasão racional5. Assim, os Autos de Infração, fls. 410-426 e o Acórdão da 1ª TURMA/DRJ/BEL/PA nº 01-23.178, de 06.10.2011, fls. 477-485, contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos no processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos, em observância às garantias ao devido processo legal. O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício. A proposição afirmada pelas defendentes, desse modo, não tem cabimento.

A Recorrente solicita a realização de todos os meios de prova.

Sobre a matéria, vale esclarecer que no presente caso se aplicam as disposições do processo administrativo fiscal que estabelece que a peça de defesa deve ser

[3] Fundamentação legal: art. 142 e art. 195 do Código Tributário Nacional, art. 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, art. 10 e art. 59 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e art. 2º e art. 4º da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999.

[4] Fundamentação legal: art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal.

[5] Fundamentação legal: art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 06/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

formalizada por escrito incluindo todas as teses e instruída com os todos documentos em que se fundamentar, precluindo o direito de a Recorrente praticar este ato e apresentar novas razões em outro momento processual, salvo a ocorrência de quaisquer das circunstâncias ali previstas, tais como fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos[6].

Embora lhe fossem oferecidas várias oportunidades no curso do processo a Recorrente não apresentou a comprovação inequívoca de quaisquer inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo constantes nos dados informados à RFB ou ainda quaisquer fatos que tenham correlação com as situações excepcionadas pela legislação de regência.

A realização desses meios probantes é prescindível, uma vez que os elementos probatórios produzidos por meios lícitos constantes nos autos são suficientes para a solução do litígio. A justificativa arguida pela defendente, por essa razão, não se comprova.

A Recorrente indica pormenorizadamente argumentos pertinentes à possibilidade jurídica da aplicação do art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a quebra do sigilo bancário.

A autoridade fiscal tem o direito de examinar a escrituração e os documentos comprobatórios dos lançamentos nela efetuados e a pessoa jurídica tem o dever de exibi-los e conservá-los até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram que modifiquem ou possam vir a modificar sua situação patrimonial, bem como de prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

O pressuposto é de que a pessoa jurídica deve manter os registros de todos os ganhos e rendimentos, qualquer que seja a denominação que lhes seja dada, independentemente da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorram de ato ou negócio. A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor dela dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais, cabendo à autoridade a prova da não veracidade dos fatos registrados.

A autoridade fiscal verificando que a pessoa jurídica deixou de cumprir as obrigações acessórias relativas à determinação do lucro real ou presumido, conforme o caso, deve adotar regime de tributação com base no lucro arbitrado trimestral válido para todo ano-calendário, sendo conhecida ou não a receita bruta, de acordo com as determinações legais. Este regime aplica-se no caso de a pessoa jurídica não mantiver a escrituração na forma das leis comerciais e fiscais ou a escrituração revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências ou deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal ou optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido ou deixar de escriturar e apurar o lucro da sua atividade separadamente do lucro proveniente do exterior.

Atinente à receita bruta, não conhecida, o lucro arbitrado, em regra, é determinado mediante a utilização 150% do lucro real anual ou 4% da dos valores do ativo ou

[6] Fundamentação legal: art. 16 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e art. 170 do Código Tributário Nacional.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 06/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

7% do valor do capital ou 5% do valor do patrimônio líquido ou 40% do valor mensal das compras de mercadorias ou 40% do valor mensal da soma da folha de pagamento e das compras de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem ou 80% do valor mensal devido a empregados ou 90% do valor mensal do aluguel devido.

Em relação à receita bruta ser conhecida, o lucro arbitrado é determinado pelo somatório do ganho de capital, da receita financeira e das demais receitas auferidas incluindo os valores recuperados correspondentes a custos e despesas inclusive com perdas no recebimento de créditos, bem como do valor resultante da aplicação do coeficiente legal correspondente a sua atividade econômica sobre a receita bruta total auferida no período de apuração fixado para o lucro presumido acrescido de 20% (vinte por cento). Quando se tratar de pessoa jurídica com atividades diversificadas serão adotados os percentuais específicos para cada uma das atividades econômicas, cujas receitas deverão ser apuradas separadamente. A receita bruta das vendas e serviços 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 incluído o ICMS. Somente podem ser excluídos da receita bruta as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos e os impostos não cumulativos cobrados destacadamente do comprador dos quais o vendedor ou prestador é mero depositário, uma vez que se presume que uma parcela da receita bruta foi consumida na produção dos rendimentos decorrentes da atividade econômica. Vale esclarecer que permanece a obrigatoriedade de comprovação das receitas efetivamente recebidas ou auferidas.

Este regime não é uma sanção, tanto que a pessoa jurídica, desde que preencha as condições legais, pode optar pelo lucro arbitrado com base na receita conhecida mediante o pagamento da primeira quota ou da quota única do imposto devido correspondente ao período. Também pode adotar a tributação com base no lucro presumido nos demais trimestres do ano-calendário, desde que não esteja obrigada à apuração pelo lucro real.

Caracteriza-se como omissão a falta de registro de receita, ressalvada à pessoa jurídica a prova da improcedência, oportunidade em que a autoridade determinará o valor dos tributos com base no lucro arbitrado. Esta apuração de ofício, todavia, não é invalidada pela apresentação, posterior ao lançamento, de livros e documentos imprescindíveis para a apuração do crédito que, após regular intimação,deixaram de ser exibidos no procedimento fiscal[7].

Tem-se que o presente lançamento fundamenta-se na omissão de receitas da atividade, cuja apuração foi efetivada a partir dos valores das mercadorias adquiridos pela Recorrente das seguintes pessoas jurídicas fornecedoras: Eleva Alimentos S/A, CNPJ 92.776.665/0090-85, fls. 54-194, Companhia Muller de Bebidas, CNPJ 03.485.775/0025-60, fls. 195-271, Hiléia Indústrias de Produtos Alimentícios S/A, CNPJ 05.388.392/0002-02, fls. 272-323, Paineira Alimentos Ltda, CNPJ 61.120.309/0001-00, fls. 324-387 e Cinco Produtos Químicos e Farmacêuticos Ltda, CNPJ 76.648.559/0001-94, fls. 388-409.

Ressalte-se que, no período, houve a aquisição de mercadorias no valor de R$2.122.037,00 em cotejo com o valor de R$751.166,81 informado a título de receita bruta na

[7] Fundamentação legal: art. 195 do Código Tributário Nacional, art. 51 da Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985, art. 9º e art. 47 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, art. 15, art. 16 e art. 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 1º, art. 25, art. 26 e art. 27 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 e Súmula CARF nº 59.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 06/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ), fls. 02-15, em que a Recorrente apurou os tributos utilizando-se do lucro presumido.

Depois de reiteradamente intimada, fls. 16-53, a Recorrente não apresentou da escrituração obrigatória ao argumento de que os assentos contábeis estavam na posse da Secretaria da Receita Estadual do Pará (SEFA), sem entretanto comprovar essa circunstância. Desse modo, restou evidenciado que o Livro Caixa e o Livro de Registro de Inventário foram de fato escriturados.

Os tributos foram então apurados de ofício com no lucro arbitrado, em conformidade com o Termo de Verificação Fiscal, fls. 426-440, cujas informações estão comprovadas nos autos e cujos fundamentos cabem ser adotados de plano:

> 4. Inicialmente, em 02/10/2008, o sujeito passivo foi intimado, termo 361/2008, fls 16 a 18, a apresentar, entre outros elementos, sua escrituração. Em resposta a esse termo, fls 22 a 30, protocolada no dia 31/10/2008, ele informou que não possui Livro Diário, Livro Razão e LALUR, pois não "optou pelo lucro real". Também declarou que não possui qualquer bem. Ainda, informa que deixa de apresentar o Livro Caixa, o Livro Registro de Inventário e o Livro Registro de Saída, tendo em vista não os ter encontrado e acredita que esses livros se encontram na SEFA (Secretaria de Estado da Fazenda do Estado do Pará).
>
> 5. Na tentativa de a fiscalização ter acesso aos livros que o sujeito passivo está obrigado a escriturar e a manter em boa guarda e ordem e, quando requisitado, apresentar a Administração Tributária, o reintimamos por mais três vezes, termos 422/2008, fls 31 a 363, 456/2008, fls 36 a 38, e 481/2008, fls 43 a 45.
>
> 6. Em resposta a esses termos, o sujeito passivo informou que os livros poderiam estar na SEFA, conforme consta nas fls 35, 40 e 47, sem apresentar qualquer documento que comprovasse que tais livros encontravam-se em poder da SEFA, limitando-se a apresentar um protocolo, fls 41, que indagava daquele órgão se os livros encontram-se naquela instituição.
>
> 8. A fim de obtermos as informações e os documentos necessários ao andamento da ação fiscal, intimamos as empresas, abaixo relacionadas, a informarem os valores das compras efetuadas pelo sujeito passivo, bem como apresentar notas fiscais e comprovantes de pagamentos:
>
> - Termo de Intimação Fiscal n° 368/2008, Eleva Alimentos S/A, CNPJ 92.776.665/0090-85, fls 53 a 55;
>
> - Termo de Intimação Fiscal n° 369/2008, Companhia Muller de Bebidas, CNPJ 03.485.775/0025-60, fls 152 a 154;
>
> - Termo de Intimação Fiscal n° 370/2008, Hileia Industrias de Produtos Alimentícios S/A, CNPJ 05.388.392/0002-02, fls 227 a 229;
>
> - Termo de Intimação Fiscal n° 371/2008, Paineira alimentos Itda, CNPJ 61.120.309/0001-00, fls 277 a 279;
>
> - Termo de Intimação Fiscal n° 372/2008, Cinco Produtos Químicos e Farmacêuticos Ltda, CNPJ 76.648.559/0001-94, fls 328 a 330;
>
> 9. As empresas apresentaram os seguintes documentos:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 06/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- Eleva Alimentos S/A - planilha com notas fiscais de venda e datas de recebimentos, fls 72 a 74, diário auxiliar, fls 78 122, e notas fiscais, fls 123 a 151;

- Companhia Muller de Bebidas - planilha com notas fiscais de venda e datas de recebimentos, fls 158 a 161, comprovantes de recebimentos, fls 170 a 224, sendo que deixou de apresentar notas fiscais por ter ocorrido sinistro, conforme documentos de fls 163 a 169;

- Hileia Industrias de Produtos Alimentícios S/A - planilha com notas fiscais de venda e datas de recebimentos, fl 233, relação de duplicatas emitidas, fls 234 e 235, relatório do banco referente a recebimento de duplicatas, fl 240267 a 276, duplicatas recebidas em carteira, fls x, e notas fiscais, fls 241 a 266;

- Paineira alimentos ltda - planilha com notas fiscais de venda e datas de recebimentos, fls 293, notas fiscais e comprovantes de recebimentos, fls 285 a 290 e 294 a 327;

- Cinco Produtos Químicos e Farmacêuticos fiscais de venda e datas de recebimentos, fls 331 e 332, notas fiscais, fls 333 a 342, e comprovantes de recebimentos, fls 343 a 349;

10. Da análise dos documentos apresentados pelas empresas acima mencionadas, constatamos que, em 2005, o sujeito passivo efetuou compras no valor de R$ 2.122.037,00, detalhadas na Tabela I, anexa a este termo, e consolidadas em valores mensais no quadro abaixo:

Mês [Ano-Calendário 2005]	Total [R$]
Janeiro	116.141,15
Fevereiro	102.051,75
Março	282.420,86
Abril	299.845,64
Maio	99.200,59
Junho	133.581,82
Julho	244.832,90
Agosto	121.833,70
Setembro	171.650,09
Outubro	80.396,20
Novembro	254.625,50
Dezembro	215.456,80
Total Global	2.122.037,00

[...]

11. A apuração do resultado, de regra, é feita por meio da escrita contábil e fiscal e a base de calculo do tributo é o Lucro Real, porém o contribuinte, desde que atenda aos requisitos da lei, pode optar, no momento oportuno, pelo Lucro Presumido, ou, sem apurar o resultado, recolher seus tributos e contribuições pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

Ainda, em situações excepcionais, ele pode adotar o auto arbitramento, conforme estabelece o art 531 do RIR/99 (Dec 3.000/99).

12. A escrituração do Livro Caixa em substituição à escrita contábil é facultada ao contribuinte optante pelo Lucro Presumido, porém, para que fique dispensado da escrita contábil, ele deve cumprir as condições que a lei impõe, ou

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 06/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

seja, escriturar, no Livro Caixa, toda sua movimentação financeira, inclusive a bancária, conforme assevera o art 45 da Lei 8.981/1995 [...].

13. Inicialmente, intimamos o sujeito passivo, termo 361/2008, fls 16 a 18, a apresentar sua escrita, em resposta, fl 22, ele informou que não mantém escrita contábil, "por não ter optado pelo lucro real", já em relação ao Livro Caixa, Livro Registro de Inventário, Livro Registro de Saídas, declarou o seguinte:

"Deixamos de apresentar (...) por não ter sido encontrado, acreditamos que se encontra na Coordenação da Sefa em Santarém, por ter sido fiscalizado e estamos aguardando o auditor fiscal, para saber com ele se foi devolvido".

14. Como o contribuinte não apresentou qualquer documento comprovando que os livros encontram-se junto a SEFA, o reintimamos, termo 422/2008, [...], a apresentar o Livro Caixa, Livro Registro de Inventário, Livro Registro de Saídas, ainda, esclarecemos o seguinte:

"vossa senhoria deve comparecer a SEFA e solicitar cópia autêntica desses livros, ou então declaração do fiscal que os mesmos se encontram com ele e que não será fornecido os Livros, tendo em vista que a argumentação de que os livros se encontram com outro órgão não exime da responsabilidade de providenciar cópia autêntica ou os originais para apresentar a Receita Federal do Brasil".

15. Em resposta a esse termo, documento de fl 35 protolado no dia 17/11/2008, o sujeito passivo declarou o seguinte:

"a empresa foi submetida à fiscalização da Coordenação Tributária e não Tributária da Secretaria da Fazenda, com sede em Santarém - 4a Região Fiscal e como a empresa foi autuada e o Auditor não se encontra em Santarém não temos certeza se os documentos foram entregues ou se acompanhou para ser submetido a julgamento".

16. Como o contribuinte apresentou meras alegações, não apresentou qualquer documento para comprovar que entregou os livros à fiscalização da SEFA, tampouco demonstrou qualquer interesse em atender a intimação, conforme foi esclarecido por esta fiscalização, ou seja, comparecer à SEFA e solicitar os livros, ou cópia deles, novamente, reintimamos o sujeito passivo a apresentar os livros que tem por obrigação manter escriturado, termo 456/2008, fls 36 a 38, também, para que não restasse dúvida de sua obrigação de apresentar os livros a que está obrigado, reiteramos o esclarecimento constante no termo 422/2008, fls 31 a 33, conforme segue:

"Em 02/10/2008, recebeu o termo de início da ação fiscal 361/2008, Em documento protocolado em 31/10/2008 e 17/11/2008 (mais de 45 dias após recebimento do termo 361/2008) vossa senhoria protocolou documentos em resposta ao termo 361/2008 e 422/2008, respectivamente, informando que deixa de apresentar o Livro Caixa, Livro Registro de Saída e o Livro Registro de Inventário, alegando que acredita que os mesmos encontram-se na Coordenadoria Tributária e não Tributária da Secretaria da Fazenda, porém não apresenta qualquer documento que comprove que tais livros foram entregues a SEFA ou que encontram-se na SEFA (como termo de retenção, protocolo de documentos, etc), também não comprovou que solicitou a SEFA tais livros para apresentar a RFB (tal como protocolo de requerimento dos livros junto a SEFA). Assim, vossa senhoria deve comparecer a SEFA e solicitar cópia autêntica desses livros ou os próprios livros, ou então declaração do fiscal que os mesmos se encontram com ele e que não será fornecido os Livros, tendo em vista que a argumentação de que os livros se

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 06/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

encontram com outro órgão não exime da responsabilidade de providenciar cópia autentica ou os originais para apresentar a Receita Federal do Brasil"

16. No dia 04/12/2008, mais de 60 (sessenta) dias após ter sido intimado pela primeira vez a apresentar sua escrituração, o sujeito passivo protocolou cópia do documento que encaminhou a SEFA, em que indagava daquela Secretaria se o Livro Registro de Inventário, conforme recibo de protocolo de fl 41, e o Livro Caixa, conforme requerimento de fl 42, encontram-se naquele órgão.

18. Como o protocolo feito pelo sujeito passivo junto a SEFA é datado de 04/12/2008, conforme cópia do recibo de protocolo de fl 41, em 03/02/2004, passados dois meses do protocolo junto a SEFA, reintimaos novamente o sujeito passivo a apresentar o Livro Caixa, o Livro Registro de Saída e o Livro Registro de Inventário, termo 481/2008, fls 43 a 45.

Em resposta a esse termo o sujeito passivo, sem apresentar qualquer documento comprobatório, informou o seguinte:

"informo que os documentos exigidos acompanham a defesa elaborada junto o Tribunal Administrativo da Secretaria da Fazenda do Estado do Pará, como antes informado nas justificativas dos termos de intimações, anteriormente enviados. Vamos apresentar no momento oportuno, ou seja, no momento que receber do Tribunal Administrativo."

19. Então vejamos, o contribuinte optou por escriturar o Livro Caixa em substituição a escrita contábil, dessa forma ele está obrigado a manter esse livro escriturado e em boa ordem e guarda, bem como o Livro Registro de Inventário e apresentá-los a Administração Tributária quando intimado.

20. Não obstante, ele não sabe onde estão os livros, acredita que podem estar na SEFA, tendo em vista, segundo ele, ter sido fiscalizado por aquela Secretaria, porém não apresenta qualquer documento que comprove que foi fiscalizado, tal como número do processo administrativo. Também, não possui qualquer documento que comprova que o livro foi entregue àquele órgão, o que nos causa estranhes, pois como ele poderia entregar um documento de suma importância para uma empresa sem nenhum protocolo.

21. Mesmo tendo sido intimado, por duas vezes, a comparecer na SEFA em Santarém, cidade do domicílio do sujeito passivo, que, segundo ele, é onde acredita estarem os livros, e solicitar, no mínimo, uma cópia dos livros para apresentação à fiscalização, ele simplesmente protocola um requerimento questionando se os livros se encontram naquela Secretaria, sendo que, caso efetivamente exista um processo administrativo, a qualquer momento ele tem direito a retirar cópia desse processo.

22. Dessa forma, bastaria o sujeito passivo comparecer, conforme foi orientado pela fiscalização, à SEFA e retirar uma cópia dos livros.

23. Ainda, em resposta a ultima intimação, o contribuinte informa a fiscalização que vai apresentar o livro "no momento oportuno, ou seja, no momento que receber do Tribunal Administrativo", cabe ressaltar que ele não solicitou os livros à SEFA, apenas indagou se eles se encontram naquele órgão. Assim, caso os livros não estejam na SEFA, ele nunca vai receber de volta esses livros e conseqüentemente nunca vai apresentá-los à fiscalização, o que é inquestionável, tendo em vista que ele não comprovou que o Livro Caixa e o Livro Registro de Inventário foram entregues àquela Secretaria. Ou então, como o processo administrativo, se existir, pode estender-se por tempo indeterminado, a fiscalização,

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 06/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

também, tem que ficar aguardando por tempo indeterminado a apresentação desses livros. [...]

25. [...] Conforme demonstrado, tentamos de todas as formas fazer com que o sujeito passivo apresentasse o Livro Caixa e o Livro Registro de Inventário e ele negou-se, injustificadamente, a apresentar esses livros, tendo em vista que: primeiro, ele não comprovou que os livros encontram-se na SEFA; segundo, caso esses livros efetivamente se encontrem naquele órgão, bastaria ele retirar uma cópia, conforme orientado por duas vezes pela Fiscalização, tendo em vista que a lei garante-lhe esse direito; terceiro, ele não solicitou cópia desses livros, apenas indagou se eles se encontravam em poder daquele órgão, dessa forma os livros não lhe serão entregues; quarta, desde a primeira intimação, em 02/10/2008, até o presente momento, já se passaram mais de 140 dias, ou seja, tempo mais que suficiente para apresentar sua escrita, inclusive, tempo suficiente para refazer a escrita desses livros.

26. Nessas circunstâncias, como o sujeito passivo, não possui escrituração comercial e Fiscal, conforme ele mesmo declara, fls 22, e não apresentou o Livro Caixa e o Livro Registro de Inventário, não resta qualquer outra alternativa para fiscalização, senão apurar o resultado do sujeito passivo pelo Lucro Arbitrado, conforme determina o Art 530, III do RIR/99 (Decreto 3.000/99), [...].

28. Preferencialmente, deve-se adotar a receita conhecida como critério de arbitramento, ocorre que esta fiscalização está impossibilitada de aplicar esse critério para o sujeito passivo, pelos seguintes motivos:

a) ele não possui escrita comercial e fiscal, não apresentou o Livro Caixa e o Livro Registro de Inventário;

b) na DIPJ de fls 02 a 15, ele informa que não efetuou nenhuma compra de mercadoria no ano de 2005, fl 11, enquanto, na realidade comprou R$2.122.037,00, conforme documentos obtidos pela fiscalização, já mencionado alhures;

c) também declarou em DIPJ que auferiu receitas no valor de R$751.166,81 e que não tinha nada em estoque, fl. 11, ou seja, seu estoque no final de 2004 era zero, bem como que não tinha nada em estoque no final de 2005, ou seja, também era zero, como ele efetuou compras em 2005 no valor de R$2.122.037,00 e não possuía estoque inicial nem final, pode-se afirmar que ele vendeu toda a mercadoria adquirida, e se considerarmos que as receitas constantes na DIPJ, apresentada pelo sujeito passivo, correspondem a totalidade de suas receitas, também vamos aceitar como verdade que ele vendeu toda a mercadoria que custou R$ 2.122.037,00 por R$ 751.166,81;

d) ainda, na DIPJ ele declara que o saldo de caixa e bancos no final de 2004, eram zero, fl 11, ou seja, não tinha nada de dinheiro em caixa ou no banco e no final do ano de 2005 o saldo em caixa e bancos também era zero, o que nos leva a questionar como ele pagou as compras no valor de R$2.122.037,00, se não tinha nada de saldo em caixa no início de 2005 e obteve receitas no valor de R$751.166,81, conforme ele declara em DIPJ.

29. Pelos motivos expostos no parágrafo anterior, a DIPJ de fls 02 a 15, apresentada pelo sujeito passivo, não merece fé, dessa forma, a fiscalização não conhece a totalidade das receitas auferidas pelo sujeito passivo, e como a fiscalização conhece o valor de R$ 2.122.037,00 de compras efetuadas por ele em 2005, o critério para arbitrar o lucro do sujeito passivo é o coeficiente das compras efetuadas no período, ou seja, quatro décimos do valor das compras efetuadas no

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 06/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

período, conforme estabelece o estabelecido no art 51, V da Lei 8.981/95 e o Art 535, V do RIR/99, [...].

Lei 8.981/95

Art. 51. O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, quando não conhecida a receita bruta, será determinado através de procedimento de ofício, mediante a utilização de uma das seguintes alternativas de cálculo:

V - 0,4 (quatro décimos) do valor das compras de mercadorias efetuadas no mês; [...]

30. Da análise das respostas às intimações e dos documentos obtidos pela fiscalização, bem como dos dados constantes nos sistemas internos da Secretaria da Receita Federal, constatamos as seguintes infrações:

1. OMISSÃO DE RENDIMENTOS

31. Em decorrência dos motivos anteriormente expostos, a DIPJ do sujeito passivo apresenta diversos vícios e como o sujeito passivo não apresentou a escrituração que está obrigado, a fiscalização fica impossibilitada de determinar com precisão a receita do sujeito passivo, com isso o sujeito passivo omitiu rendimento, tendo em vista que o lucro apurado pela fiscalização, com base no lucro arbitrado, é de R$848.814,80 (R$2.122.037,00 x 0,4) e o sujeito passivo declarou em DIPJ, com base no lucro presumido, rendimentos no valor de R$60.093,34. Assim o sujeito passivo omitiu rendimentos no valor de R$788.721,46 (R$848.814,80 - R$60.093,34) no ano de 2005.

Nesse sentido, houve apuração do valor tributável partir de provas diretas não havendo que se falar em presunção legal prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Não foram produzidos no processo novos elementos de prova, de modo que o conjunto probatório já produzido evidencia que o procedimento de ofício está correto. A inferência denotada pela defendente, nesse caso, não é acertada.

A Recorrente discorda da aplicação da multa de ofício proporcional.

Via de regra, a norma jurídica secundária impõe uma sanção em decorrência da inobservância da conduta prescrita na norma jurídica primária. A multa de natureza tributária é uma penalidade procedente da lei em razão do inadimplemento de uma obrigação legal principal ou acessória e expressa a obrigação de dar determinada quantia em dinheiro ao sujeito passivo.

A aplicação da multa de ofício proporcional pressupõe a constituição do crédito tributário pelo lançamento direito, diante da constatação da falta de pagamento ou recolhimento, pela falta de declaração e pela declaração inexata de obrigações tributárias pelo sujeito passivo. Tem como requisito necessário a comprovação, de plano, da conduta culposa do agente, que é a falta cometida contra um dever, por ação ou omissão, de forma a evidenciar a inobservância de diligência que deveria ser observada quando da prática de um ato a que se está obrigado. No lançamento de ofício está afastada a aplicação da multa de mora que

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 06/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

pressupõe o pagamento espontâneo do tributo antes do início de qualquer procedimento fiscal em relação à matéria e ao período tratados nos autos[8].

No presente caso, houve constituição do crédito tributário pelo lançamento direito, de modo que está correta a aplicação da multa de ofício proporcional. A conclusão oferecida pela defendente, porém, não pode subsistir.

Atinente aos princípios constitucionais que a Recorrente aduz que supostamente foram violados, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade[9].

Tem-se que nos estritos termos legais o procedimento fiscal está correto, conforme o princípio da legalidade a que o agente público está vinculado (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 41 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de julho de 2009). A proposição afirmada pela defendente, desse modo, não tem cabimento.

O nexo causal entre as exigências de créditos tributários, formalizados em autos de infração instruídos com todos os elementos de prova, determina que devem ser objeto de um único processo no caso em que os ilícitos dependam da mesma comprovação e sejam relativos ao mesmo sujeito passivo [10].. O lançamento de CSLL sendo decorrente da mesma infração tributária, a relação de causalidade que os informa leva a que o resultado do julgamento deste feito acompanhe aquele que foi dado à exigência de IRPJ.

Em assim sucedendo, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva

[8] Fundamentação Legal: art. 142, art. 149 e art. 150 do Código Tributário Nacional, art. 44 e art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 e art. 21 do Decreto-lei nº 401, de 30 de dezembro de 1968, bem como art. 7º do Decreto 70. 235, de 06 de março de 1972.
[9] Fundamentação legal: art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e Súmula CARF nº 2.
[10] Fundamentação legal: art. 9º do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 06/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 06/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA