



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10283.721313/2011-91
ACÓRDÃO	1002-004.059 – 1ª SEÇÃO/2ª TURMA EXTRAORDINÁRIA
SESSÃO DE	14 de novembro de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	NRG TELECOM LTDA.
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2007

NULIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Descabe a alegação de nulidade de auto de infração lavrado com observância de todas as formalidades legais e do qual foi o contribuinte regularmente cientificado para apresentação de defesa.

NULIDADE. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis. Súmula CARF nº 163 (vinculante)

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2007

ARBITRAMENTO DO LUCRO. INOCORRÊNCIA

O lançamento não foi efetuado no lucro arbitrado, mas sim no lucro presumido e na falta de comprovação de depósitos e investimentos realizados junto a instituições financeiras.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL. OMISSÃO DE RECEITAS.

Caracterizam como omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações

LANÇAMENTOS REFLEXOS. CSLL. PIS. COFINS.

Em razão da vinculação entre o lançamento principal e os decorrentes, devem as conclusões relativas àquele prevalecer na apreciação destes, desde que não presentes arguições específicas ou elementos de prova novos.

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO

A vedação contida na Constituição Federal sobre a utilização de tributo, e não da multa, com efeito de confisco é dirigida ao legislador, não se aplicando aos lançamentos de ofício efetuados em cumprimento das leis tributárias regularmente aprovadas, razão pela qual a multa de ofício é de aplicação obrigatória nos casos de exigências de tributos decorrentes de lançamento de ofício, não podendo ser dispensada ou reduzida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, em negar provimento ao Recurso.

Assinado Digitalmente

Aílton Neves da Silva – Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os julgadores: Aílton Neves da Silva (Presidente), Ricardo Pezzuto Rufino, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Luís Ângelo Carneiro Baptista, Maria Angélica Echer Ferreira Feijó e Andrea Viana Arrais Egypto.

RELATÓRIO

Por bem sintetizar os fatos até o momento processual anterior ao do julgamento da Impugnação apresentada pelo sujeito passivo, transcrevo e adoto parcialmente o relatório produzido pela DRJ/RPO, complementando-o, ao final.

Trata-se de impugnação contra auto de infração pelo qual se constitui crédito tributário de IRPJ, CSLL, PIS/PASEP, COFINS apurados pela sistemática do Lucro Presumido, relativos à omissão de receitas identificada pela fiscalização, em razão de movimentação bancária incompatível e da prestação de serviços de locação ou administração de bens móveis, com as receitas declaradas pelo contribuinte ao

fisco no tocante às operações ocorridas no ano-calendário 2007, a indicar um total lançado de R\$ 481.854,09, aí incluídos principal, multa de ofício (75,00%) e juros de mora. Para melhor compreensão, eis algumas passagens do arrazoado da Fiscalização sobre o contexto:

“I - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

(...)

7 No dia 11/03/2011, o contribuinte foi intimado a prestar esclarecimentos a respeito dos valores registrados a crédito nos extratos bancários das citadas instituições financeiras, ano calendário de 2007, discriminados na planilha Demonstrativo Geral do Crédito, (anexo TERMO DE SOLICITAÇÃO DE ESCLARECIMENTOS n° 0002)

8 No dia 06.04.2011, o contribuinte foi novamente intimado a prestar esclarecimentos, conforme TERMO DE CONSTATAÇÃO E SOLICITAÇÃO DE ESCLARECIMENTOS n° 01, em vista do não atendimento ao TERMO DE SOLICITAÇÃO DE ESCLARECIMENTOS n° 0002, acima mencionado.

9 Em correspondência não assinada, datada do dia 26.04.2011, o contribuinte apresentou praticamente os mesmos esclarecimentos que havia prestado na intimação do dia 10/12/2010, de que a conta do HSBC, Ag. 0054, c/c 34117-29 teria sido administrada pela empresa de fomento Domínio Fomento & Trustee LTDA, CNPJ n° 82.516.063/0001-60, "com títulos não pertencentes a ora notificada NRG Telecom".

10 No dia 22/06/2011, em razão do contribuinte não haver apresentado o extrato da conta do HSBC, Ag. 0054, c/c 34117-29, foi encaminhado ao Banco HSBC a SOLICITAÇÃO DE EMISSÃO DE REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA - RMF.

11 No dia 01/11/2011, o contribuinte, representado por procuradora, foi mais uma vez intimado, conforme Termo de Constatação Fiscal e Solicitação de Esclarecimentos n° 002, a prestar informações relativas aos valores informados na planilha Resumo Geral do Crédito, bem como prestar informações relativas aos valores creditados conta do HSBC, Ag. 0054, c/c 34117-29. (anexa planilha Demonstrativo do Crédito (HSBC S/A

(...)

II - ANÁLISE DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS

1 Verificando as informações cadastrais deste contribuinte, consta na DIPJ, ano calendário 2007, que a sua forma de tributação é pelo lucro presumido.

2 Nos recibos de entrega da Declaração Mensal de Serviços - DMS, constatou-se que não foram declaradas aos fiscos, municipal e federal, as receitas provenientes de sua atividade econômica, embora estas tenham ocorrido, também, em 2007.

3 Quanto aos demais documentos postos à disposição desta fiscalização pelo contribuinte, perceberam-se divergências entre os valores que foram contabilizados nos livros Diário / Razão e os que constam dos livros Notas Fiscais de Débito Faturas¹, bem como entre os que foram creditados nos extratos bancários.

4 A conta onde são registradas as receitas, código 3.1.1.01.001, ano 2007, apresenta um saldo total de R\$ 1.338.246,71 (Hum milhão, trezentos e trinta e oito mil, duzentos e quarenta e seis reais e setenta e um centavos), conforme planilha Demonstrativo das Receitas Apuradas. Nos livros que contém as Notas Fiscais de Débito Faturas, o somatório do valor desses documentos corresponde a R\$ 820.781,55 (Oitocentos e vinte mil, setecentos e oitenta e um reais e cinqüenta e cinco centavos).

5 Na planilha Demonstrativo Geral do Crédito, oriunda dos extratos bancários apresentados, somente na conta 9.207-X, agência 3262-X, do Banco do Brasil S/A, verifica-se um crédito no valor total de R\$ 1.610.977,86 (Hum milhão, seiscentos e dez mil, novecentos e setenta e sete reais e oitenta e seis centavos), valor esse superior aos que foram registrados contabilmente na conta 1.1.1.02.001 - Banco do Brasil.(ver planilha anexa "Conta Bancos - Ano 2007"), e na conta de receita, acima comentada (item 4 deste relatório).

6 Da mesma forma, os créditos lançados na conta 1.1.1.02.002 - BANCO HSBC não refletem a real movimentação bancária. Contabilmente o valor total registrado nessa conta é de apenas R\$ 10.779,01 (Dez mil, setecentos e setenta e nove reais e um centavo), diferente dos valores extraídos dos extratos bancários, conta C/C n° 34.119-82, agência 0054: R\$ 15.655,40 (Quinze mil, seiscentos e cinqüenta e cinco reais e quarenta centavos), e conta C/C n° 34.117-29, agência 0054, do mesmo banco, no valor de R\$ 15.778,13 (Quinze mil, setecentos e setenta e oito reais e treze centavos) (anexa planilha Demonstrativo Geral dos Créditos)

7 No extrato apresentado do BRADESCO S/A, relativo ao ano calendário 2007, tal como no do ano calendário 2006, embora tenha havido movimentação financeira na conta 0215443-9, Agência 0049, não aparece nenhum registro contábil.

(...)

10 O valor total da movimentação bancária verificado a crédito nos extratos das contas do BANCO DO BRASIL S/A, HSBC BANK BRASIL S/A - BANCO MÚTIPLA e BRADESCO S/A (já excluídas as transferências realizadas entre contas de mesma titularidade, os estornos de lançamento, os cheques devolvidos), corresponde a R\$ 1.679.093,43 (Hum milhão, seiscentos e setenta e nove mil, noventa e três reais e quarenta e três centavos), conforme discriminado abaixo:

Banco	Agência	Conta	Valor
001	3262-X	9.207-X	1.610.977,86
399	0054	34119-82	15.655,40
399	0054	34117-29	15.778,13
237	0049	0215443-9	36.682,04
		TOTAL	1.679.093,43

Nota: O extrato da conta c/c 34117-29 do HSBC, Ag. 0054, foi obtido junto a Instituição Financeira.

11 O valor total registrado contabilmente na conta do BANCO DO BRASIL S/A (código 1.1.1.02.001), HSBC BANK BRASIL S/A- BANCO MÚLTIPLO (código 1.1.1.02.002), corresponde a R\$ 1.338.246,71 (Hum milhão, trezentos e trinta e oito mil, duzentos e quarenta e seis reais e setenta e um centavos), diferentemente do valor informado nos extratos bancários acima citados. (Para os valores movimentados no BRADESCO S/A não há registro contábil),

12 Verifica-se na planilha "Resumo Geral do Crédito", que somente o valor informado a título de "cobrança", extraído dos extratos bancários, corresponde a R\$ 1,347.391,01 (Hum milhão, trezentos e noventa e um reais e um centavo), superior ao que foi registrado contabilmente como receita pelo contribuinte.

13 Por outro lado, na conta Razão 1.1.1.04.001 - CLIENTES DIVERSOS, não consta saldo em data anterior a 01/01/2007, de forma a concluir que os créditos e depósitos verificados nos extratos bancários não receberam valores de receitas advindos do ano de 2006.

14 Nos livros Diário / Razão não existe nenhum registro de empréstimo feito pelo contribuinte junto às referidas instituições, capazes de justificar origem de outros créditos informados nos extratos bancários apresentados.

13 Quanto aos esclarecimentos prestados na correspondência datada de 16/11/2011, não ficou comprovado que a conta do HSBC, Ag. 0054, c/c 34117-29 teria sido movimentada pela empresa de fomento Domínio Fomento & Trustee LTDA, CNPJ nº 82.516.063/0001-60. Pelo contrário, na correspondência de 22/07/2011 (AOP/DB/1294857 - GIW/14537000), o próprio HSBC S/A informa que não foram identificados "registros de procurações outorgadas em favor de terceiros".

(...)

III - DA INFRAÇÃO APURADA

1 Prestação de Serviços de Locação ou Administração de Bens Móveis. Receitas não oferecidas à tributação e nem declaradas na DIPJ/2007, as quais estão registradas nos livros Diário/Razão e demonstradas na planilha Resumo Geral do Crédito, na coluna "Receitas Contabilizadas (B)".

2 Omissão de Receitas: Presunção Legal - Depósito de Origem não Comprovada.

2.1 Os valores apurados e demonstrados na planilha anexa (Resumo Geral do Crédito), na coluna "(C)= (A)-(B)", que, além de não terem sido oferecidas à tributação, tratam-se, por presunção legal, de receitas de origem não comprovada.

2.2 Os valores referentes a depósitos e transferências realizados junto a instituições financeiras, em que o sujeito passivo, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Tais valores foram considerados auferidos ou recebidos no mês do crédito efetuado pelas instituições financeiras"

O Contribuinte tomou ciência do todo em 06/12/2011 (fl. 203/235) e trouxe sua impugnação em 03/01/2012 (fls. 279/320). Alega, em síntese, o seguinte: 1 - a ausência da descrição do fato de forma clara e precisa impossibilitando a ampla defesa por parte do contribuinte, que fica sem saber qual foi o dispositivo legal infringido (Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa); 2 - a suposta ausência de declarações ao Fisco Municipal; 3 - a quebra do sigilo bancário; 4 - a omissão da receita, do imposto de renda e da ilegitimidade do lançamento com base exclusivamente em depósitos bancários; 5 - a tributação dos valores administrados pela factoring Domínio Fomento & Trustee Ltda; 6 - o arbitramento do lucro; 7 - a não incidência das multas aplicadas - princípio do não confisco; 8 - a ilegalidade e inconstitucionalidade de utilização da taxa Selic para fins tributários e 9 - a realização de Perícia.

A impugnação foi julgada improcedente pela DRJ/RPO, conforme acórdão n. **14-87.041**, de 25 de julho de 2018 (e-fls. 329), o qual recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

INSTRUÇÃO PROBATÓRIA.

A oportunidade para a apresentação de provas é no prazo de impugnação, somente sendo admitida a juntada extemporânea, quando: (i) demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (ii) refira-se a fato ou a direito superveniente; ou (iii) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

PERÍCIA CONTÁBIL. INDEFERIMENTO.

Indefere-se a produção de prova pericial: (i) por se tratar de matéria cuja prova deve ser feita mediante a mera juntada de documentação, cuja guarda e conservação compete à própria pessoa jurídica; (ii) por não estar configurada situação a exigir conhecimentos técnicos ou científicos especializados para o deslinde da questão; e (iii) porque não observada a forma prescrita em Lei.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. EFEITOS.

As decisões administrativas e as judiciais, à exceção das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre inconstitucionalidade da legislação e daquelas objeto de Súmula vinculante, não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquela objeto da decisão.

ILEGALIDADES. SUPOSTAS OFENSAS AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais tributários são endereçados aos legisladores e devem ser observados na elaboração das leis tributárias, não comportando apreciação por parte das autoridades administrativas responsáveis pela aplicação destas, seja na constituição, seja no julgamento administrativo do crédito tributário.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA

Com o início da fase litigiosa, a contribuinte tem o direito de exercer plenamente seu direito de defesa, podendo apresentar todos os elementos de prova contra o lançamento. Não há, portanto, cerceamento do direito à ampla defesa se o Termo de Verificação Fiscal e o respectivo Auto de Infração, lavrado pelo Fisco, descreve em detalhe cada uma das infrações que são imputadas ao sujeito passivo com os respectivos enquadramentos legais.

ÔNUS DA PROVA.

O ônus da prova incumbe ao contribuinte que, em sua defesa, alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão tributária, afastando, assim, a infração e sua penalidade, conforme art. 16, inc. III do Decreto no. 70.235/1972, c/c o art. 373, inc. II da Lei no 13.105/15 - Novo Código de Processo Civil

PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. IRRELEVÂNCIA. ÔNUS DA IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FATOS.

No âmbito do processo administrativo tributário, as alegações genéricas não assumem relevância, cabendo ao contribuinte o ônus da impugnação específica dos fatos em relação aos quais haja contrariedade.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. CRÉDITOS SEM ORIGEM IDENTIFICADA.

Considera-se omissão de receita os créditos em conta bancária no qual seu titular não for capaz de comprovar por documentação hábil e idônea a origem dos recursos, vinculando-a às suas operações.

PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FATO INDICIÁRIO. FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO.

A presunção legal juris tantum inverte o ônus da prova e dispensa a autoridade lançadora de provar que o fato indiciário corresponde à obtenção de rendimentos, cabendo ao Fisco demonstrar a ocorrência do fato indiciário e ao contribuinte comprovar que o fato presumido inexistiu na situação concreta.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. INOCORRÊNCIA

O arbitramento do lucro decorre de expressa previsão legal, que prevê as hipóteses de arbitramento, in casu, não ocorreram.

SIGILO BANCÁRIO.

É lícito ao Fisco solicitar informações e documentos relativos a operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial. A obtenção de informações junto às instituições financeiras, por parte da administração tributária, a par de amparada legalmente, não implica quebra de sigilo bancário, mas simples transferência deste, porquanto em contrapartida está o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais por dever de ofício.

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO

A vedação contida na Constituição Federal sobre a utilização de tributo, e não da multa, com efeito de confisco é dirigida ao legislador, não se aplicando aos lançamentos de ofício efetuados em cumprimento das leis tributárias regularmente aprovadas, razão pela qual a multa de ofício é de aplicação obrigatória nos casos de exigências de tributos decorrentes de lançamento de ofício, não podendo ser dispensada ou reduzida.

JUROS DE MORA. INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA SELIC. EXAME DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO JUDICIÁRIO.

A aplicação da taxa Selic no cálculo dos juros de mora incidentes sobre débitos para com a União decorre de expressa disposição legal, que não pode ser afastada pelo julgador administrativo a pretexto de suposta inconstitucionalidade, uma vez que o exame quanto a esse aspecto é de competência privativa do Judiciário.

Irresignado, o sujeito passivo apresenta recurso (e-fls. 367), no qual reitera fundamentos e argumentos já oferecidos na impugnação, introduzindo e reforçando outros, resumidamente descritos a seguir.

Em preliminar, sustenta que o auto de infração é nulo, sob o argumento de que a fiscalização desconsiderou o contrato de factoring celebrado entre o Recorrente e a empresa Domínio Fomento & Truste Ltda, sem apresentar qualquer justificativa, aduzindo que a aferição da verdade material não estava ao alcance da NRG, mas sim da Receita Federal do Brasil, a quem cumpriria ter intimado tal empresa a esclarecer, confirmar ou negar o do e as informações apresentadas pelo Recorrente.

Ainda nas considerações preliminares, o Recorrente contesta a decisão de indeferimento da perícia contábil manifestada no acórdão recorrido, sob o argumento de que trouxe à Receita Federal do Brasil toda a documentação apta à apuração tributária desde o primeiro momento da fiscalização, aduzindo que se consideradas suas razões expedidas e os documentos contábeis existentes nos autos, caberia a realização de diligência perante a Domínio

Fomento & Truste Ltda., bem como a perícia da contabilidade, conforme e permite o artigo 16 do Decreto nº 70.235/72.

No mérito, reitera que forneceu todos os elementos de prova solicitados pela fiscalização, atendendo-a desde o início e que, contudo, o Fisco optou pela desconsideração de sua contabilidade.

Acrescenta que, mesmo sem emitir notas fiscais, a empresa escriturou os créditos decorrentes da locação de bens móveis e os ofereceu à tributação, não sendo possível tomar a ausência de emissão de notas fiscais ou de declaração mensal de serviços (DMS) como elemento indiciário de sonegação.

É o relatório do necessário

VOTO

Conselheiro Aílton Neves da Silva, Relator.

I - ADMISSIBILIDADE

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação dos Recursos do sujeito passivo e do responsável solidário, na forma do art. 43 c/c o 65 da Portaria MF nº 1.634/2023 (Regimento Interno do CARF).

Demais disso, observo que os recursos são tempestivos, razão pela qual serão conhecidos.

II - DELIMITAÇÃO DA LIDE

Inicialmente cumpre registrar que o recurso não contempla dois dos temas em que o Recorrente não obteve êxito na decisão recorrida: “Da quebra de Sigilo Bancário” e “Da Ilegalidade e Inconstitucionalidade de utilização da taxa Selic para fins Tributários”, que, portanto, restaram incontroversos, razão pela qual não serão examinados neste Voto.

III- DAS PRELIMINARES

III-a Da Nulidade do Auto de Infração por desconsideração do contrato de factoring da empresa Domínio Fomento & Truste Ltda

Este argumento da desconsideração do contrato de factoring foi reiterado diversas vezes, tanto na impugnação quanto no recurso, com a diferença de que, agora, o Recorrente defende que a suposta impropriedade cometida pelo agente fiscal teria dado azo à nulidade do auto de infração por preterição de seu direito de defesa.

Tendo em vista que o argumento apresentado se confunde com o mérito recursal, como tal será apreciado em tópico específico.

III-b Nulidade do Auto de Infração por ausência de fundamentação legal

O Recorrente sustenta que o auto de infração é nulo por falta de indicação da disposição legal infringida pelo contribuinte e sua penalidade.

Não procede o argumento do contribuinte.

Uma simples inspeção visual nos autos (e-fls. 215) permite constatar que houve incontestavelmente a indicação dos dispositivos legais relacionados às infrações que foram imputadas ao Recorrente, descritas no auto de infração.

Ademais, os fatos, circunstâncias e infrações apurados foram minuciosamente descritos no Termo de Verificação Fiscal -TVF (e-fls. 174), reunindo-se condições suficientes para dar ao Recorrente o conhecimento total das infrações imputadas e para que exercesse plenamente seu direito de defesa.

A propósito, o acórdão recorrido realizou percuciente análise sobre a matéria, razão pela qual peço vênia para reproduzir em seguida trechos dele extraídos, adotando-os, desde já, como razões de decidir deste voto, valendo-me do disposto no artigo 114, § 12 do RICARF:

(...)

DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

A Impugnante alega a ausência da descrição do fato de forma clara e precisa impossibilita a ampla defesa por parte do contribuinte, que fica sem saber qual foi o dispositivo legal infringido não permitindo ao contribuinte precisar exatamente a infração cometida, vedando o pleno exercício ao seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

O lançamento foi lavrado de acordo com os dispositivos legais que disciplinam a matéria, tendo a fiscalização demonstrado, de forma clara e precisa, a ocorrência do fato gerador, fazendo constar, do Auto de Infração (fls. 203 a 235) , Termo de Verificação Fiscal ou equivalente (fls. 174 a 202), os fundamentos legais que amparam o procedimento adotado, cumprindo adequadamente os preceitos do art. 142 do Código Tributário Nacional.

O Auto de Infração e o Termo de Verificação Fiscal, juntamente com todos os anexos dos constantes dos autos, trazem todos os elementos que motivaram a lavratura do lançamento, bem como estão presentes todos os dispositivos legais

que dão suporte ao procedimento, garantindo, dessa forma, o exercício do contraditório e ampla defesa da impugnante.

Incabível a declaração de nulidade de lançamento que traz um enquadramento legal das infrações que permite ao sujeito passivo identificar os dispositivos legais aplicáveis de modo a construir adequadamente sua defesa. O enquadramento legal contido no lançamento de ofício não contém qualquer vício que resulta na nulidade. No mesmo sentido há vários julgados do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF):

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA *Inexiste nulidade no auto que contém a descrição dos fatos e seu enquadramento legal, permitindo amplo conhecimento da alegada infração. (Ac. 1º CC - 108-05.383)*

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE - *Contendo o auto de infração completa descrição dos fatos e enquadramento legal, mesmo que sucintos, atendendo integralmente ao que determina o art. 10 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, especialmente quando a infração detectada foi simples falta de recolhimento de tributo. (Ac. 2º CC - 202-11700)*

PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO - CERCEAMENTO DE DEFESA - *Incabível a argüição de nulidade do procedimento fiscal quando este atender as formalidades legais e for efetuado por servidor competente. Estando o enquadramento legal e a descrição dos fatos aptos a permitir a identificação da infração imputada ao sujeito passivo, não há que se falar em nulidade do lançamento por cerceamento de defesa. O cerceamento do direito de defesa não prevalece quando todos os valores utilizados na autuação se originam de documentos e demonstrativos constantes nos autos do processo. (Acórdão 1º CC, 106-13409)*

Importante, acerca do tema, trazer à tona o direito constitucional do contribuinte de ter acesso às informações de seu interesse junto aos órgãos públicos, comandado pelo art. 5º, XXXIII da Carta Magna, o qual está regulamentado pela Lei 12.527/2011, em que destacamos os artigos 10 e 11, que tratam do pedido de acesso:

Art. 10. Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.

§ 1º Para o acesso a informações de interesse público, a identificação do requerente não pode conter exigências que inviabilizem a solicitação.

§ 2º Os órgãos e entidades do poder público devem viabilizar alternativa de encaminhamento de pedidos de acesso por meio de seus sítios oficiais na internet.

§ 3º São vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público.

Art. 11. O órgão ou entidade pública deverá autorizar ou conceder o acesso imediato à informação disponível.

§ 1º Não sendo possível conceder o acesso imediato, na forma disposta no caput, o órgão ou entidade que receber o pedido deverá, em prazo não superior a 20 (vinte) dias:

I - comunicar a data, local e modo para se realizar a consulta, efetuar a reprodução ou obter a certidão;

II - indicar as razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido; ou III - comunicar que não possui a informação, indicar, se for do seu conhecimento, o órgão ou a entidade que a detém, ou, ainda, remeter o requerimento a esse órgão ou entidade, cientificando o interessado da remessa de seu pedido de informação.

§ 2º O prazo referido no § 1º poderá ser prorrogado por mais 10 (dez) dias, mediante justificativa expressa, da qual será cientificado o requerente.

§ 3º Sem prejuízo da segurança e da proteção das informações e do cumprimento da legislação aplicável, o órgão ou entidade poderá oferecer meios para que o próprio requerente possa pesquisar a informação de que necessitar.

§ 4º Quando não for autorizado o acesso por se tratar de informação total ou parcialmente sigilosa, o requerente deverá ser informado sobre a possibilidade de recurso, prazos e condições para sua interposição, devendo, ainda, ser-lhe indicada a autoridade competente para sua apreciação.

§ 5º A informação armazenada em formato digital será fornecida nesse formato, caso haja anuência do requerente.

§ 6º Caso a informação solicitada esteja disponível ao público em formato impresso, eletrônico ou em qualquer outro meio de acesso universal, serão informados ao requerente, por escrito, o lugar e a forma pela qual se poderá consultar, obter ou reproduzir a referida informação, procedimento esse que desonerará o órgão ou entidade pública da obrigação de seu fornecimento direto, salvo se o requerente declarar não dispor de meios para realizar por si mesmo tais procedimentos.

Neste diapasão, é garantida a vista aos autos e a cópia dos documentos constantes nos processos administrativos no âmbito da administração pública federal, tal qual previsto pela Lei 9.784/99:

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

(...)

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

Por conseguinte, não se pode alegar cerceamento de seu direito de defesa se o interessado optou por não exercer seu direito de vista dos autos ou de obtenção dos documentos nele contidos, tendo sido propriamente cientificado do Auto de Infração (fls. 203 a 235), Termo de Verificação Fiscal ou equivalente (fls. 174 a 202), os quais contém elementos suficientes à descrição dos fatos e fundamentos da autuação, constando todos enquadramentos legais e penalidades aplicadas possíveis para tributos envolvidos.

A impugnante, quanto ao cerceamento do direito de defesa suscita ao Decreto 70235/72, vejamos:

DECRETO No. 70235 DE 06 /03 /197 Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Como a autuação se deu por autoridade competente para tal que é o Auditor Fiscal da RFB e como também não que se falar em preterição do direito de defesa, já que segundo o próprio Decreto, a fase litigiosa é instaurada pela impugnação, portanto esta sendo exercida presentemente seu primeiro ato de defesa, logo não de se falar em preterição alguma.

Face ao exposto, rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

III-c Nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa, caracterizado pelo indeferimento de perícia

O Recorrente, como relatado, contesta a decisão de indeferimento da perícia contábil, argumentando, em suma, que trouxe à Receita Federal do Brasil toda a documentação apta à apuração tributária desde o primeiro momento da fiscalização, aduzindo que se consideradas suas razões expedidas e os documentos contábeis existentes nos autos, caberia a realização de diligência perante a Domínio Fomento & Truste Ltda., bem como a perícia da contabilidade.

Sobre o tema, assim se manifestou o acórdão recorrido (destaques do original):

(...)

INSTRUÇÃO PROBATÓRIA.

(...)

A respeito da oportunidade de instrução probatória dos autos, ressalte-se que, nos termos da legislação em vigor, a impugnação da exigência, formalizada por

escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, instaura a fase litigiosa do procedimento, devendo ser apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência (arts. 14 e 15 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972).

O art. 16 do mesmo diploma legal, com a redação dada pela Lei nº 8.748, de 9 de dezembro de 1993, é ainda mais explícito ao consignar que a impugnação deve mencionar não apenas os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões, mas também as provas que possuir.

DA PERÍCIA

Infere-se, daí, que a oportunidade para a apresentação de provas é no prazo de impugnação, somente sendo admitida a juntada extemporânea, nos termos dos §§ 4º e 5º do mesmo dispositivo (parágrafo incluído pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997), que ora transcritos:

“Art. 16. (...)§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;*
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.*

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior.”

Nas preliminares, indefere-se a realização de perícia contábil, por se tratar de matéria cuja prova deveria ser feita mediante a mera juntada de documentação, cuja guarda e conservação competia à própria pessoa jurídica; assim como, por não estar configurada situação a exigir conhecimentos técnicos ou científicos especializados para o deslinde da questão; e porque não observada a forma prescrita em Lei (Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972), verbis:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993) (grifei)

(...)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993) (grifei)

Como se vê, o indeferimento do pedido de perícia foi feito de forma fundamentada, devido ao fato de o Recorrente não ter cumprido os requisitos legais para reconhecimento desta faculdade, o que está em linha com a jurisprudência do CARF, consubstanciada na Súmula nº 163:

Súmula CARF nº 163

O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

(Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

Neste cenário, é de se concluir que a decisão de realização ou não de Perícia/Diligência está dentro do campo de discricionariedade do órgão julgador, e não do Recorrente, sendo tal procedimento justificável na hipótese de os elementos constantes nos autos não serem suficientes à formação de convicção do julgador e ao deslinde da lide – o que não foi o caso -, ou, ainda, no caso de a prova reclamada não puder ser produzida pela parte por motivo de força maior, conforme reza o artigo 16 do Decreto nº70.235/72, o que também não foi comprovado nos autos.

Pelos motivos expostos, rejeito igualmente a preliminar suscitada.

IV - MÉRITO

Para facilitar a compreensão da lide, as matérias recursais foram distribuídas em tópicos, os quais serão analisados na sequência.

IV-a - Da alegada impossibilidade de presumir a omissão de receitas

Acerca do tema, o Recorrente defende que a presunção de omissão de receitas não se justifica porque a empresa forneceu todos os elementos de prova solicitados pela fiscalização, atendendo-a desde o início, apresentando as cópias das contas bancárias que movimentava e toda escrita contábil.

Sem razão o Recorrente também quanto a este ponto.

Para justificar meu entendimento sobre esta questão, peço vênias para adotar trechos do voto condutor proferido pelo Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano, no Acórdão de Recurso Voluntário nº 1401-006.583, de interesse de RUDIMAR BERTOTTI, posto que se adequa perfeitamente ao caso e por estar de acordo com os seus fundamentos, *verbis*:

(...)

Insurge-se a contribuinte com argumentações tendentes a descaracterizar a tributação com base nos depósitos bancários, com alegações do tipo, ilegalidade do lançamento tributário efetuado com base exclusivamente em extratos bancários, presunção de fato gerador de imposto de renda, arrematando com sua conclusão de inconstitucionalidade do art.42 da Lei nº 9.430 de 1996.

Apreciando-se o arguido, impõe-se, desde já, bem caracterizar a existência de duas realidades distintas no que se refere ao uso da movimentação financeira como base para a caracterização da omissão de receitas. Tais realidades têm como delimitadores os arts. 6º, § 5º, da Lei nº 8.021/1990 (parágrafo este revogado pela Lei 9.430/96) e o art.42, da Lei nº 9.430/1996:

Lei nº 8.021/1990 “Art. 6º. O lançamento de ofício, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando-se os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza.

(...)

§ 5º - O arbitramento poderá ainda ser efetuado com base em depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações.”[revogado]

Lei nº 9.430/1996 “Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantido 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.” O que vem a distinguir uma realidade da outra, portanto, é que a partir de 01/01/1997 – data esta a partir da qual a Lei nº 9.430 tornou-se eficaz –, a existência de depósitos não escriturados ou de origens não comprovadas tornou-se uma nova hipótese legal de presunção de omissão de receitas, que veio a se juntar ao elenco já existente; com isso, atenuou-se a carga probatória atribuída ao fisco, que precisa apenas demonstrar a existência de depósitos bancários não escriturados ou de origem não comprovada, para satisfazer o onus probandi a seu cargo. Antes, tal previsão inexistia, e com isso o fisco necessitava, nos estritos termos do art. 6º, caput e § 5º, da Lei nº 8.021/1990, não apenas constatar a existência dos depósitos, mas estabelecer uma conexão, um nexos causal, entre tais depósitos e alguma exteriorização de riqueza e/ou operação concreta do sujeito passivo, que pudesse dar ensejo à omissão de receitas.

Ainda assim, é de se perceber que o que aproxima ambas as realidades é a circunstância de que as mesmas conformam-se como presunções legais; o que as distingue, entretanto, é o fato de que as duas presunções legais atribuem diferenciados ônus, em termos de provas, à autoridade fiscal. Tem-se, de um lado, uma presunção mais sumária -- a do art. 42 da Lei nº 9.430/1996 --, que atribui ao fisco a simples evidenciação da existência de depósitos bancários não escriturados

ou de origem não comprovada, e, de outro lado, uma presunção de evidência menos célere, -- a do art. 6º da Lei nº 8.021/1990 --, que determinava ao fisco, não apenas a obrigação de constatar a existência dos depósitos bancários, mas, também, ao estabelecimento de um nexo de causalidade entre tais depósitos e fatos concretos ensejadores do ilícito. À evidência, esta segunda hipótese, ao mesmo tempo que se afasta das feições de uma presunção típica, se aproxima mais de uma comprovação material de omissão de receitas;

É de se ressaltar que as presunções estão, de há muito, incorporadas à nossa ordem jurídica. Por meio delas, estabelece a lei, com base naquilo que se observa na maior parte dos casos – baseando-se, entretanto, na aplicação de um critério de razoabilidade – que, ocorrida determinada situação fática, pode-se presumir, até prova em contrário – esta a carga do contribuinte --, a ocorrência da omissão de receitas. Exemplos de hipóteses de presunção são incorporadas ao art. 281 do RIR/1999, regulamento vigente à época (desde há muito incluídas na legislação fiscal):

“Art. 281. Caracteriza-se como omissão no registro de receita, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, a ocorrência das seguintes hipóteses:

I – a indicação na escrituração de saldo credor de caixa;

II – a falta de escrituração de pagamentos efetuados;

III – a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou cuja exigibilidade não seja comprovada.”

A estas hipóteses vieram se juntar aquelas já acima indicadas (arts. 6º da Lei nº 8.021/1990 e 42, da Lei nº 9.430/1996), o que faz com que as alegações do contribuinte de que não pode haver tributação a partir de depósitos bancários escriturados destoa da legislação vigente.

Feitas tais digressões e, evidenciada a absoluta licitude do estabelecimento das presunções legais, cumpre dizer que, em relação aos anos calendário objeto da ação fiscal em discussão, as alegações trazidas pelo contribuinte mostram-se despropositadas, visto que, o simples fato da existência de depósitos bancários com origem não comprovada é, por si só hipótese presuntiva de omissão de receitas, cabendo ao sujeito passivo a prova em contrário que, conforme dito, não as apresentou.

É a própria lei definindo que os depósitos bancários, de origem não comprovada, (e não a simples movimentação/transmissão de valores e de créditos de natureza financeira), caracterizam omissão de receita ou de rendimentos e não meros indícios de omissão. A presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem dos recursos. Trata-se, afinal, de presunção relativa, passível de prova em contrário.

Reitere-se, portanto, que a caracterização da ocorrência do fato gerador do imposto de renda não se dá pela mera constatação de um depósito bancário, considerada isoladamente, abstraída das circunstâncias fáticas, até mesmo porque, depósito bancário não configura disponibilidade econômica ou jurídica de renda.

Mas, pelo contrário, a caracterização está ligada à falta de esclarecimentos da origem dos numerários depositados, conforme dicção literal da lei. Existe, portanto, uma correlação lógica entre o fato conhecido - ser beneficiado com um depósito bancário sem origem – e o fato desconhecido – auferir rendimentos. Essa correlação autoriza plenamente o estabelecimento da presunção legal de que o dinheiro surgido na conta provém de rendimentos então omitidas.

Ao fisco cabe provar o fato constitutivo do seu direito, no caso em questão, a existência de depósito bancário sem origem comprovada. Consoante Termo de Intimação Fiscal nº 003 (fls.078), com planilha anexa indicativa dos créditos bancários individuais existentes no ano de 2009, o contribuinte foi intimado (item 2), em 10/06/2009, a comprovar, no prazo de 10 (vinte) dias, mediante a apresentação de documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em contas de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira ali indicada. Posteriormente, foi reintimado (fls.094), em 06/08/2009, com mais dez dias de prazo, ocasião em que a contribuinte solicitou prorrogação de prazo, 60 dias, mas, considerando as intimações anteriores, foi concedido mais 30 dias (fls.111).

No caso em questão, a autoridade lançadora fez aquilo que o artigo 42 da Lei no 9.430/1996 lhe atribuía como responsabilidade: constatada a manutenção de conta(s) bancária(s) com expressiva movimentação financeira em comparação à receita declarada, intimou o contribuinte a manifestar-se quanto a cada um dos depósitos efetuado na referida conta e a juntar a documentação que comprovasse a origem de tais ingressos. O contribuinte apresentou os documentos que entendeu necessários e houve a análise da fiscalização, conforme comentamos linhas atrás *beste voto*.

Com relação à Súmula nº 182 do antigo Tribunal Federal de Recursos, esta estabelecia a ilegitimidade dos lançamentos de imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos e depósitos bancários:

“É ilegítimo o lançamento do Imposto de Renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários”.

Trata-se de juízo firmado com base na legislação então vigente (década de 80 do século passado), consolidando entendimento jurisprudencial coevo.

Na esteira da Súmula, o Decreto-lei nº 2.471/88 determinou o cancelamento dos débitos para com a Fazenda Nacional, originários de cobrança do imposto de renda, arbitrado com base exclusivamente em valores de extratos ou comprovantes de depósitos bancários.

A sistemática de lançamento com base em valores de depósitos bancários de origem não comprovada, para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, já mereceu a apreciação do Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes e do Colegiado atual (CARF), conforme se depreende dos seguintes julgados:

IRPF – OMISSÃO DE RENDIMENTOS – LANÇAMENTO COM BASE EM VALORES CONSTANTES DE EXTRATOS BANCÁRIOS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA – ARTIGO 42 DA LEI Nº 9.430, DE 1996 – Caracteriza como omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação às quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações”.(Ac. 1º CC 104-18307, sessão de 19/09/2001)

IRPJ/... /DEPÓSITOS BANCÁRIOS – Caracterizam omissão de receita os valores creditados em conta bancária, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações (art. 42 da Lei 9.430/96)” (Ac. 1º CC 108-06889 – Sessão de 19/03/2002).

IRPJ - OMISSÃO DE RECEITAS - PROVAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - Provando o fisco que a recorrente, a despeito de declarar-se sem movimento, exercera atividades, através de sua movimentação bancária e, não logrando a mesma demonstrar a origem dos referidos recursos, a despeito de intimada para tal, os correspondentes valores constituem receitas omitidas” (1º CC, 3ª Câmara, acórdão 103-20318 de 07/06/00, relator: Márcio Machado Caldeira).

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RECEITAS. ARTIGO 42 DA LEI Nº 9.430, DE 1996. Por disposição legal, caracterizam omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito mantida junto à instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, de forma individualizada. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. ÔNUS PROBANDI A CARGO DO CONTRIBUINTE. A comprovação da origem dos depósitos bancários no âmbito do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, deve ser feita pelo contribuinte de forma individualizada (depósito a depósito), por via de documentação hábil e idônea. (CARF/Acórdão nº 1401-003,277, de 20/03/2019)

A leitura dos trechos precedentes não deixa dúvidas de que cabe ao Recorrente – e não do Fisco- o ônus de produzir prova desconstitutiva de presunções legais relativas de omissão de receita.

Portanto, no caso sob análise, é do Recorrente o ônus de efetuar a segregação das contas bancárias registradas na sua escrituração contábil, apresentar os respectivos extratos

bancários solicitados pela fiscalização e comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem da movimentação financeira ocorrida nestas contas no período-base autuado, de modo a ilidir a presunção legal de omissão de receita consubstanciada no auto de infração.

Entretanto, o Recorrente não atendeu as intimações do agente fiscal a contento e não fez qualquer esforço adicional para complementação da documentação solicitada visando ao esclarecimento dos fatos apurados, limitando-se a requerer perícia/diligência na tentativa de imputar a responsabilidade pela desconstituição da presunção legal de omissão de receita ao Fisco, o que revela uma inversão lógica e jurídica despropositada.

Com base nesses argumentos, nego provimento ao recurso quanto a este ponto.

IV-b - Da responsabilidade pela produção de prova dos valores administrados pela Factoring Domínio Fomento & Trustee Ltda

Sobre o tema, afirma o Recorrente que não tem como justificar a movimentação financeira em conta corrente do banco HSBC pelo fato de esta conta pertencer a empresa Factoring Domínio Fomento & Trustee Ltda e que, por isso, caberia ao Fisco intimá-la para verificar se as receitas lançadas em conta corrente estavam ou não contabilizadas, do que concluiu que o auto de infração é nulo por cerceamento do seu direito de defesa, face à desconsideração do contrato de factoring com a empresa Domínio Fomento & Trustee Ltda.

Da análise dos autos, constata-se que a fiscalização intimou e reintimou o contribuinte para apresentação dos extratos de conta corrente movimentadas no HSBC BANK BRASIL S/A no ano-calendário de 2007, não tendo obtido sucesso, recebendo dele a resposta de que não reconhecia como receita os valores movimentados nesta conta porque ela era administrada única e exclusivamente pela empresa Domínio Fomento & Trustee Ltda.

Pois bem, o Recorrente oferece unicamente como prova de seu argumento uma cópia simples do contrato de factoring mencionado (e-fls. 170), não autenticada e incompleta, dado que faltam as quatro primeiras folhas do documento.

Constata-se, ainda, que o referido contrato foi assinado em 20 de setembro de 2005 e possuía validade de 360 dias (conforme cláusula 14) do que se extrai que em 2007 - ano da autuação- não possuía validade jurídica para o efeito de justificar movimentação financeira na conta corrente no HSBC BANK BRASIL S/A.

Dessa impossibilidade de qualificar o contrato de factoring com a empresa Domínio Fomento & Trustee Ltda como meio de prova apto a justificar as alegações do Recorrente extraem-se duas conclusões: a de que inexistiu qualquer nulidade no procedimento fiscal, e a de que foi correta a lavratura do auto de infração por omissão de receita dos depósitos bancários realizados juntos ao Banco HSBC por ausência de comprovação hábil e idônea da origem dos recursos utilizados nessas operações, visto que o ônus da produção da prova é do contribuinte, conforme explorado no item IV-a deste Voto.

Isto posto, valho-me do art. 114, § 12, do Regimento Interno do CARF, para acolher os mesmos fundamentos da decisão da DRJ sobre o tema, adotando-os como razões de decidir, pedindo vênias para transcrevê-los a seguir:

DA TRIBUTAÇÃO DOS VALORES ADMINISTRADOS PELA FACTORING DOMÍNIO FOMENTO & TRUSTEE LTDA.

A Impugnante alega que os valores contidos na conta do HSBC, Ag. 0054, c/c 34117-29 teriam sido movimentados pela empresa de fomento Domínio Fomento & Trustee LTDA, CNPJ nº 82.516.063/0001-60, conforme se infere do Contrato de Fomento Mercantil, procuração e aditivos referentes ao mencionado instrumento particular.

A Impugnante também alega que:

“O contribuinte em momento algum movimentou referida conta em benefício próprio conforme comprovam os extratos bancários aonde todas as transferências sempre foram em favor da empresa Domínio que, por sua vez, recebia os valores das cobranças que foram objeto de contrato de compra e venda de direitos creditórios. Em outros momentos a Domínio enviava para a NRG, ora impugnante, valores que foram contabilizados como novas vendas de recebíveis, valores estes devidamente documentados e reconhecidos como receita quando entravam em alguma das outras contas do contribuinte.

Do mesmo modo, deve-se ter em vista que contabilizar esta movimentação seria o mesmo que incidir em bitributação, pois o contribuinte pagaria em dobro os tributos objetos da locação.” A Impugnante requer:

“Portanto, devem ser excluídos da tributação todos os valores constantes da conta do HSBC, Ag. 0054, c/c 34117-29, no ano calendário de 2007, porquanto eram administrados pela factoring Domínio Formento & Trustee Ltda, o que resta comprovado pelo contrato de fomento mercantil entre o contribuinte e a empresa em tela.” A Autoridade Fiscalizadora intimou a Impugnante várias vezes para esclarecer sobre a movimentação da conta do HSBC, Ag. 0054, c/c 34117-29:

“No dia 11/03/2011, o contribuinte foi intimado a prestar esclarecimentos a respeito dos valores registrados a crédito nos extratos bancários das citadas instituições financeiras, ano calendário de 2007, discriminados na planilha Demonstrativo Geral do Crédito, (anexo TERMO DE SOLICITAÇÃO DE ESCLARECIMENTOS nº 0002) No dia 06.04.2011, o contribuinte foi novamente intimado a prestar esclarecimentos, conforme TERMO DE CONSTATAÇÃO E SOLICITAÇÃO DE ESCLARECIMENTOS nº 01, em vista do não atendimento ao TERMO DE SOLICITAÇÃO DE ESCLARECIMENTOS nº 0002, acima mencionado Em correspondência não assinada, datada do dia 26.04.2011, o contribuinte apresentou praticamente os mesmos esclarecimentos que havia prestado na intimação do dia 10/12/2010, de que a conta do HSBC, Ag. 0054, c/c 34117-29 teria sido administrada pela empresa de fomento Domínio Fomento & Trustee

LTDA, CNPJ nº 82.516.063/0001-60, "com títulos não pertencentes a ora notificada NRG Telecom".

No dia 01/11/2011, o contribuinte, representado por procuradora, foi mais uma vez intimado, conforme Termo de Constatação Fiscal e Solicitação de Esclarecimentos nº 002, a prestar informações relativas aos valores informados na planilha Resumo Geral do Crédito, bem como prestar informações relativas aos valores creditados conta do HSBC, Ag. 0054, c/c 34117-29. (anexa planilha Demonstrativo do Crédito (HSBC S/A) Em resposta ao Termo de Constatação Fiscal e Solicitação de Esclarecimentos nº 002 acima, o contribuinte informou ter reconhecido como receita sua tão somente aquelas "provenientes da atividade econômica exercida pela empresa", não reconhecendo os créditos verificados na conta do HSBC, Ag. 0054, c/c 34117-29. Junta a esta correspondência as páginas 5, 6, 7 e 8 do contrato de fomento mercantil nº 33."

Como o contribuinte não apresentou o extrato da conta do HSBC, Ag. 0054, c/c 34117-29, a Autoridade Autuante solicitou ao Banco HSBC os extratos da referida conta, através da emissão da competente Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira:

"No dia 22/06/2011, em razão do contribuinte não haver apresentado o extrato da conta do HSBC, Ag. 0054, c/c 34117-29, foi encaminhado ao Banco HSBC a SOLICITAÇÃO DE EMISSÃO DE REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA - RMF." A Autoridade Autuante após os esclarecimentos e documentações apresentados pela Impugnante referente à movimentação da conta do HSBC, Ag. 0054, c/c 34117-29 pela empresa Domínio Fomento & Trustee LTDA concluiu:

"Quanto aos esclarecimentos prestados na correspondência datada de 16/11/2011, não ficou comprovado que a conta do HSBC, Ag. 0054, c/c 34117-29 teria sido movimentada pela empresa de fomento Domínio Fomento & Trustee LTDA, CNPJ nº 82.516.063/0001-60. Pelo contrário, na correspondência de 22/07/2011 (AOP/DB/1294857 - GIW/14537000), o próprio HSBC S/A informa que não foram identificados "registros de procurações outorgadas em favor de terceiros".

A Impugnante, referente à falta de movimentação da conta do Banco Bradesco, constada pela Autoridade Autuante, alega:

"Quanto a alegação do Fisco de que as movimentações da conta do Banco Bradesco não constavam da contabilidade da empresa, tal fato se dá por se tratarem de valores avulsos não provenientes de boletos de cobrança. Alguns destes valores foram objeto de recuperação de créditos já contabilizados em exercícios anteriores e, portanto, não necessitariam de uma bitributação, vedada pelo ordenamento pátrio, por já terem sido considerados como receita em sua integralidade mesmo que o recebimento tenha sido em muitas vezes parcial após diversos abatimentos e descontos recebidos em forma de acordo entre as partes

que participam do contrato de locação.” Entretanto, a Autoridade Fiscalizadora constatou, no Termo de Verificação Fiscal (fls. 174 a 202), que:

Por outro lado, na conta Razão 1.1.1.04.001 - CLIENTES DIVERSOS, não consta saldo em data anterior a 01/01/2007, de forma a concluir que os créditos e depósitos verificados nos extratos bancários não receberam valores de receitas advindos do ano de 2006.

(...)No extrato apresentado do BRADESCO S/A, relativo ao ano calendário 2007, tal como no do ano calendário 2006, embora tenha havido movimentação financeira na conta 0215443-9, Agência 0049, não aparece nenhum registro contábil.

A Autoridade Autuante efetuou corretamente o lançamento de omissão de receita dos depósitos bancários realizados juntos ao Banco HSBC e BRADESCO, em que o sujeito passivo, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, não ocorrendo à bitributação como pretendido pela Impugnante.

Neste ponto, vale destacar que é cediço em Direito que o ônus da prova incumbe ao contribuinte que, em sua defesa, alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão tributária, afastando, assim, a infração e sua penalidade, conforme art. 16, inc. III do Decreto no.70.235/1972, c/c o art. 373, inc. II da Lei no 13.105/15 – Novo Código de Processo Civil.

Assim, apropriada a conclusão de Fabiana Del Padre Tomé (A prova no Direito Tributário, 2008, p. 234):

Em processo tributário, (...) se o Fisco afirma que houve determinado fato jurídico, apresentando documento comprobatório, ao contribuinte cabe provar a inocorrência do alegado fato, apresentando outro documento, pois a negativa se resolve em uma ou mais afirmativas.

Assim, uma vez tendo o Auditor Fiscal realizado o acerto tributário totalmente fundamentado em documentos declaratórios (extratos bancários e nos livros Diário/Razão), caberia, então, à Impugnante em sede de defesa e com provas cabais de suas alegações, manifestar-se precisamente sobre os valores que alega indevidamente lançados, sob pena de presunção de verdadeiros, conforme art. 16, inc. III do Decreto no.70.235/1972, c/c o art. 341, da Lei no 13.105/15 – Novo Código de Processo Civil.

Dessa forma, é ineficaz a simples alegação de bitributação sem a identificação concreta de fatos e motivos, acompanhada de documentos hábeis a comprovar a existência das alegadas inconsistências no lançamento.

IV-c – Do suposto arbitramento do lucro

O Recorrente afirma que o agente fiscal realizou o arbitramento do lucro.

Considerando que o Recorrente repisa argumentos já enfrentados pelo acórdão recorrido, valho-me do art. 114, § 12, do Regimento Interno do CARF, para acolher os mesmos fundamentos da decisão da DRJ sobre o tema, adotando-os como razões de decidir, pedindo vênias para transcrevê-los a seguir:

(...)

A Impugnante alega que a Autoridade Autuante realizou o arbitramento do lucro:

“ não levando em consideração utilizadas as receitas demonstradas nos Livros Diário /Razão /Caixa, Livros de Contratos, Notas Fiscais de Débitos Faturas e Balanço Patrimonial, documentos estes já apresentados na execução do MPF...” A Impugnante alega também que:

“o arbitramento do lucro por parte do fisco ocorre tão somente em casos excepcionais e quando a contabilidade da empresa não se presta para tal finalidade, o que não é o caso dos autos, requer-se seja considerada a contabilidade da empresa.” Primeiramente, faremos uma breve transcrição das hipóteses de arbitramento, previstas no art. 530, do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999:

"Art.530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou
b) determinar o lucro real;

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;

IV- o contribuinte optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido;

V- o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de escriturar e apurar o lucro da sua atividade separadamente do lucro do comitente residente ou domiciliado no exterior (art. 398);

VI - o contribuinte não mantiver, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, Livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário." A Autoridade Autuante constituiu uma parte do crédito tributário com base nas omissões de receitas, não

declaradas provenientes da prestação de serviços de locação ou administração de bens móveis, registradas nos Livros Diário/Razão, fornecidos pelo contribuinte. E outra parte, do crédito tributário com base nas omissões de receitas não comprovadas de depósitos bancários, contidos nos extratos bancários fornecidos pelo contribuinte e de forma complementar pela Instituição Financeira (RMF), como se segue no arrazoado da fiscalização:

“III - DA INFRAÇÃO APURADA 1 Prestação de Serviços de Locação ou Administração de Bens Móveis. Receitas não oferecidas à tributação e nem declaradas na DIPJ/2007, as quais estão registradas nos livros Diário/Razão e demonstradas na planilha Resumo Geral do Crédito, na coluna "Receitas Contabilizadas (B)".

2 Omissão de Receitas: Presunção Legal - Depósito de Origem não Comprovada.

2.1 Os valores apurados e demonstrados na planilha anexa (Resumo Geral do Crédito), na coluna "(C)= (A)-(B)", que, além de não terem sido oferecidas à tributação, tratam-se, por presunção legal, de receitas de origem não comprovada.

2.2 Os valores referentes a depósitos e transferências realizados junto a instituições financeiras, em que o sujeito passivo, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Tais valores foram considerados auferidos ou recebidos no mês do crédito efetuado pelas instituições financeiras"

Quanto a essa questão, a Impugnante também se equivocou, pois a Autoridade Autuante constituiu o crédito tributário com base nas omissões de receitas contidas em documentos fornecidos pelo próprio contribuinte, não ocorrendo nenhuma das hipóteses de arbitramento do lucro, contidas no art. 530, do Decreto nº 3000/99.

IV-d – Da alegada natureza confiscatória da multa aplicada

O Recorrente afirma que há falta de razoabilidade na multa de 75% aplicada, sob o argumento de que “somente pode ser resguardada para situações de má-fé do contribuinte”, caso contrário, terá natureza de confisco.

Considerando que o Recorrente repisa argumentos já enfrentados pelo acórdão recorrido, valho-me do art. 114, § 12, do Regimento Interno do CARF, para acolher os mesmos fundamentos da decisão da DRJ sobre o tema, adotando-os como razões de decidir, pedindo vênias para transcrevê-los a seguir:

DA IMPOSIÇÃO DE MULTA COM EFEITO DE CONFISCO

No que tange ao suposto caráter confiscatório da multa, bem como violação aos princípios constitucionais à propriedade, à capacidade econômica e à proporcionalidade entre tributo e patrimônio, cabe dizer que o exame desses

aspectos implica proceder ao controle de constitucionalidade da própria lei, o que é expressamente vedado, no âmbito do processo administrativo, pelo art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972:

Art. 26-A. 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. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009) (...)§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;

II – que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Por esta razão, os julgadores administrativos não apreciam alegações de tal natureza, consoante Súmula nº 2 do CARF:

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

Ressalte-se ainda que a vedação à utilização de tributo com efeito de confisco, preceituada pelo art. 150, inc. IV, da Carta Magna, é dirigida ao Poder Legislativo, que deve tomar tal preceito em consideração, quando da feitura das leis. Além disso, a vedação constitucional refere-se à utilização de tributo com efeito confiscatório, não se referindo a multas por atos ilícitos.

O Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, atualmente Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, já se manifestou sobre o assunto, conforme ementa a seguir transcrita:

MULTA DE OFÍCIO - CARÁTER CONFISCATÓRIO - CONSTITUIÇÃO FEDERAL (Art. 150, inciso IV) - O princípio da tipicidade não está adstrito à conveniência e à oportunidade da administração tributária. Ocorrendo, pois, os requisitos legais fáticos deverá ser implementado o lançamento, sem margem de discricção, em consonância com o artigo 142 do CTN porque fundados nos artigos 150, I da Superlei e 97 da Lei 5.172/66.

A Constituição Federal, em seu artigo 150, inciso IV, veda a utilização de tributo com efeito de confisco. Creio que tributo não deva ser confundido com penalidade, mormente por não ter esta o caráter de prestações permanentes. Ainda assim, o tributo subsumido que está ao princípio da legalidade, curva-se,

num Estado Democrático de Direito, à lei editada pelo poder legislativo (artigo 48, inciso I da CF/88) consentida pela maioria de seus mandatários (artigo 1º, § único da CF/88). (Acórdão do 1º CC nº 103-19.747, de 11/11/98)IRPJ - LANÇAMENTO - CONFISCO - A vedação contida no artigo 150, parágrafo 4º, da Constituição Federal sobre a utilização de tributo com efeito de confisco destina-se ao órgão legislativo, não se aplicando aos lançamentos de ofício efetuados em cumprimento das leis tributárias regularmente aprovadas. (Acórdão do 1º CC nº 101-92.322, de 25/09/98)Pelas razões acima, não há como acatar os argumentos postos, devendo ser afastadas da análise dessa autoridade administrativa quaisquer argumentações que versem sobre inconstitucionalidade ou ilegalidade de atos legais e de ofensa a princípios constitucionais.

IV-e – Da suposta ausência de declarações ao Fisco Municipal

A Recorrente reitera que desenvolve atividades de locação de bens móveis (GPS rastreador de veículos) e que a atividade prestada não é considerada de prestação de serviço, por isso que não apresentou declarações ao fisco municipal, bem como notas de serviços.

Considerando que o Recorrente repisa argumentos já enfrentados pelo acórdão recorrido, valho-me do art. 114, § 12, do Regimento Interno do CARF, para acolher os mesmos fundamentos da decisão da DRJ sobre o tema, adotando-os como razões de decidir, pedindo vênias para transcrevê-los a seguir:

(...)

A Impugnante alega que desenvolve atividades de locação de bens móveis (GPS rastreador de veículos) e que a atividade prestada não é considerada de prestação de serviço, por isso que não apresentou declarações ao fisco municipal, bem como notas de serviços:

“Deste modo, completamente insubsistente e infundada a alegação do Auditor Fiscal MARIO JORGE TEIXEIRA CARDOSO, constante do Termo de Verificação Fiscal, no sentido de que "não houve apresentação de notas fiscais de serviços", eis que, como amplamente demonstrado no presente tópico, a atividade prestada pelo contribuinte não é considerada como sendo prestação de serviços, não estando sujeita, pois, à incidência de ISS.

Por tais razões é que eventual ausência de declarações ao fisco municipal, bem como a não apresentação de notas de serviços, não constituem argumento que possa embasar a autuação por suposta omissão de receitas, eis que completamente infundado e divergente dos comandos legislativos ora apontados.”

Quanto a essa questão, a Impugnante equivocou-se, pois a Autoridade Autuante constituiu o crédito tributário com base nas omissões de receitas: 1- não declaradas provenientes da prestação de serviços de locação ou administração de bens móveis, registradas nos livros Diário/Razão, apresentados pelo contribuinte

e 2 - não comprovadas de depósitos bancários. Como podemos observar no arrazoado da fiscalização:

“III - DA INFRAÇÃO APURADA

1 Prestação de Serviços de Locação ou Administração de Bens Móveis. Receitas não oferecidas à tributação e nem declaradas na DIPJ/2007, as quais estão registradas nos livros Diário/Razão e demonstradas na planilha Resumo Geral do Crédito, na coluna "Receitas Contabilizadas (B)".

2 Omissão de Receitas: Presunção Legal - Depósito de Origem não Comprovada.

2.1 Os valores apurados e demonstrados na planilha anexa (Resumo Geral do Crédito), na coluna "(C)= (A)-(B)", que, além de não terem sido oferecidas à tributação, tratam-se, por presunção legal, de receitas de origem não comprovada.

2.2 Os valores referentes a depósitos e transferências realizados junto a instituições financeiras, em que o sujeito passivo, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Tais valores foram considerados auferidos ou recebidos no mês do crédito efetuado pelas instituições financeiras"

Nesse quadro, o não provimento do recurso é medida que se impõe ao colegiado.

DISPOSITIVO

Diante de todo o exposto, rejeito as preliminares suscitadas e, no mérito, nego provimento ao Recurso.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Aílton Neves da Silva