



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

Processo nº 10380.721117/2010-37
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-001.601 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de novembro de 2014
Matéria OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente RABELO VEICULOS LTDA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2004

OMISSÃO DE RECEITAS. MOVIMENTAÇÕES BANCÁRIAS.
PRESUNÇÃO LEGAL.

A presunção legal de omissão de receitas nos casos de depósitos bancários de origem não comprovada, prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, é de caráter relativa, ou seja, o contribuinte pode e deve realizar prova em contrário.

No entanto, caso o contribuinte não realize comprovação em contrário, a presunção disposta no artigo 42, da Lei nº 9.430/96 consolida-se para o caso em discussão.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Exercício: 2004

LANÇAMENTO DECORRENTE. PIS. COFINS. CSLL.

Subsistindo o lançamento principal sobre determinados fatos que restaram constituídos ou caracterizados, acompanham a mesma sorte os demais lançamentos decorrentes dos mesmos fatos.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2005

NULIDADE DO LANÇAMENTO.

É nulo o lançamento tributário realizado pelo regime de apuração do lucro real quando o contribuinte não possui qualquer escrituração contábil e fiscal, pois aplicável tão somente o arbitramento do lucro para determinação das bases tributáveis, conforme critérios legais.

INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA.

A autoridade administrativa não possui competência para declarar a inconstitucionalidade de lei tributária em sede de procedimento administrativo (súmula n. 2 do CARF).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria, dar parcial provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto proferido pelo relator. Os Conselheiros Waldir Veiga Rocha e Eduardo de Andrade ficaram vencidos, pois negavam provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR - Presidente.

(assinado digitalmente)

MARCIO RODRIGO FRIZZO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto Souza Junior (Presidente), Eduardo de Andrade, Waldir Veiga Rocha, Marcio Rodrigo Frizzo, Leonardo Mendonca Marques, Guilherme Pollastri Gomes da Silva.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário.

Na origem foi lavrado auto de infração em razão da suposta omissão de receitas pela recorrente, fato que motivou o lançamento de ofício de IRPJ (R\$ 8.941.987,53), CSLL (R\$ 3.417.868,08), PIS (R\$ 729.469,28), COFINS (R\$ 3.155.793,35) e INSS (R\$ 915.774,45) (fl. 02/59 e 1329/1359).

Em resumo, o AFRFB convenceu-se da ocorrência dos seguintes fatos, registrados no termo de verificação fiscal (fl. 1050/1061):

- (i) Que a fiscalização teve início após representação requisitória pelo Ministério Público Federal;
- (ii) Que foram encaminhados à Receita Federal, documentos inerentes a inquérito policial em que o Sr. Raimundo Rabelo Freire é indiciado pela prática de crimes tributários por intermédio de interpostas pessoas;
- (iii) Que na representação foram apontadas como interpostas pessoas de Raimundo Rabelo Freire, a pessoa jurídica Rabelo Veículos LTDA ME, ora recorrente, Francisco Messias Rebouças e Maria Edileia de Oliveira Queiroz;
- (iv) Que para obter informações bancárias dos envolvidos, fez-se requisição de movimentação financeira junto aos bancos;
- (v) Que posteriormente houve representação fiscal contra Rosângela Maria Carlos de Oliveira e Francisco Messias Rebouças, também como interpostas pessoas de Raimundo Rabelo Freire;
- (vi) Que havia flagrante discrepância entre a receita declarada pelos sujeitos envolvidos e a movimentação financeira registrada nos respectivos extratos bancários (mais de 15 milhões);
- (vii) Que Raimundo Rabelo Freire possuía procuração, com amplos e irrestritos poderes para gestão de recursos financeiros nas contas correntes de todos os sujeitos envolvidos;
- (viii) Que Raimundo Rabelo Freire foi intimado para apresentar relação de bancos junto aos quais possuía contas, acompanhadas de todos os extratos e documentos que comprovem a origem dos recursos;
- (ix) Que foi expedido edital de intimação de Raimundo Rabelo Freire, por conta de sua não localização, para cientificá-lo acerca da expedição de RMF às instituições financeiras;

(x) Que Raimundo Rabelo Freire foi intimado para apresentar documentos que comprovem a origem dos valores depositados nas suas contas correntes e nas dos sujeitos consideradas interpostas pessoas, sendo alertado de que estas movimentações estavam sendo consideradas como dele, na condição de responsável solidário, e da empresa recorrente;

(xi) Que a recorrente havia sido intimada para apresentar os documentos inerentes à sua contabilidade, bem como os atos constitutivos;

(xii) Que a recorrente solicitou, por intermédio de procurador, a dilação do prazo para manifestar-se, mas permitiu que o prazo concedido transcorresse sem qualquer manifestação;

(xiii) Que os atos constitutivos da recorrente foram solicitados à junta comercial;

(xiv) Que formalmente constam como sócios da recorrente os senhores Gildesio Estevam Freire e Gildenio Estevam Freire, filhos de Raimundo Rabelo Freire;

(xv) Que Gildesio Estevam Freire e Gildenio Estevam Freire apresentam rendas incompatíveis com a de sócio de pessoa jurídica com o porte da recorrente;

(xvi) Que ao confrontar a movimentação financeira da recorrente com a receita por ela declarada, constatou-se a flagrante discrepância de mais de R\$ 9.000.000,00 (nove milhões);

(xvii) Que segundo informações dos autos, em nome dos sujeitos tidos como interpostas pessoas, transitaram inúmeros veículos automotores, muito embora nenhum deles tenha sido informado nas respectivas declarações de rendimentos;

(xviii) Que Rosangela Maria Carlos de Oliveira registrou movimentação financeira superior a 1,5 milhões, ou seja, incompatível com rendimentos de telefonista da recorrente;

(xix) Que foi apurado em diligência fiscal que a conta corrente de Rosangela Maria Carlos de Oliveira era utilizada para gerir recursos financeiros da recorrente;

(xx) Que Francisco Messias Rebouças registrou movimentação financeira superior a 3,5 milhões, ou seja, incompatível com rendimentos de funcionário da recorrente;

(xxi) Que Maria Edileia de Oliveira Queiroz, esposa de Raimundo Rabelo Freire, registrou movimentação financeira superior a 170 mil reais, e que ele possuía procuração com amplos poderes de gestão destes recursos perante os bancos com os quais ela mantinha conta;

(xxii) Que as movimentações financeiras foram consideradas omissão de receita com fulcro no art. 42, da Lei nº 9.430/96;

(xxiii) Que era o caso de desconsideração da personalidade jurídica para impedir a fraude e o mau uso do instituto;

(xxiv) Que foi lavrado termo de sujeição passiva solidária responsabilizando o Sr. Raimundo Rabelo Freire pelo crédito tributário objeto de lançamento;

(xxv) Que restava caracterizado evidente intuito de fraude hábil a justificar o lançamento de multa qualificada;

A recorrente teve ciência do auto de infração em 23/04/2010 (fl.1374/1375). Apresentou impugnação em 20/05/2010 (fl. 1377/1735), a qual foi julgada totalmente improcedente, nos termos do acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamentos (DRJ) cuja ementa adiante segue (fl. 1760/1776):

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

Ano-calendário: 2004

OMISSÃO DE RECEITAS. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, o artigo (art.) 42 da Lei 9.430 de 27/12/1996 autoriza a presunção legal de omissão de receitas com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo Sujeito Passivo.

ÔNUS PROVA.

Se o ônus da prova, por presunção legal, é do Contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2005

OMISSÃO DE RECEITAS. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, o artigo (art.) 42 da Lei 9.430 de 27/12/1996 autoriza a presunção legal de omissão de receitas com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo Sujeito Passivo.

ÔNUS PROVA.

Se o ônus da prova, por presunção legal, é do Contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2004, 2005

ATIVIDADE VINCULADA.

Não compete à Autoridade Administrativa apreciar questões relacionadas à situação econômico-financeira do Contribuinte Autuado, quando da constituição do Lançamento previsto pela legislação.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2004, 2005

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLLSIMPLES. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINSSIMPLES. CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL PISSIMPLES. CONTRIBUIÇÃO PARA SEGURIDADE SOCIAL INSSSIMPLES. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS. CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL PIS.

Aplica-se às Exigências Reflexas o que foi decidido quanto à Exigência Matriz, devido à íntima relação de causa e efeito entre elas, ressalvadas as alterações exoneratórias a que se procedeu de ofício, decorrentes de novos critérios de interpretação ou de legislação superveniente.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

A recorrente foi intimada da decisão supratranscrita em 09/07/2012 (fl. 1804). Em 07/08/2012, interpôs recurso voluntário, no qual ventila as seguintes razões, em resumo (fl. 1808/1826):

- (i) Que a presunção utilizada para equiparar os depósitos bancários ao faturamento da recorrente é inadmissível e ofende o princípio da estrita legalidade. Além disso, desvirtua os “preceitos normativos contidos na legislação tributária” que conceituam o faturamento (fl. 1809). Trata-se de violação à vinculação do agente administrativo à lei;
- (ii) Que nos contratos de venda e compra de veículos que intermediava, a recorrente exigia que o comprador depositasse o valor do negócio em sua conta. Após, retia 5% do valor da venda e repassava o restante para o proprietário do veículo (por vezes, a comissão era menor). Por isso, a base de cálculo empregada pelo AFRFB está errada, pois não se considerou despesas dedutíveis;
- (iii) Que o AFRFB modificou o conceito de faturamento para sua comodidade, equiparando-o ao conceito de “movimentação bancária” (fl. 1810), o que configura “arbitrariedade”. Desconsiderou-se também a possibilidade de ocorrência de prejuízo. A DRJ desconsiderou as notas fiscais apresentadas;

(iv) Que o crédito tributário constituído é confiscatório, visto que supera o “lucro auferido e o patrimônio acumulado pela recorrente em todo o período em que exerceu suas atividades” (fls. 1813). Há ofensa, portanto, ao art. 150, inciso IV, CF. Ofende, por consequência, o princípio da capacidade contributiva. Apresenta doutrina sobre o tema;

(v) Defende que a base de cálculo estatuída pela Lei n. 9.718/98 para o PIS/COFINS é inconstitucional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcio Rodrigo Frizzo

O recurso voluntário apresentado é tempestivo e apresenta todos os requisitos de admissibilidade, então dele conheço.

1. Do Ônus Probatório do Contribuinte em Relação a Origem de Recursos em sua Conta Bancária. Da Regularidade do Lançamento Tributário.

A recorrente defende a nulidade do auto de infração, argumentando que seria presunção atentória contra o princípio da estrita legalidade tributária considerar os depósitos realizados em suas contas bancárias como seu faturamento.

Alega, ainda, que nos contratos de compra e venda de veículos que intermediava, recebia em suas contas bancárias o valor integral dos bens e posteriormente repassava o valor ao proprietário do veículo retendo sua comissão, em média de 5% (cinco por cento) sobre o valor do negócio.

Defende, também, que a base de cálculo empregada pelo AFRFB está errada, pois não se considerou as despesas dedutíveis ou ainda a possibilidade de compensação de prejuízos fiscais.

Pois bem. Constata-se nos autos que em sua declaração simplificada de rendimentos, no ano-calendário 2004, a recorrente informou ter obtido receita bruta no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) (fls. 1250/1267), e no ano-calendário 2005, R\$ 5.733,00 (cinco mil setecentos e trinta e três reais).

Intimada a apresentar à autoridade fiscal os livros contábeis de manutenção obrigatória, atos constitutivos da sociedade e extratos com a movimentação financeira junto aos bancos (fls. 60/224), a recorrente quedou-se inerte em todas as oportunidades.

A inércia da recorrente em atender a solicitação da autoridade fiscal legitimou a expedição de RMF (requisições de movimentação financeira) pelo AFRFB às instituições financeiras, exigindo-se os extratos bancários e documentos pertinentes aos sujeitos envolvidos, o que foi prontamente atendido conforme consta dos autos (fls. 256/1023).

Posteriormente, o AFRFB intimou a recorrente a comprovar a origem dos lançamentos apontados individualmente (fls. 66/224), mas, no entanto, não houve qualquer manifestação.

O art. 42, da Lei nº 9.430/96, apresenta a presunção legal de omissão de receita quando se verifica o ingresso de valores na conta bancária do contribuinte que, intimado, não comprova sua origem, *in verbis*:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente

intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

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

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

Sendo assim, em virtude da presunção legal disposta acima, ocorre inversão do ônus da prova e, portanto, cabia à recorrente nestes autos a comprovação da origem dos valores que ingressaram em sua conta bancária, demonstrando com documentos hábeis quais receitas pertenciam a terceiros e apenas transitavam em sua conta.

Apesar de em sua manifestação de inconformidade a recorrente apresentar notas fiscais de venda de veículos, em momento algum ela realiza a vinculação de cada uma destas notas aos depósitos correspondentes, ao menos de forma exemplificativa.

E mais. Observa-se destas notas fiscais que nem mesmo a alegada comissão, equivalente em média a 5% (cinco por cento) do valor do veículo, é discriminada (fls. 1377/1735). A comprovação desta informação seria fundamental para corroborar suas alegações.

Os exercícios autuados foram de 2004 e 2005, e irei abordá-los individualmente devido a sistemática distinta de apuração do lucro realizada pelo fiscal em cada um deles.

Para o ano-calendário 2004, quando a recorrente era optante do simples federal, regulado pela Lei nº 9.317/96, como empresa de pequeno porte (fls. 1250/1267), o lançamento foi efetuado, com base na receita omitida, da forma como dispunha o art. 23, II, alíneas “b”, “e”, “h” e “i”, da Lei nº 9.317/96 (SIMPLES), veja-se:

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

II - no caso de empresa de pequeno porte: [...]

*b) em relação à faixa de **receita bruta** de que trata a alínea "b" do inciso II do art. 5º:*

1 - 0,26% (vinte e seis centésimos por cento), relativo ao IRPJ;

2 - 0,26% (vinte e seis centésimos por cento), relativo ao PIS/PASEP;

3 - 1% (um por cento), relativo à CSLL;

4 - 2% (dois por cento), relativos à COFINS;

5 - 2,28% (dois inteiros e vinte e oito centésimos por cento), relativos às contribuições de que trata a alínea "f" do § 1º do art. 3º. [...]

e) em relação à faixa de receita bruta de que trata a alínea "e" do inciso II do art. 5º:

1 - 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento), relativo ao IRPJ;

2 - 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento), relativo ao PIS/PASEP;

3 - 1% (um por cento), relativo à CSLL;

4 - 2% (dois por cento), relativos à COFINS;

5 - 2,7% (dois inteiros e sete décimos por cento), relativos às contribuições de que trata a alínea "f" do § 1º do art. 3º. [...]

h) em relação à faixa de receita bruta de que trata a alínea "h" do inciso II do art. 5º: (Incluído pela Lei nº 9.732, de 1998)

1 - sessenta e cinco centésimos por cento, relativos ao IRPJ; (Incluído pela Lei nº 9.732, de 1998)

2 - sessenta e cinco centésimos por cento, relativos ao PIS/PASEP; (Incluído pela Lei nº 9.732, de 1998)

3 - um por cento, relativo à CSLL; (Incluído pela Lei nº 9.732, de 1998)

4 - dois por cento, relativos à COFINS; (Incluído pela Lei nº 9.732, de 1998)

5 - três inteiros e nove décimos por cento, relativos às contribuições de que trata a alínea "f" do § 1º do art. 3º; (Incluído pela Lei nº 9.732, de 1998)

i) em relação à faixa de receita bruta de que trata a alínea "i" do inciso II do art. 5º: (Incluído pela Lei nº 9.732, de 1998)

1 - sessenta e cinco centésimos por cento, relativos ao IRPJ; (Incluído pela Lei nº 9.732, de 1998)

2 - sessenta e cinco centésimos por cento, relativos ao PIS/PASEP; (Incluído pela Lei nº 9.732, de 1998)

3 - um por cento, relativo à CSLL; (Incluído pela Lei nº 9.732, de 1998)

4 - dois por cento, relativos à COFINS; (Incluído pela Lei nº 9.732, de 1998)

5 - quatro inteiros e três décimos por cento, relativos às contribuições de que trata a alínea "f" do § 1º do art. 3º. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 1998)

Atente-se que neste regime, toda a tributação era feita com base na receita bruta da recorrente, de modo que se torna absolutamente infundada a pretensão em deduzir eventuais despesas ou compensar eventual prejuízo apurado no referido ano-calendário (2004).

Não faz o menor sentido a recorrente insurgir-se às regras inerentes ao regime de apuração da tributação, feito por opção própria.

A movimentação financeira constatada nas contas correntes de titularidade da recorrente foi considerada como receita bruta, da forma como manda o já citado art. 42, da Lei nº 9.430/96.

O lançamento realizado pela autoridade fiscal na origem fora feito em fiel observância à legislação pertinente, ou seja, com a aplicação das alíquotas previstas no art. 23, II, alíneas “b”, “e”, “h” e “i”, da Lei nº 9.317/96 sobre a receita bruta por ela conhecida, qual seja a apurada a partir dos extratos bancários obtidos perante as instituições financeiras.

Destarte, não se vislumbra quaisquer irregularidades no lançamento tributário relacionado ao ano-calendário 2004.

A corroborar a legalidade deste lançamento, destacam-se os seguintes arestos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

OMISSÃO DE RECEITAS. REGIME DE TRIBUTAÇÃO. Apurada omissão de receita e estando a empresa submetida às regras de tributação do SIMPLES, já que dele não houve a exclusão para o período fiscalizado, os lançamentos devem ser realizados de acordo com as regras do SIMPLES no período de apuração a que corresponder a omissão. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. ARTIGO 42, DA LEI Nº 9.430, DE 1996. PESSOA JURÍDICA. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS. CARACTERIZAÇÃO. Caracteriza omissão de receitas a existência de valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa jurídica, regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. (CARF. Acórdão nº 1402-001.671. PAF nº 10865.000626/2009-46. Rel. Cons. Paulo Roberto Cortez. Sessão: 06/05/2014)

[...] OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS E VALORES CREDITADOS EM CONTA BANCÁRIA. ORIGEM NÃO COMPROVADA. ÔNUS DA PROVA. A Lei nº 9.430/96, em seu art. 42, estabeleceu a presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento. OMISSÃO DE RECEITAS. DETERMINAÇÃO DO IMPOSTO. REGIME DE TRIBUTAÇÃO. Verificada a omissão de receita, o imposto a ser lançado de ofício deve ser determinado de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período base a que corresponder a omissão. (CARF. Acórdão nº 1402-001.604. PAF nº 19515.000176/2011-51. Rel. Cons. Carlos Pelá. Sessão: 12/03/2014).

[...] DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITA. ORIGEM. FALTA DE COMPROVAÇÃO. Caracterizam omissão de receita, por presunção legal, os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, deixe de comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. SIMPLES. ALÍQUOTA A pessoa jurídica cuja receita bruta exceder ao limite de R\$ 2.400.000,00 adotará, em relação aos valores excedentes, dentro daquele ano, os percentuais previstos na alínea t do inciso II do caput, no § 2º, nos incisos III ou IV do § 3º e nos incisos III ou IV do § 4º, todos do art. 5º desta Lei, acrescidos de 20%. EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS. De acordo com o artigo 15, inciso IV, da Lei nº 9.317/96 a exclusão do SIMPLES surtirá efeito a partir do ano calendário subsequente Aquele em que for ultrapassado o limite de Receita Bruta. (CARF. Acórdão nº 1402-001.209. PAF nº 15540.000026/2011-89. Rel. Cons. Maurício Pereira Faro. Sessão: 04/06/2014).

Assim, impõe-se concluir que não há quaisquer reparos a serem feitos no lançamento feito pelo AFRFB em relação ao ano-calendário 2004.

Considerando a receita omitida no ano-calendário 2004, a recorrente excedeu o limite máximo de receita bruta exigido para permanência no simples federal, e em razão disso ela foi excluída deste regime com efeitos a partir de 01/01/2005, com fulcro no art. 15, IV, da Lei 9.317/96, segundo registrado no ato declaratório executivo nº 24, de 12/04/2010 (fls. 1325).

Quanto ao ano-calendário 2005, verifica-se nos autos que o AFRFB efetuou o **lançamento de ofício com base no lucro real**, conforme artigos 249, II; 251 e parágrafo único; 279; 282; 287; e 288, todos do Decreto nº 3.000/99, além do art. 42 da Lei nº 9.430/96, e do art. 24, da Lei nº 9.249/95, tomando a movimentação financeira apurada nos extratos bancários como lucro da recorrente (fls. 1329/1359).

Tendo a contribuinte todos os documentos fiscais necessários, entendo perfeitamente possível e obrigatório o Fisco efetuar o lançamento pelo Lucro Real, que é a regra. A simples omissão de receita (via depósito bancário ou outra presunção legal) por si não pode ensejar o arbitramento.

Se assim não for, toda a omissão de receita irá caracterizar um arbitramento, e isso não é a regra. O arbitramento somente pode ser utilizado em casos extremos onde a contabilidade do contribuinte é imprestável, de tal forma, que é impossível apurar o lucro real e reconstituir a escrita fiscal.

Porém, no presente caso, a fiscalização errou em optar pela apuração do lucro real, pois a empresa fiscalizada não apresentou um documento sequer, ou seja, nada.

A empresa não possuía qualquer documento e nem escrituração contábil/fiscal, de modo que não podemos dizer que ela era imprestável, pois nem existia.

Tal situação somente pode cominar com o arbitramento do lucro, por ser impossível a apuração do lucro real, como fez o AFRFB.

Outrossim, pior que se utilizar da apuração pelo lucro real neste caso, o auditor considerou a omissão de receita como se fosse (igual) o lucro da recorrente. É deveras teratológico considerar que a pessoa jurídica não teve despesas em sua atividade empresária.

Veja que em planilha aposta no TVF (fls. 1.051), a autoridade fazendária aponta como movimentação bancária no ano-calendário de 2005, considerada como receita da recorrente, pois não houve comprovação/justificação da sua origem, o montante total de R\$ 10.851.140,43 (dez milhões, oitocentos e cinquenta e um mil, cento e quarenta reais e quarenta e três centavos), conforme planilha abaixo:

Francisco M Rebouças	R\$ 3.063.214,39
Rosângela Maria C. de Oliveira	R\$ 1.613.874,52
Raimundo Rabelo Freire	R\$ 500.424,31
Rabelo Veículos LTDA ME	R\$ 5.673.627,21
TOTAL	R\$ 10.851.140,43

Posteriormente, no auto de infração lavrado (fls. 1.329 e seguintes), considerou-se como receita tributável (lucro) todo o valor tido como receita omitida, sem considerar quaisquer despesas ou valores dedutíveis, como se resume abaixo:

1o Trimestre	R\$ 4.740.088,64
2o Trimestre	R\$ 2.346.088,75
3o Trimestre	R\$ 1.110.811,33
4o Trimestre	R\$ 3.442.451,76
TOTAL	R\$ 11.639.440,48

Destaca-se que todo o lançamento se fundamenta tão somente na presunção legal de omissão de receita através da movimentação bancária sem comprovação da origem, consoante bem se evidencia do TVF e dos autos de infração, no qual expressamente resta consignado apenas a seguinte infração:

001 - OMISSÃO DE RECEITAS

DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO CONTABILIZADOS

Omissão de Receita Operacional caracterizada pela falta de contabilização de depósitos bancários, conforme informações prestados pelos bancos.

Portanto, todo o valor da receita tida como omissão de receita por não ter sua origem comprovada/justificada foi utilizada indevidamente como base de cálculo do lançamento tributário.

O Decreto nº 3.000/99 traz alternativas para a apuração do lucro. Uma delas é o lucro arbitrado, que segundo art. 530, é cabível quando:

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 manter, 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.

Ao desconsiderar esta forma de apuração do lucro, é evidente que o AFRFB incorre em nulidade do lançamento no presente caso, pois considera ilegitimamente toda a movimentação financeira registrada nos extratos bancários da recorrente como lucro, o que não é verdade. A omissão de receita é faturamento (receita) para fins legais. **Nunca lucro.**

O objeto social da recorrente é a revenda de veículos. É inconcebível negar que a intermediação de venda de bens demanda uma elevada movimentação bancária, sem que necessariamente essa movimentação pertença ao intermediador e impossível ser ela 100% lucro, sem qualquer custo.

Mas para não alongar o assunto, tão teratológico, basta dizer que existe previsão legal para omissão de receita, e não existe previsão legal para considerar depósitos lucros.

Por isso, ante a ausência de escrituração contábil da recorrente, a solução impositiva sem dúvidas é a adoção do método de arbitramento do lucro. Neste sentido já se manifestou este conselho:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ Ano-calendário: 2004. [...] NÃO APRESENTAÇÃO DE ESCRITURAÇÃO. ARBITRAMENTO DO LUCRO. Não atendendo a contribuinte às intimações para apresentação de sua escrituração contábil e fiscal, o arbitramento do lucro é o único método possível para determinação das bases tributáveis do IRPJ e da CSLL, ensejando, também, a sistemática cumulativa para apuração da contribuição ao PIS e da Cofins. (CARF. Acórdão nº 1201-000.868. PAF nº 16095.000446/2008-28. Rel. Cons. Rafael Correia Fuso, Sessão: 11/09/2013) (grifou-se).

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. Ano-calendário: 2003, 2004 [...] ARBITRAMENTO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. A inexistência de escrituração na forma das leis comerciais e fiscais justifica o arbitramento do lucro. Uma vez adotado o arbitramento, descabe, no julgamento, o aproveitamento de custos no âmbito do PAF. (CARF. Acórdão nº 1802-002.387. PAF nº 11516.006265/2008-93. Rel. Cons. Gustavo Junqueira Carneiro Leão. Sessão: 22/10/2014).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ. Ano-calendário: 2007 [...] FALTA DE APRESENTAÇÃO DA ESCRITURAÇÃO. ARBITRAMENTO DO LUCRO. O fato de a pessoa jurídica deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da sua escrituração comercial e fiscal, autoriza o arbitramento dos lucros, obedecendo aos critérios estabelecidos na lei. (CARF. Acórdão nº 1301-001.607. PAF nº 13864.720215/2011-93. Rel. Cons. Carlos Augusto de Andrade Jenier. Sessão: 26/08/2014).

Em tempo, destaca-se que o art. 532, do Decreto nº 3.000/99, dispõe o seguinte:

*Art. 532. O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, observado o disposto no art. 394, § 11, quando conhecida a receita bruta, será determinado mediante a **aplicação dos percentuais fixados no art. 519 e seus parágrafos, acrescidos de vinte por cento** (Lei nº 9.249, de 1995, art. 16, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 27, inciso I) (grifou-se).*

É dizer, mesmo pelo método arbitrado, o lucro em verdade corresponde a um percentual da receita bruta, de acordo com a atividade empresária desenvolvida pelo contribuinte.

Como o AFRFB não fora diligente neste aspecto, a medida que se impõe é a anulação do lançamento relativo ao ano-calendário 2005.

Em razão do exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso voluntário para anular o lançamento do crédito tributário relacionado ao ano-calendário 2005, tanto com relação ao IRPJ e CSLL quanto ao PIS e a COFINS, conforme fundamentação exposta acima.

Ressalta-se que, quanto ao PIS e COFINS, se a metodologia do Lucro Real é inadequada para apurar a forma de tributação do contribuinte, tais tributos não poderiam ter sido lançados com base nas leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, mas deveriam ter sido apurados pelo sistema da cumulatividade. Assim não estão tais tributos corretamente lançados e padecem de fundamentação legal adequada tanto no TVF quanto no Auto de Infração.

2. Caráter confiscatório da multa de ofício e da inconstitucionalidade da base de cálculo do PIS/COFINS

Alega a recorrente que o lançamento da multa realizada na constituição do crédito é inconstitucional, por ofender ao princípio do não-confisco.

Ao expor seu raciocínio, defende que:

O legislador brasileiro pecou por omissão. A existência de dispositivo legal específico, que positivasse um teto ao impositor de penalidades, constituiria uma barreira de difícil transposição àquele, e, principalmente, uma defesa legal ao contribuinte lesado. E não é outra solução a que nos oferece Sacha Calmon, em seguida a brilhante, embora breve, exposição sobre o tema. [...]

*Devemos nos ater à pilares mais palpáveis, o que o eminente mestre mineiro sugere é medida para o por vir. **O impositor de sanções deve regular sua atividade pelo princípio discricionário sim; no entanto, o fazendário não pode, fazendo tábula rasa do célebre princípio do não confisco, promover, ao seu puro talante, o lançamento de penalidades escorchantes, de modo a ultrajar axiomáticamente os mens legis do art. 150, IV, da nossa Lei Maior. (grifou-se).***

Em tópico distinto, a recorrente alega também a inconstitucionalidade da base de cálculo das contribuições para o PIS e para a COFINS, estatuída pela Lei n. 9.718/98, nos seguintes termos:

Falha mais uma vez o agente atuante, quando utiliza para base de cálculo para a apuração do PIS e da COFINS, as normas introduzidas pela Lei n. 9.718/98, uma vez que a mesma é notoriamente inconstitucional, senão vejamos.

A partir do mês de competência fevereiro/99, através da Lei n.º 9.718/98, as citadas contribuições tiveram a sua base alargada, passando a ser calculada com base na receita bruta e não mais sobre o faturamento. Outrossim, também foi elevada a alíquota da COFINS, passando de 2% (dois por cento) para 3% (três por cento).

Entretanto, não devem prevalecer tais alterações, tendo em vista que a alteração da base de cálculo do PIS e da COFINS, e a majoração de alíquota desta última, afrontam a Constituição Federal e a Lei Complementar 70/91, pelos seguintes fatos e fundamentos, verbis: [...]

Como visto, a base de cálculo utilizado pelo agente atuante para a constituição do crédito tributário é notoriamente ilegítimo, haja vista que o fundamento legal utilizado pela mesma é notoriamente inconstitucional. (grifou-se).

Como acontece em defesas dessa natureza, a insurgência ataca a previsão abstrata da lei. Isto significa que votar pela procedência do recurso implicaria afastar uma lei vigente, o que somente poderia ser feito se houvesse vício de inconstitucionalidade reconhecido por uma das formas previstas no art. 26-A, §6º, Dec. 70.235/72, o que não é o caso.

Portanto, por força da competência deste Conselho, tal provimento não é possível, nos termos dispostos pela súmula nº 2 do CARF:

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

Vale consignar que outro seria o tratamento jurídico caso fosse ventilado o desajuste entre a previsão abstrata da lei e a aplicação desta pelo agente fiscal, pois tal

constatação se inseriria perfeitamente na competência deste Conselho (art. 1º, do Anexo I da Portaria MF n. 256/2009 – RICARF).

Tendo em vista que a recorrente se insurge contra a lei posta, e não quanto à sua aplicação, isto é, invoca o princípio do não-confisco para combater a previsão legal da multa, e a inconstitucionalidade da lei nº 9.718/98, para afastar a incidência do PIS e da COFINS, tem-se a impossibilidade deste Conselho de realizar qualquer juízo de valor sobre o tema, razão pela qual voto pelo desprovimento do recurso neste ponto.

Dessa forma, voto pelo não provimento do recurso voluntário, conforme razões expostas.

3. Da Conclusão

Ante ao exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso voluntário para exonerar o IRPJ, CSLL, PIS e COFINS do ano de 2005, nos termos do relatório e voto.

(assinado digitalmente)

Marcio Rodrigo Frizzo - Relator