



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº 10469.720251/2007-45
Recurso nº 165.669 Voluntário
Matéria IRPJ e outros - Ex(s): 2003 a 2005
Acórdão nº 1101-00.121
Sessão de 18 de junho de 2009
Recorrente A A CARVALHO CONSTRUÇÕES EMPREENDIMENTOS LTDA.
Recorrida 3ª TURMA/DRJ-RECIFE-PE

ASSUNTO: IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA

Ano-calendário: 2002 a 2004

Ementa: **NULIDADE DO LANÇAMENTO** - Somente ensejam nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de ampla defesa, hipóteses essas que se encontram ausentes nos presentes autos.

DECADÊNCIA – Diante da ocorrência de dolo, a contagem do prazo para efeito de decadência, inicia-se a partir do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

IRPJ – DEPÓSITOS BANCÁRIOS – OMISSÃO DE RECEITAS - PRESUNÇÃO LEGAL - 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.

IR-FONTE – PAGAMENTOS A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS - Não há que se falar em bitributação quando exige-se IR-FONTE juntamente com o IRPJ e reflexos, eis que referidos lançamentos possuem fundamentação legal e bases de cálculo distintas.

ÔNUS DA PROVA - Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a comprovar a origem dos recursos informados para acobertar a movimentação financeira.

MULTA DE OFÍCIO – Evidenciado nos autos do processo administrativo o evidente intuito de fraude, correta a aplicação de multa de ofício qualificada no percentual de 150%.

CONSTITUCIONALIDADE/LEGALIDADE DE NORMAS INSERIDAS LEGALMENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO - Súmula 1ºCC nº 2: 'O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

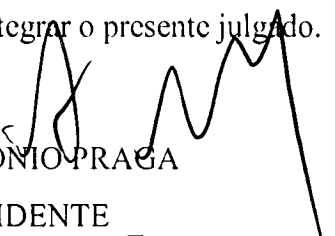
JUROS SELIC - "Súmula 1ºCC n. 4: A partir de 1º. De abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais".

TRIBUTAÇÃO REFLEXA – PIS – COFINS – CSLL - Tratando-se de lançamentos reflexos, a decisão prolatada no lançamento matriz é aplicável, no que couber, aos decorrentes, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

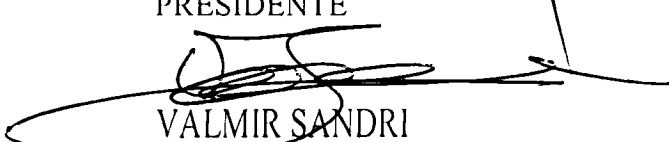
Recurso Voluntário Improcedente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Turma da Primeira Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, em AFASTAR as preliminares suscitadas, e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANTONIO PRAGA

PRESIDENTE


VALMIR SANDRI

RELATOR

Formalizado em: 08 SET 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Sandra Maria Faroni, Valmir Sandri, João Carlos de Lima Júnior, José Ricardo da Silva, Aloysio José Percinio da Silva, José Sérgio Gomes (Suplente Convocado), Alexandre Andrade Lima da Fonseca Filho e Antonio Praga (Presidente).

Relatório

A A CARVALHO CONSTRUÇÕES EMPREENDIMENTOS LTDA, já qualificada nos autos, recorre da decisão proferida pela 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Recife - PE, que por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar de decadência argüida pela contribuinte e, no mérito, JULGOU procedentes os lançamentos efetuados.

De acordo com a autoridade administrativa, o presente processo teve origem em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias, no qual a contribuinte apesar de intimada diversas vezes não apresentou seus livros fiscais e contábeis, razão pela qual foi arbitrado o seu lucro, considerando as receitas decorrentes das seguintes atividades: (a) prestação de serviços cujas notas fiscais foram emitidas pela empresa e obtidas pela fiscalização mediante solicitação às diversas prefeituras municipais a quem a empresa fiscalizada prestou serviços; (b) prestação de serviços, também prestados a diversas prefeituras municipais e obtidos da Relação de Empenhos fornecida pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte e; (c) depósitos bancários efetuados em suas contas bancárias, cuja origem a contribuinte não comprovou.

Dessa forma, foram lavrados os autos de infração a título de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ, fls. 11/19), no valor de R\$ 117.136,64, Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS, fls. 28/32), no valor de R\$ 50.929,40, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS, fls. 40/44), no valor de R\$ 235.061,36, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL, fls. 52/57), no valor de R\$ 84.317,40.

Foi lavrado, ainda, auto de infração a título de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF, fls. 66/72), no valor de R\$ 2.260.134,79, uma vez que a contribuinte apesar de intimada diversas vezes não comprovou a que se referiam os pagamentos efetuados a beneficiários não identificados por meio de suas contas bancárias, formalizando crédito tributário no montante total de R\$ 2.747.579,59, já incluídos os juros de mora calculados até 31.05.2007 e a multa proporcional de 150%.

Observa-se, ainda, que consta Representação Fiscal para Fins Penais (Processo nº 10469.720252/2007-90), em apenso ao presente processo.

Cientificada dos lançamentos em 25.06.2007, a Contribuinte apresentou em 23.07.2007, sua impugnação às fls. 999/1.032, juntando, ainda, os documentos de fls. 1.033/1.039, alegando em síntese que:

- (i) Inicialmente, afirma que a multa aplicada de 150% tem caráter confiscatório, razão pela qual deve ser cancelada. Não podendo a mesma ser justificada pela ausência de escrituração e não declaração de receitas, uma vez que inexistiu dolo.
- (ii) Alega que a cobrança de juros de mora pela TRD e pela Taxa Selic é ilegal e inconstitucional, devendo, também esta ser cancelada.
- (iii) Esclarece que pareceres da COSIT concluem serem improcedentes os lançamentos reflexos quando o regime de apuração for o lucro arbitrado.
- (iv) Destaca que o STF declarou a inconstitucionalidade do §1º da art. 3º da Lei nº 9.718/1998, que alterou o conceito de receita bruta para fins de incidência de PIS e COFINS.
- (v) Afirma que não houve no presente caso crime contra a ordem tributária, motivo pelo qual deve ser julgada improcedente a Representação Fiscal para Fins Penais, da qual não tomou ciência.
- (vi) Salaria que o crédito lançado a título de IRRF referente aos fatos geradores de janeiro a maio de 2002, foi atingido pela decadência. Destaca que o IRRF é de incidência exclusiva, ou seja, não pode ser tributado em concorrência com o IRPJ e reflexos.

- (vii) Dessa forma, acredita que a autoridade administrativa não poderia adivinhar ter havido pagamento a beneficiário não identificado no comprovante de pagamento, nem poderia afirmar que houve pagamento sem causa a partir dos comprovantes das transações.
- (viii) Sendo assim, afirma que houve bitributação, face à conjugação do movimento bancário e das notas fiscais de serviços que originaram o lançamento do IRPJ, bem assim dos saques que motivaram a exigência do IRRF.
- (ix) Observa que ao contrário do que entendeu a fiscalização, não houve omissão de receitas no presente caso, uma vez que a documentação e os livros obrigatórios do imposto de renda foram extraviados, em vista de sistemáticos arrombamentos do estabelecimento da empresa, os quais foram comunicados à autoridade policial.
- (x) Destaca que a autoridade fiscal não poderia utilizar seus extratos bancários sem autorização judicial.
- (xi) Finalmente requer a nulidade dos autos de infração.

À vista da Impugnação, a 3ª. Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Recife - PE, por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar de decadência argüida pela contribuinte e, no mérito, julgou procedentes os lançamentos efetuados pelas razões a seguir sintetizadas:

Inicialmente, esclareceram que não obstante a contribuinte tenha requerido a nulidade dos autos de infração, não suscitou qualquer questão que se amolde às hipóteses previstas no Decreto nº 70.235/72. Infere-se, portanto, que na realidade a contribuinte pretende a improcedência dos autos de infração e não a sua nulidade.



Ademais, consignaram que no presente caso não ocorreu qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, razão pela qual não há que se falar em nulidade dos autos de infração.

Rejeitaram a preliminar de decadência do IRRF, relativo aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e maio de 2002, suscitada pela contribuinte, por entender que no caso em tela o prazo decadencial foi deslocado do art. 150, §4º do CTN, para o art. 173, I do mesmo diploma legal, uma vez comprovada a ocorrência do dolo, ou seja, o Fisco tinha até 1º de janeiro de 2008 para constituir o crédito.

Observaram, ainda, que não tendo ocorrido o pagamento do tributo sujeito ao lançamento por homologação, não há que se cogitar na aplicação do art. 150, §4º do CTN.

No mérito, destacaram que a contribuinte apesar de alegar que teve sua escrituração fiscal extraviada em virtude de arrombamentos de que foi vítima, não comprovou nos autos que tomou todas as providências necessárias nesse caso, mas apenas informou a autoridade policial. Em outras palavras, não cumpriu as exigências previstas no art. 264 do RIR/99, motivo pelo qual concluíram os julgadores que ante a ausência de escrituração fiscal não restou alternativa ao Fisco senão efetuar o arbitramento do lucro da contribuinte.

Em relação à omissão de receitas, consignaram que ao contrário do que pretende demonstrar a contribuinte não houve qualquer superposição das receitas omitidas, sendo as receitas de serviços constatadas através da documentação obtida juntamente as prefeituras municipais e ao Tribunal de Contas do Rio Grande do Norte, fls. 142/143, distintas daquelas constadas através dos comprovantes bancários, fls. 144/145.

Esclareceram que a contribuinte equivoca-se ao arguir a necessidade de autorização judicial para a utilização de seus extratos bancários. Isto porque, o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724/2001, autoriza a Receita Federal a requisitar informações às instituições financeiras acerca da movimentação bancária dos contribuintes, independentemente de consentimento judicial, desde que haja procedimento fiscal em curso como no presente caso e os exames sejam considerados indispensáveis.

Destacaram, ainda, que a ação fiscal foi deflagrada em vista da incompatibilidade entre valores declarados pela empresa e os valores por ela movimentados em contas bancárias, estes últimos indicados a partir da incidência da CPMF, tendo a contribuinte deixado de apresentar a fiscalização os extratos bancários solicitados.

Em relação ao IRRF após transcrever os arts. 674 e 675 do RIR/99, ressaltaram que o pressuposto material para caracterização da infração tipificada no mencionado dispositivo é a constatação de que tenha ocorrido, como de fato esta provado nos autos, pagamento ou entrega de recursos, contabilizados ou não, quando não identificado o beneficiário ou quando não comprovada a operação ou a sua causa.

Salientaram que diversamente do que supõe a contribuinte, é de sua incumbência informar a que se referem os débitos em suas contas, bem assim à causa da operação e o beneficiário do pagamento ou entrega dos recursos.

Observaram que a tributação na fonte não se confunde em nada com a omissão de receita. A tributação na fonte constitui forma autônoma erigida pelo legislador, mediante o disposto no art. 61 da Lei nº 8.981/1995, matriz legal dos arts. 674 e 675 do RIR/99. Na exigência do IRPJ e reflexos, a empresa é contribuinte do tributo, e este vai incidir sobre a disponibilidade econômica de renda ou sobre o faturamento, representados pela receita que se constatou omitida. Na incidência do IRRF a contribuinte e beneficiária dos pagamentos e é sobre esta base de cálculo que incide o tributo, sendo que, na hipótese de pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado, a fonte pagadora é responsável pelo recolhimento do imposto na forma de tributação exclusiva, ou seja, não mais exige o tributo do beneficiário do pagamento.

Nesse sentido, concluíram que constatada a ocorrência de recursos entregues a terceiros ou a sócios, escriturados ou não, sem a comprovação da causa, está-se diante da subsunção do fato concreto à hipótese abstrata contida no art. 61 da Lei nº 8.891/1995, sendo de rigor a constituição do crédito tributário correspondente ao IRRF, independentemente de se perscrutar se os valores advieram de receitas omitidas ou não.



Quanto aos lançamentos reflexos, em face da íntima relação de causa e efeito existente entre o lançamento matriz e os reflexos, os julgadores aplicaram a estes as mesmas razões de decidir do lançamento principal (IRPJ).

Consignaram que a contribuinte fez uma leitura equivocada dos Pareceres COSIT nºs 15 e 16, ambos de 11 de março de 2005, que na verdade esclarecem que o arbitramento do lucro por si só não enseja o lançamento do PIS e da COFINS como reflexos do IRPJ, o que não é definitivamente o caso, uma vez que o que motivou os lançamentos reflexos não foi o arbitramento do lucro, mas sim a omissão de receitas, nos termos do art. 24 da Lei nº 9.249/1995.

Em relação à alegação de inconstitucionalidade do art. 3º, §1º da Lei nº 9.718/1998, que alterou o conceito de receita bruta para fins da incidência do PIS e da COFINS, verificaram que a decisão do STF foi proferida em sede de controle difuso, não tendo, portanto, efeito *erga omnes*.

Esclareceram que a aplicação da multa qualificada de 150% decorre de expressa previsão legal, uma vez que o art. 44, II da Lei nº 9.430/96 estabelece a ampliação da penalidade nos casos de evidente intuito de fraude. Dessa forma, entenderam que evidenciada a intenção da contribuinte de sonegar tributos, correta a aplicação da multa em seu percentual qualificado.

Quanto às alegações de ilegalidade da aplicação da taxa Selic e do caráter confiscatório da multa aplicada, observaram os julgadores que não compete a autoridade administrativa a análise de constitucionalidade/ilegalidade de normas inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, competência esta exclusiva do Poder Judiciário.

Esclareceram que ao contrário do que entendeu a contribuinte não há no caso em tela a cobrança de TRD (Taxa Referencial Diária).

Registraram que as decisões mencionadas pela contribuinte somente produzem efeitos entre as partes envolvidas. Sendo a atividade administrativa vinculada e obrigatória sob pena de responsabilidade funcional, não cabe a autoridade administrativa fazer

qualquer juízo de valor, mas apenas aplicar as leis inseridas legalmente no ordenamento jurídico pátrio.

Finalmente, destacaram que não é necessária nesta fase processual a ciência do contribuinte da Representação Fiscal para Fins Penais, na medida em que esta se destina ao Ministério Público, a quem compete oferecer a denúncia ao juízo criminal, onde os envolvidos poderão exercer o contraditório e a ampla defesa.

Pelo exposto, os julgadores rejeitaram a preliminar de decadência suscitada pela contribuinte e, no mérito, julgaram procedentes os lançamentos efetuados.

Intimada da decisão de primeira instância em 16.11.2007, às fl. 1066, a contribuinte recorreu a este E. Conselho de Contribuintes, tempestivamente, em 17.12.2007, às fls. 1067/1109, juntando, ainda, os documentos de fls. 1110/1111, alegando basicamente os mesmos argumentos apresentados em sua impugnação, quais sejam:

Inicialmente, afirma que a multa aplicada de 150% tem caráter confiscatório, razão pela qual deve ser cancelada. Não podendo a mesma ser justificada pela ausência de escrituração e não declaração de receitas, uma vez que inexistiu dolo.

Alega que a cobrança de juros de mora pela Taxa Selic é ilegal e inconstitucional, devendo, também esta ser cancelada.

Esclarece que pareceres da COSIT concluem serem improcedentes os lançamentos reflexos quando o regime de apuração for o lucro arbitrado.

Destaca que o STF declarou a inconstitucionalidade do §1º da art. 3º da Lei nº 9.718/1998, que alterou o conceito de receita bruta para fins de incidência de PIS e COFINS.

Afirma que não houve no presente caso crime contra a ordem tributária, motivo pelo qual deve ser julgada improcedente a Representação Fiscal para Fins Penais, da qual não tomou ciência.



Salienta que o crédito lançado a título de IRRF referente aos fatos geradores de janeiro a maio de 2002, foi atingido pela decadência. Destaca que o IRRF é de incidência exclusiva, ou seja, não pode ser tributado em concorrência com o IRPJ e reflexos.

Dessa forma, acredita que a autoridade administrativa não poderia adivinhar ter havido pagamento a beneficiário não identificado no comprovante de pagamento, nem poderia afirmar que houve pagamento sem causa a partir dos comprovantes das transações.

Sendo assim, afirma que houve bitributação, face à conjugação do movimento bancário e das notas fiscais de serviços que originaram o lançamento do IRPJ, bem assim dos saques que motivaram a exigência do IRRF.

Observa que ao contrário do que entendeu a fiscalização, não houve omissão de receitas no presente caso, uma vez que a documentação e os livros obrigatórios do imposto de renda foram extraviados, em vista de sistemáticos arrombamentos do estabelecimento da empresa, os quais foram comunicados à autoridade policial.

Destaca que a autoridade fiscal não poderia utilizar seus extratos bancários sem autorização judicial.

Finalmente requer a nulidade dos autos de infração.

É o relatório.

Voto

Conselheiro VALMIR SANDRI, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos para a sua admissibilidade. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Conforme se depreende do relatório, a Recorrente se insurge contra a decisão de primeira instância que manteve a exigência fiscal relativa ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ e seus reflexos, relativo ao ano-calendário de 2002, 2003 e 2004 (fls. 1041/1054), decorrente do arbitramento do lucro com base na receita bruta conhecida, pelo fato da contribuinte não ter apresentado os livros fiscais e contábeis, apesar de intimada diversas vezes a fazê-lo.

Além do arbitramento do lucro, foi ainda exigido da Recorrente o Imposto de Renda Retido na Fonte, mensalmente, nos anos-calendários acima citados, em virtude de pagamentos a beneficiários não identificados ou pagamentos sem causa, pois a contribuinte não comprovou, apesar de intimada, a que se referiam os pagamentos efetuados por meio de suas contas bancárias.

Em sua defesa a contribuinte alega em síntese que: (i) a multa aplicada de 150% tem caráter confiscatório; (ii) não houve a intenção de omitir receitas; (iii) é ilegal e inconstitucional a cobrança de juros de mora com base na taxa Selic; (iv) os Pareceres COSIT concluem serem improcedentes os lançamentos reflexos quando o regime de apuração for o lucro arbitrado; (v) o STF declarou a inconstitucionalidade do §1º da art. 3º da Lei nº 9.718/1998, que alterou o conceito de receita bruta para fins de incidência de PIS e COFINS; (vi) não houve crime contra a ordem tributária; (vii) o IRRF é de incidência exclusiva, não podendo, portanto, ser exigido juntamente com o IRPJ e Reflexos, sob pena de haver bitributação; (viii) o crédito lançado a título de IRRF referente aos fatos geradores de janeiro a maio de 2002, foi atingido pela decadência; (ix) seus livros fiscais foram extraviados, em vista



de sistemáticos arrombamentos; (x) a autoridade fiscal não poderia utilizar seus extratos bancários sem autorização judicial.

Preliminarmente, importante observar que ao contrário do que pretende demonstrar a contribuinte em seu recurso, o presente lançamento não padece de qualquer vício de ilegalidade que justifique a sua declaração de nulidade. Isto porque, não vislumbro qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, bem como outros que a justifique; pelo contrário, a contribuinte demonstrou conhecer perfeitamente todas as acusações que lhe foram imputadas pelas autoridades administrativas e delas se defendeu, exercendo, portanto, seu direito a ampla defesa, bem assim, o procedimento administrativo seguiu fielmente os ditames previsto no Decreto n. 70.235 para a constituição do crédito tributário.

Quanto à alegação da contribuinte de que o lançamento não teria observado o princípio garantido constitucionalmente do não confisco, além de ter aplicado alíquota declarada inconstitucional pelo STF e base de cálculo que incluía receitas diversas, importante observar que a esfera administrativa não é o foro adequado para apreciar a ilegalidade e/ou inconstitucionalidade de normas inseridas legalmente no ordenamento jurídico pátrio, hipótese esta de competência exclusiva do Poder Judiciário, devendo este se limitar a aplicá-la, sem emitir qualquer juízo de valor acerca da sua constitucionalidade ou outros aspectos de sua validade, a não ser nos casos em que a norma em discussão já tiver sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, ou no difuso, este a partir do momento e na hipótese de produzir efeitos “erga omnes”.

Quanto à arguição de confisco, a Constituição Federal, em seu art. 150, IV, veda a utilização de tributo com o efeito de confisco. Trata-se de limitação ao poder de tributar que visa evitar o excesso de carga tributária, que implique agravamento exagerado na situação do contribuinte. Porém, não existe um patamar pré-definido que permita dizer que um tributo tem ou não efeito confiscatório, cabendo essa valoração ao legislador ou mediante provocação ao órgão judicante competente.

Assim, em primeiro plano, pode-se dizer que o princípio do não confisco é uma limitação imposta pelo legislador constituinte ao legislador infraconstitucional, não podendo este último instituir tributo que tenha efeito confiscatório, onerando excessivamente o

contribuinte. Em segundo plano, o princípio dirige-se, eventualmente, ao poder judiciário, que deve aplicá-lo no controle difuso ou concentrado da constitucionalidade das leis.

E sendo assim, por estar as multas de ofício previstas em ato legal vigente (art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996), descabida mostra-se qualquer manifestação deste órgão julgador no sentido do afastamento de sua aplicação e/ou eficácia.

Não fosse isto, é de se observar que tal hipótese – não apreciação -, já é, inclusive, sumulada por este E. Conselho, por intermédio da Súmula 1º. CC nº 02, *in verbis*:

“Súmula 1º CC nº 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Dessa forma, não compete à instância administrativa a análise sobre a presente matéria, pois a vedação constitucional quanto à utilização de tributo com efeito de confisco dirige-se ao legislador, e não ao aplicador da lei, razão porque, deixo de apreciar o argumento despendido pela Recorrente sob este prisma.

Quanto à alegação de decadência do direito do Fisco constituir o crédito tributário a título de IRRF, com fato gerador ocorrido entre janeiro e maio de 2002, entendo que não há como prosperar a assertiva da Recorrente, pois, como visto acima, ocorreu à hipótese prevista no final do § 4º, art. 150, do CTN – ocorrência de dolo -, deslocando, portanto, o termo inicial para a contagem do prazo decadencial para o disposto no art. 173, do CTN, vejamos:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:



I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

Portanto, por ter o prazo decadencial se iniciado em 01.01.2003, o Fisco tinha até a data de 31.12.2007 para constituir o crédito tributário. Logo, por ter a contribuinte tomado ciência do Auto de Infração em 25.06.2007, não há o que se falar no presente caso em decadência, razão porque a afasto de plano.

Quanto ao argumento da Recorrente de que a sua conduta em não declarar suas receitas e/ou declará-las de forma equivocada, não constitui crime de natureza fiscal, é de se observar que conforme demonstrado nos autos, sua conduta, no período fiscalizado, foi o de omitir do Fisco, de forma reiterada, via apresentação de DCTFs e DIPJs com valores irrisórios em relação aos realmente auferidos, o que justifica a aplicação da multa qualificada prevista no art. 44, II, da Lei nº 9.430/96, razão porque, no caso ora em exame, mantenho a qualificação da multa de ofício aplicada.

Quanto ao arbitramento do lucro, é de se observar que o procedimento foi adotado pela autoridade fiscal, pelo fato de a contribuinte não ter apresentados os livros fiscais e contábeis solicitados, a despeito de ter sido intimada diversas vezes a fazê-lo, ao argumento de que os mesmos haviam sido extraviados/furtados. Ocorre que a contribuinte não comprovou nos autos que tomou todas as providências necessárias para esta hipótese, tendo apenas informado a autoridade policial, ou seja, não cumpriu na integralidade as exigências previstas no art. 264 do RIR/99.

Em relação à omissão de receitas, ao contrário do que pretende demonstrar a contribuinte não houve qualquer superposição das receitas omitidas, sendo as receitas de serviços constatadas através da documentação obtida juntamente as prefeituras municipais e ao

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte, fls. 142/143, distintas daquelas constatadas através dos comprovantes bancários, fls. 144/145.

Ademais, como bem salientado na decisão *a quo*, a contribuinte equivoca-se ao arguir a necessidade de autorização judicial para a utilização de seus extratos bancários. Isto porque, o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724/2001, autoriza a Receita Federal a requisitar informações às instituições financeiras acerca da movimentação bancária dos contribuintes, independentemente de consentimento judicial, desde que haja procedimento fiscal em curso como ocorre no presente caso, e os exames sejam considerados indispensáveis.

O fato é que, na ausência dos livros fiscais e contábeis, não restou outra alternativa a fiscalização senão arbitrar o lucro da contribuinte com base na sua receita bruta, fornecida a fiscalização pelos tomadores dos serviços, bem como nas informações constantes das movimentações financeiras da Recorrente.

De acordo com a lei, é obrigação de a contribuinte manter em boa guarda sua escrituração fiscal e contábil e apresentá-la ao Fisco quando solicitada, senão vejamos.

“Art. 264. A pessoa jurídica é obrigada a conservar em ordem, enquanto não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, os livros, documentos e papéis relativos a sua atividade, ou que se refiram a atos ou operações que modifiquem ou possam vir a modificar sua situação patrimonial (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 4º).

§ 1º Ocorrendo extravio, deterioração ou destruição de livros, fichas, documentos ou papéis de interesse da escrituração, a pessoa jurídica fará publicar, em jornal de grande circulação do local de seu estabelecimento, aviso concernente ao fato e deste dará minuciosa informação, dentro de quarenta e oito horas, ao órgão competente do Registro do Comércio, remetendo cópia da comunicação ao órgão da Secretaria da Receita Federal de sua jurisdição (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 10).

§ 2º A legalização de novos livros ou fichas só será providenciada depois de observado o disposto no parágrafo anterior (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 10, parágrafo único).

§ 3º Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública



constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios (Lei nº 9.430, de 1996, art. 37).”

Portanto, tendo em vista que a contribuinte não comprovou nos autos ter cumprido todos os requisitos elencados no artigo acima transcrito, correto o arbitramento do lucro efetuado pela fiscalização com fundamento no art. 530 do RIR/99, que prevê:

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 conter 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 utilizadas para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário.

Necessário observar, ainda, que configuram omissão de receita, por presunção legal, os valores creditados em conta de depósito do sujeito passivo mantida em instituição financeira, quando, regularmente intimado, o contribuinte deixa de comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a improcedência do lançamento.

No processo administrativo, como se sabe, o ônus da prova, por presunção legal, é da contribuinte, cabendo a ela comprovar a origem dos recursos informados

para acobertar a movimentação financeira. Se não o fez, é porque de fato ocorreu a omissão de receitas, cabendo dessa forma a exigência lançada.

Pelo acima exposto, verifica-se que o lançamento em questão decorre de presunção legal, não havendo, portanto, qualquer falha e/ou imprecisão na base de cálculo do tributo, muito menos ofensa a princípios garantidos constitucionalmente, eis que havia um antecedente texto de lei autorizando que se procedesse ao lançamento para a exigência do tributo quando a contribuinte regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Nesse sentido, importante transcrever o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430/96, *in verbis*:

“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.”

Com base no dispositivo acima transcrito, verifica-se que a partir de 01/01/1997 – entrada em vigor da Lei nº 9.430 -, 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 a outras já existentes no ordenamento jurídico, sendo que a partir daí, 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 *ônus 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 bancários, mas estabelecer uma conexão, um nexo causal, entre tais depósitos e alguma exteriorização de riqueza e/ou operação concreta do sujeito passivo que pudesse dar ensejo à omissão de receitas.

O fato é que após a edição da Lei nº 9.430/1996, a movimentação bancária mantida ao largo da escrituração contábil da empresa ou sem comprovação adequada, presume-



se realizada com valores omitidos à tributação, salvo prova em contrário, não se aplicando, portanto, mais o entendimento exarado na Súmula 182 do extinto TRF, que 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 luz do Decreto-lei nº 2.471/88.

Portanto, ao fisco cabe provar o fato constitutivo do seu direito, no caso em questão, a existência de depósito bancário sem origem comprovada. À contribuinte cabe comprovar, mediante a apresentação de documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, o que não foi feito em nenhum momento do processo, não restando alternativa a fiscalização senão considerar tais depósitos como receitas omitidas e arbitrar o lucro da Recorrente, ante a não apresentação dos livros fiscais e contábeis para que se pudesse apurar o verdadeiro lucro real da contribuinte.

Nesse passo, é de se reiterar 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, nos termos do art. 43 do CTN.

Ao 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 receitas omitidas.

Em relação ao IRRF, conforme preceituam os arts. 674 e 675 do RIR/99, o pressuposto material para caracterização da infração tipificada não é a constatação de que tenha ocorrido, como de fato esta provado nos autos, pagamento ou entrega de recursos, contabilizados ou não, quando não identificado o beneficiário ou quando não comprovada a operação ou a sua causa.

Assim, diversamente do que supõe a contribuinte, é de sua incumbência informar a que se referem os débitos em suas contas, bem assim a causa da operação e o beneficiário do pagamento ou entrega dos recursos.

Necessário frisar, ainda, que ao contrário do que pretende demonstrar a contribuinte, não há qualquer ilegalidade na incidência do IRRF juntamente com o IRPJ e reflexos. Isto porque, os referidos lançamentos possuem fundamentação legal e bases de cálculo distintas, não havendo o que se falar em bitributação.

Em outras palavras, a incidência do IRRF encontra amparo legal nos arts. 674 e 675 do RIR/99, sendo, portanto, forma autônoma e distinta do IRPJ.

De fato, a tributação na fonte não se confunde em nada com a omissão de receita, eis que constitui forma autônoma erigida pelo legislador, mediante o disposto no art. 61 da Lei nº 8.981/1995, matriz legal dos arts. 674 e 675 do RIR/99.

Na exigência do IRPJ e reflexos, a empresa é contribuinte do tributo, e este vai incidir sobre a disponibilidade econômica de renda ou sobre o faturamento, representados pela receita que se constatou omitida.

Já na incidência do IRRF, a contribuinte é a beneficiária dos pagamentos e é sobre esta base de cálculo que incide o tributo, sendo que, na hipótese de pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado, a fonte pagadora é responsável pelo recolhimento do imposto na forma de tributação exclusiva, ou seja, não mais exige o tributo do beneficiário do pagamento, mas sim, da fonte pagadora.

Nesse sentido, constatada a ocorrência de recursos entregues a terceiros ou a sócios, escriturados ou não, sem a comprovação da causa, está-se diante da subsunção do fato concreto à hipótese abstrata contida no art. 61 da Lei nº 8.891/1995, sendo de rigor a constituição do crédito tributário correspondente ao IRRF, independentemente de se perscrutar se os valores advieram de receitas omitidas ou não.

Ainda no mérito, cabe enfatizar por fim que a contribuinte fez uma leitura equivocada dos Pareceres COSIT nºs 15 e 16, ambos de 11 de março de 2005, que na verdade esclarecem que o arbitramento do lucro por si só não enseja o lançamento do PIS e da COFINS como reflexos do IRPJ, o que não é definitivamente o caso, uma vez que o que motivou os



lançamentos reflexos não foi o arbitramento do lucro, mas sim a omissão de receitas, nos termos do art. 24 da Lei nº 9.249/1995.

Quanto à alegação de ilegalidade da aplicação da taxa SELIC para o cálculo dos juros moratórios, é de se observar que a mesma está sendo aplicada em consonância com os dispositivos legais validamente editados, no caso, a Lei nº 8.981/95 que estabeleceu, no seu art. 84, I, que os juros de mora seriam equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional, relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna. A MP nº 947, de 23/03/1995, em seus arts. 13 e 14, alterou o disposto para juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, a serem aplicados a partir de 01/04/1995.

Por seu turno, a MP nº 972, de 22/04/1995, convalidou a Medida Provisória anterior e, finalmente, a Lei nº 9.065, de 21/06/1995, no seu art. 13, convalidou o art. 13 das duas Medidas Provisórias antes mencionadas, sendo posteriormente ratificados pelo art. 61 da Lei nº 9.430/96, que vigora até o dia de hoje.

O fato é que a questão dos juros moratórios calculados com base na Taxa Selic não comporta mais discussão neste E. Conselho, tendo em vista que a matéria já se encontra sumulada, vejamos:

“Súmula 1ª CC n. 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais”.

Como se vê, a exigência de juros de mora calculados com base na taxa Selic foi prevista de forma literal no artigo 13 da Lei nº 9.065/95, e no §3º do art. 61 da Lei nº 9.430/96, não havendo, portanto, como afastá-la sem expurgar os dispositivos literais de lei, bem como, a Súmula desse E. Conselho de Contribuintes.

Por fim, a Recorrente suscita a não incidência do PIS//COFINS sobre receitas financeiras. Ocorre que nos presentes autos, as exigências das referidas contribuições foram calculadas com base na receita bruta conhecida – receitas de prestação de serviços -, não

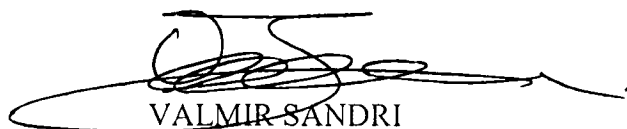
havendo, portanto, o que se falar no presente caso em tributação de receitas financeiras, conforme equivocadamente entende a contribuinte.

Dessa forma, por possuírem os lançamentos decorrentes (CSLL - PIS - COFINS), os mesmos fundamentos fáticos da presente exigência, a decisão aqui prolatada faz coisa julgada em relação aos decorrentes, em vista da íntima relação de causa e efeito que os une.

Pelo exposto, voto no sentido de AFASTAR as preliminares suscitadas, para no mérito NEGAR provimento ao recurso.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 18 de junho de 2009


VALMIR SANDRI

