



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

Processo n° 10865.001224/2010-01
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 1401-001.664 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de julho de 2016
Matéria IRPJ/Reflexos
Recorrente UNICER UNIÃO CERÁMICAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

DECADÊNCIA. DOLO COMPROVADO. IRPJ. CSLL. PIS. COFINS. O direito de a Fazenda Pública rever lançamento por homologação em que o sujeito passivo tenha se utilizado de dolo, fraude ou simulação, extingue-se no prazo de 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM. COMPROVAÇÃO.

Caracterizam-se como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida em 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.

ÔNUS DA PROVA. A prova para não ser considerada mera informação irrelevante deve ser bem articulada, descortinando-se a partir dela de forma sucinta e objetiva todas as conexões existentes com o infração que se deseja infirmar. Esse ônus não é do julgador, mas sim da recorrente.

MULTA QUALIFICADA.

Caracterizado o evidente intuito de fraudar o Fisco, correta a aplicação da multa no percentual de 150%.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Estende-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, AFASTAR a decadência, e, no mérito, pelo voto de qualidade, NEGAR provimento ao recurso, nos termos

Processo nº 10865.001224/2010-01
Acórdão n.º **1401-001.664**

S1-C4T1
Fl. 1.285

do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Ricardo Marozzi Gregorio, Luciana Yoshihara Argangelo Zani e Aurora Tomazini de Carvalho.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto – Relator e Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Marcos de Aguiar Villas Boas, Ricardo Marozzi Gregório, Luciana Yoshihara Argangelo Zani, Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa, Aurora Tomazini de Carvalho, Livia de Carli Germano e Antonio Bezerra Neto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra Acórdão da 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto-SP.

Adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância, compondo em parte este relatório:

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pela empresa supra, segundo consta da descrição dos fatos, foi apurada omissão de receita, nos anos-calendário de 2005, 2006 e 2007, caracterizada pela falta de contabilização de depósitos bancários.

Foram lavrados os seguintes autos de infração:

1 - Imposto sobre a renda de pessoa jurídica (IRPJ) - fls. 2 a 10.

Imposto: R\$ 3.262.324,70

Juros de mora: R\$ 1.123.221,44

Multa Proporcional: R\$ 4.893.487,04

Total: R\$9.279.033,18

Enquadramento legal do imposto: Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, (Regulamento do Imposto de Renda - RIR, de 1999), arts. 249, II, 251 e parágrafo único, 279, 282, 287 e 288; Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 24; Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art.42.

2 - Contribuição para o PIS - fls. 11 a 25.

Contribuição: R\$ 135.082,91

Juros de mora: R\$ 54.547,32

Multa Proporcional: R\$202.624,24

Total: R\$ 392.254,47

Enquadramento legal da contribuição: Lei Complementar (LC) nº 7, de 7 de setembro de 1970, arts. 1º e 3º; Decreto nº 4.524, de 2002, arts. 2º, I, a, e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51.

3 - Contribuição para a Seguridade Social (Cofins) - fls. 26 a 40.

Contribuição: R\$ 623.460,13

Juros de mora: R\$ 251.757,62

Multa Proporcional: R\$ 935.190,10

Total: R\$ 1.810.407,85

Enquadramento legal da contribuição: Decreto nº 4.524, de 2002, arts. 2o, II e parágrafo único, 3o, 10, 22 e 51.

4 - Contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL) - fls. 41 a 50:

Contribuição: R\$ 1.200.356,87

Juros de mora: R\$413.274,46

Multa Proporcional: R\$ 1.800.535,30

Total: R\$3.414.166,63

Enquadramento legal da contribuição: Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, art. 2o e §§; Lei nº 9.249, de 1995, art. 24; Lei nº 9.430, de 1996, art. 28; Lei nº 9.316, de 1996, art. 1o; Lei nº 10.637, de 2002, art. 37

Consta no Relatório de Fiscalização que a auditoria foi motivada pela representação fiscal de fls. 77/83, decorrente de ação fiscal realizada na empresa Múltipla Assessoria e Cobrança Ltda., CNPJ 05.542.652/0001-71, na qual se concluiu que eram a Unicer e sua controladora as efetivas proprietárias dos recursos financeiros depositados nas contas tituladas pela Múltipla.

Foi constatado pela fiscalização:

- 1) Que a movimentação financeira apurada nos extratos da Múltipla, seja pela quantidade de operações seja pela especificidade de alguns lançamentos, evidencia ser própria de empresa industrial/mercantil;
- 2) Comprovou-se a realização de operações de factoring entre a Unicer e a Interativy Factoring Fomento Mercantil Ltda., cujos valores foram transferidos via TED pela compradora dos títulos para as contas bancárias da Múltipla;
- 3) Emissão em numeração seqüencial e mensal de notas fiscais de prestação de serviços pela Múltipla, exclusivamente para a mesma destinatária, a Unicer;
- 4) Inexistência de registro nos sistemas da RFB sobre movimentação financeira em nome da Unicer, nos anos de 2005, 2006 e 2007;
- 5) Encontram-se escriturados no caixa da Unicer os valores líquidos transferidos pela Interativy para a conta nº 13620-4, titulada pela Múltipla, referentes às operações de factoring realizadas com os títulos emitidos pela Unicer;
- 6) Inúmeros documentos contabilizados pela Unicer foram liquidados com recursos sacados das contas bancárias tituladas pela Múltipla.

A fiscalização apurou a movimentação financeira ocorrida nas contas bancárias da Múltipla atribuída à Unicer, e intimou-a a comprovar a origem dos recursos que lhes deram causa.

Apurando-se depósitos de origem não comprovada, foi efetuado o lançamento de ofício, aplicando-se a multa de 150%.

Notificada do lançamento a contribuinte ingressou, em 12/05/2010, com a impugnação de fls. 356 a 370, alegando:

• O Fisco considerou em seu relatório que a sua contabilidade era inadequada, incompleta e sem os elementos necessários para a real apuração do lucro real. O próprio fiscal menciona no relatório que "grande parte da movimentação financeira, os depósitos não comprovados, demonstrados acima, ficaram à margem da contabilidade. Milhares de operações bancárias (depósitos, transferências, saques, estornos, cheques compensados, débitos automáticos a favor da Elektro, da Telefônica, referentes às contas de energia elétrica e telefone em nome da Unicer, débitos relativos a pagamentos de funcionários, etc.) - tudo isso foi omitido da escrituração da contribuinte, proporcionando a sucessiva apuração de prejuízos fiscais, tal como se verificou nos anos calendários 2005, 2006 e 2007/":

Assim, como é possível, na ausência de lançamentos contábeis de receitas e despesas, apurarem o real resultado contábil da empresa????

• Além das milhares de operações que o Fisco afirma que não foram contabilizadas, junta-se nessa oportunidade, a título de amostragem, outros documentos que não foram contabilizados anteriormente. O que por mais uma vez vem reafirmar que o lucro apurado pelo Fisco está muito longe de ser o Real (anexo I);

• Considere-se, ainda, que a expressão "lucro real" não admite presunções, para tal ter-se-ia como única possibilidade de tributação o regime do lucro arbitrado;

• Não há como admitir que a totalidade dos depósitos que ingressaram na conta corrente da impugnante, trate de 100% de lucro. Não há como valer-se somente dos extratos bancários, como se vê na súmula 182 do TFR;

• O regime de tributação utilizado pelo Fisco (lucro real) está em descompasso com todos os fatos apresentados nesse auto de infração e, o pior, lesa a contribuinte com uma tributação muito mais onerosa. E ao Fisco cabe cobrar unicamente o que é realmente devido;

• O presente processo originou-se do MPF nº 08112002008/00182-3 da empresa Múltipla Assessoria e Cobrança Ltda. (CNPJ 05.542.652/0001-71), que ao ser considerada inapta pelo Fisco, migrou a totalidade dos seus valores para as empresas Unicer União Cerâmicas Ltda. e Argila Bosqueiro Mineração, Comércio e Transportes Ltda. (CNPJ 58.425.752/0001-84). Da totalidade dos depósitos bancários "pertencentes" a empresa Múltipla o Fisco considerou como valores tributáveis para a impugnante o montante de R\$ 28.956.967,81, referentes aos anos de 2005 a 2007. No ano de 2005, foi atribuído à impugnante o montante de R\$ 9.189.302,84 como "depósitos bancários", sendo R\$ 8.659.456,95 da conta corrente nº 13.620-4 e R\$ 529.845,95 da conta nº 16.124-1, ambas do Bradesco;

• Na conta nº 13.620-4 o Fisco considerou como depósitos a entrada dos créditos de desconto de cheques, sem expurgar o valor de R\$ 155.291,96 relativo a cheques que foram debitados (estornados) por insuficiência de saldos. Na citada conta nº 13.620-4 o autuante deixou de considerar uma operação de transferência de mesma titularidade no valor de R\$ 82.000,00, embora constasse do próprio histórico do extrato bancário. Na conta nº 16.124-1 deve ser expurgado o valor de R\$ 73.120,95 por tratar-se de resgate de aplicação. Assim, deve ser expurgado o total de R\$ 310.412,91 (anexo II);

- Houve erro de soma nas totalizações mensais, no montante de R\$ 1.226.253,32, sendo R\$ 1.172.576,73 na conta nº 13.620-4 e R\$ 53.676,59 na conta nº 16.1241. Segue no Anexo III a planilha de movimentação bancária redigitada, bem como o arquivo digital que a originou. Caso restem dúvidas, requer-se a realização de diligência;
- Depois das correções dos anexos II e III foi elaborada nova planilha (anexo IV), constando a relação dos depósitos (já expurgados os valores conciliados), sendo R\$ 7.652.636,61 o total de depósitos bancários no ano de 2005;
- Tendo sido cientificado da autuação em 12/05/2010, ocorreu a decadência relativamente aos meses de janeiro a abril de 2005;^,
- Tratando-se de presunção não há como qualificar a multa em 150%, sob a alegação de intuito de fraude contra o Fisco, o que se exige somente depois de comprovação cabal. Foi editada a súmula do Conselho de Contribuintes, de aplicação obrigatória, segundo a qual "A simples apuração de omissão de per si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo". Assim, a multa deve ser reduzida a 75%;
- Deve-se verificar, para a aplicação da multa, a capacidade contributiva do sujeito passivo;
- Não restou evidenciada a presença da simulação, dolo ou fraude no presente processo;
- Solicita que as citações e intimações sejam remetidas ao escritório dos patronos do impugnante, na Rua Senador Vergueiro, nº 207, centro, CEP 13480-005, Limeira, São Paulo.

É o relatório.

A DRJ MANTEVE os lançamentos, nos termos das ementas abaixo:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

DEPÓSITO BANCÁRIO. OMISSÃO DE RECEITA. Evidencia omissão de receita a existência de valores creditados em conta de depósito mantida em instituição financeira, em relação aos quais a contribuinte, regularmente intimada, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. -k ,

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

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

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

DECADÊNCIA. DOLO COMPROVADO. IRPJ. CSLL. PIS. COFINS. O direito de a Fazenda Pública rever lançamento por homologação em que o sujeito passivo tenha se utilizado de dolo, fraude ou simulação, extingue-se no prazo de 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

MULTA QUALIFICADA.

Caracterizado o evidente intuito de fraudar o Fisco, correta a aplicação da multa no percentual de 150%.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGUIÇÃO.

A autoridade administrativa é incompetente para apreciar arguição de inconstitucionalidade de lei.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2005, 2006, 2007 DILIGÊNCIA. INDEFERIMENTO.

Estando presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide, indefere-se, por prescindível, o pedido de diligência.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal em face da estreita relação de causa e efeito.

INTIMAÇÃO. ENDEREÇAMENTO.

Feita a eleição pelo sujeito passivo do domicílio tributário, não se admite domicílio especial no processo administrativo.

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs recurso voluntário a este CARF, repisando os tópicos trazidos anteriormente, mormente defendendo que o caso concreto não se trataria de omissão de receita as supostas divergências de valores encontradas pelo Auditor Fiscal, uma vez que os depósitos bancários seriam apenas indícios de sinais exteriores de riqueza, não se caracterizando, por si só, disponibilidade econômica ou acréscimo patrimonial.

Nessa mesma linha de defesa, reforça sua defesa com jurisprudência administrativa e Judicial, do extinto TRF.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator.

O recurso reúne as condições de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Decadência

No tocante ao prazo de decadência, em primeiro lugar, reconhecendo a controvérsia que o tema envolve, ressalvo a minha opinião particular de ter defendido anteriormente que o fato contingente de existir ou não pagamentos não teria o condão de interferir na natureza do tributo sujeito a homologação e por conseqüência aplicar-se-ia a regra do art. 150, § 4º do CTN, ressalvado o caso de fraude ou dolo em que preponderaria a regra do art. 173, I do CTN.

Entretanto, curvo-me a partir à jurisprudência atual do STJ, no sentido de entender que a aplicação do art.150, §4º, do CTN atrai a realização de um pagamento. Na ausência desse pagamento, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se também após 5 (cinco) anos, mas, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art.173, I, do CTN).

Quanto à matéria, adoto, portanto, a posição consolidada do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PETIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL ASSINADA POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. SÚMULA 115/STJ. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

.....

3. Nos créditos tributários relativos à contribuição previdenciária – tributo sujeito a lançamento por homologação – cujo pagamento não foi antecipado pelo contribuinte, caso em que se aplica o art. 173, I, do CTN, deve o prazo decadencial de cinco anos para a sua constituição ser contado a partir do primeiro dia do exercício financeiro seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, escorreito o acórdão recorrido, o qual entendeu pela exigibilidade integral dos débitos referentes ao ano base de 1992.

.....

7. Recurso especial não conhecido.(Segunda Turma, REsp 1154592 / PR, Min. Castro Meira, Julg. 20/05/2010, DJe 02/06/2010).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL.

1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando incoorre o pagamento antecipado pelo contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de ofício substitutivo é determinado pelo artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

2. Orientação reafirmada pela Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp nº 973.733/SC, Relator Ministro Luiz Fux, sob o rito dos recursos repetitivos (Código de Processo Civil, artigo 543-C).

3. Agravo regimental improvido. (Primeira Turma, AgRg no REsp 1120220 / PR, Min. Hamilton Carvalhido, Julg. 18/05/2010, DJe 02/06/2010)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incoorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

.....

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (Primeira Seção, REsp 973.733/SC, Min. Luiz Fux, Julg. 12/08/2009, DJe 18/09/2009)

No caso concreto do IRPJ, onde ficará demonstrado adiante no voto o “evidente intuito de fraude” foi mantido, permanece então a regra do art. 173, I do CTN.

Porém, mesmo que esse não fosse o caso, a regra do art. 150, § 4º do CTN, que é a melhor situação para a Recorrente, produz também o mesmo efeito de se afastar a decadência, senão vejamos.

Para o IRPJ e CSLL a contribuinte apurou o lucro real anual, considerando-se ocorrido o fato gerador no último dia do ano-calendário, ou seja, 31/12/2005. Aplicando-se o art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial teve início de 01/01/2007, e se encerrará em 31/12/2011. Tendo ocorrido a ciência da autuação em 12/05/2010, verifica-se que não ocorreu a decadência do direito de constituir o crédito tributário. Se aplicado a regra do art. 159, § 4º do CTN, o prazo para lançamento se findaria em 31/12/2010, ficando também afastada a decadência.

Quanto à Cofins e ao PIS, pela regra do art. 173, I para os fatos geradores ocorridos no período de janeiro a abril de 2005, o lançamento poderia ser efetuado em 2005, iniciando-se a contagem do prazo decadencial em 01/01/2006 e encerrando-se em 31/12/2010. Verifica-se, assim, que não ocorreu a decadência.

PRESUNÇÃO LEGAL - Depósitos Bancários sem comprovação da origem dos recursos

Conforme relatado, lançou-se IRPJ/Reflexos com base nos depósitos bancários cujas origens não foram comprovadas em conta-corrente de interposta pessoa (2005, 2006 e 2007), fato este até admitido pela Recorrente e não contestado em sua defesa.

Posto isso, o art. 42, da Lei nº 9.430/1996 é cristalino ao determinar que a omissão de receitas pode ser caracterizada por meio de valores creditados em conta de depósito mantida junto à 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.

Ora, como se vê da descrição dos fatos, a empresa não apresentou documentação alguma que comprovasse a origem dos recursos daqueles diversos depósitos. A recorrente não logrou comprovar, através de documentação hábil e idônea, coincidentes em datas e valores, a origem dos recursos recebidos em conta bancária.

Em sede impugnatória e recursal, a interessada ao invés de tentar provar os fatos alegados, se limita a tecer considerações de direito, no sentido de enfraquecer o lançamento por ter sido lastreado apenas em presunções, com base em jurisprudência ultrapassada do extinto TRF, bem assim através considerações genéricas no sentido de afirmar que a origem era conhecida, pois seria oriundo de operações mercantis. Mas essa alegação genérica não é suficiente, pois deve vir acompanhada da prova de que os depósitos foram oferecidos a tributação, o que não foi o caso. Para comprovar suas alegações genéricas deveria ter trazido provas cabais, o que não ocorreu.

Em relação às presunções, a argumentação da recorrente denota um total desconhecimento da existência do art. 42 da Lei nº 9.430-96 que representa um verdadeiro marco em termos de presunção legal de omissão de receitas, *verbis*:

LEI nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 - DOU de 30.12.96

“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.

Tratando-se de uma presunção legal de omissão de rendimentos, o ônus da prova fica invertido, a autoridade lançadora exime-se de provar no caso concreto a sua ocorrência, transferindo o ônus da prova à contribuinte. O contribuinte, por sua vez, não logrando êxito nessa tarefa que se lhe impunha, como ocorre no caso presente, tem-se a autorização para considerar ocorrido o fato gerador, ou seja, por presunção legal se toma como verdadeiro que os recursos depositados representam rendimentos do contribuinte. Por se tratar de uma presunção relativa *juris tantum*, somente a apresentação de provas hábeis e idôneas pode refutar a presunção legal regularmente estabelecida.

Como se vê, diferentemente do alegado, a tributação com base em depósitos bancários de origem não comprovada não representa ofensa, nem ao dispositivo constitucional, nem às disposições do CTN, nem muito menos representa uma presunção simples desprovida de convicção, sem qualquer indício probatório, mas cumprimento do princípio da legalidade.

Por todo o exposto, mantenho o lançamento nesse aspecto.

Suposto erro na apuração da base de cálculo

A interessada repete literalmente suas razões impugnatórias.

Apesar de a DRJ ter refutado uma a uma as suas razões de defesa neste ponto, a recorrente faz ouvido de mercador e repete literalmente suas razões impugnatórias.

Os princípios da ampla defesa e do contraditório garantem ao defendente o direito de tomar conhecimento de tudo o que consta nos autos e de se manifestar a respeito, trazendo para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade.

Apesar desses princípios se caracterizarem como direitos dos contribuintes, estão implícitos nos mesmos, também deveres, de forma a regulamentar o processo para que chegue a um fim. Nesse passo, é inerente ao princípio do contraditório que o processo deva caminhar através de um caráter dialético que perpassa, se for o caso, as duas instâncias do Processo Administrativo Fiscal.

Dessa forma, é imperioso, em acontecendo de a lide atingir a segunda instância, que se ofereçam razões ou contra-argumentações claras e específicas contra não somente a manutenção do lançamento, mas também levando em consideração, um mínimo que seja, o que ficou dito na decisão de primeira instância, mormente em se tratando de matéria probatória, como é o caso. Isso porque as contradições ou erros ainda por ventura existentes por ocasião da decisão de primeira instância devem ser apontadas especificamente para que a

instância *ad quem*, tome conhecimento, e se for o caso, corrija-os e supere-os pela sua atividade sintetizadora de órgão revisor.

Dessa forma, em vista das explicações escuras da decisão de piso e do que se colocou nos parágrafos anteriores, complemento as minhas razões de decidir adotando também os fundamentos utilizados pela decisão de piso, abaixo reproduzidos:

A comprovação da origem dos valores depositados em conta-corrente bancária deve ser detalhada, coincidente em data e valores. Deve ficar claro que o numerário teve origem em valores já tributados pela empresa ou em valores não tributáveis ou tributáveis exclusivamente na fonte.

No caso presente, a fiscalização intimou a empresa a esclarecer e comprovar adequadamente a origem dos recursos depositados em suas contas-correntes, incompatíveis com suas receitas declaradas. Ficou bastante claro no processo que não restou comprovada essa origem durante a ação fiscal. Portanto, a materialidade do fato gerador ficou comprovada.

Na impugnação, a contribuinte alega que o Fisco considerou como depósitos, na conta nº 13.620-4, a entrada dos créditos relativos a desconto de cheques, sem expurgar o valor de R\$ 155.291,96, referente a cheques que foram debitados (estornados) por insuficiência de saldos.

A esse respeito, cabe registrar que a operação de desconto de cheques denota que houve faturamento, não podendo ser desconsiderado simplesmente porque o cliente não honrou com sua obrigação de pagar.

Somente poderia ser feita a exclusão dos valores listados às fls. 1.360 a 1.363 caso ficasse comprovado, com documentação hábil e idônea, que tais débitos são relativos a créditos que foram tributados no presente lançamento e que estes créditos não se referem a receita tributável, o que não ocorreu até o presente momento.

Quanto à "transferência eletrônica disponível-Remet.Múltipla Assessoria e" efetuada em 28/06/2005, no valor de R\$ 82.000,00, a contribuinte não comprova de qual conta bancária provém a Ted, se tem origem em uma conta bancária da própria contribuinte e se tal conta foi fiscalizada, razão pela qual não é possível a exclusão pleiteada.

Com relação aos valores de R\$ 24.260,28 (creditado em 29/08/2005), R\$ 23.852,44 (creditado em 16/09/2005) e R\$ 25.008,23 (creditado em 28/10/2005), a contribuinte alega que se referem a resgate de aplicação efetuados na conta nº 16.124-1. Entretanto, não junta ao processo qualquer prova hábil e idônea de que esses valores não são tributáveis, motivo pelo qual não se pode fazer a exclusão pretendida.

Alega, ainda, a contribuinte, que houve erro de soma nas totalizações mensais e anexa ao processo as planilhas de fls. 1.367 a 1.444.

Analizando tais planilhas e o "demonstrativo de movimentação de conta corrente bancária" elaborado pelo autuante (fls. 146 a 160) conclui-se que não houve qualquer erro, tendo sido considerado no lançamento apenas os valores relativos aos créditos efetuados, sem deduzir as quantias relativas a devoluções de cheques depositados ali relacionadas. Tal demonstrativo tem a única finalidade de discriminar os valores (lançados tanto a débito quanto a crédito) constantes do extrato bancário da empresa Múltipla e que pertenciam à contribuinte.

Dessa forma, considero desnecessária a diligência proposta pela requerente, por entendê-la dispensável para o deslinde do presente julgamento, estando presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide.

Diante do exposto, não se altera o lançamento.

Por todo o exposto, mantenho os lançamentos.

Arbitramento do lucro como instrumento de defesa

A Recorrente novamente questiona a apuração pelo lucro real alegando que inúmeros documentos não foram contabilizados conforme inclusive afirmado pelo autuante. Nesse contexto, alega como argumento de defesa que a única possibilidade seria a tributação pelo regime do lucro arbitrado.

O arbitramento do lucro é uma medida extrema e uma prerrogativa do fiscal a ser utilizado nos estritos casos indicados em lei, sendo assim uma salvaguarda do crédito tributário posta a serviço da Fazenda Pública e não pode ser utilizado pelo contribuinte como mera instrumento de defesa.

A esse respeito a DRJ muito bem se posicionou, não sendo infirmado pela defesa em seu recurso já que repete também literalmente as mesmas razões impugnatórias, motivo pelo qual adoto aqui também como razões adicionais de decidir:

A esse respeito, cabe esclarecer que o arbitramento do lucro, como é cediço, é medida extrema, que só deve ser utilizada pela autoridade fiscal (quando não utilizada previamente pelo próprio contribuinte, conforme art. 531 do RIR, de 1999) se esta entender presentes as situações descritas no art. 530, do citado regulamento, que aqui não se verificaram. A infração apurada não se presta ao propósito de tornar integralmente imprestável a contabilidade da contribuinte. E, diga-se, este é um juízo de prerrogativa da autoridade fiscal.

Segundo o art. 288 do RIR, de 1999 (abaixo transcrito), constatada a omissão de receitas, o valor do imposto de renda e do adicional devem ser apurados segundo o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período de apuração a que corresponder a omissão:

Art. 288. Verificada a omissão de receita, a autoridade determinará o valor do imposto e do adicional serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período de apuração a que corresponder a omissão (Lei nº 9.249, de 1995, art. 24).

Sobre esse tema, transcreve-se a seguinte jurisprudência do Conselho de Contribuinte:

ARBITRAMENTO DE LUCRO POSTULADO EM IMPUGNAÇÃO DE LANÇAMENTO.

O arbitramento de lucros pela autoridade fiscal é uma salvaguarda do crédito tributário posta a serviço da Fazenda Pública e não pode ser utilizado como instrumento de defesa do sujeito passivo para elidir ou reduzir o imposto apurado com base na escrituração. Se a repartição fiscal que arbitrara os lucros, em face de pedido da própria parte e diante dos livros por ela apresentados, após o exame de escrita, faz prevalecer a tributação com base no lucro real, não pode o contribuinte opor dúvidas não comprovadas sobre a veracidade de sua escrituração para obter o

restabelecimento do lançamento original, que lhe seria mais favorável afinal (Ac. I" CC 101-74.262/83 - Resenha Tributária, Seção 1.2, Ed. 18/84, pág. 438).

OMISSÃO DE RECEITAS.

A contabilidade não pode ser desprezada pela fiscalização para dar lugar ao arbitramento de lucros, salvo se ficar comprovada a sua imprestabilidade para a determinação do lucro real. O desvio de receitas deve ser positivado, quantificado e adicionado ao lucro líquido declarado, não sendo razão bastante para a desclassificação da escrita (Ac. Io CC 101-81.133/91 - DO 05/06/91).

Ainda em relação ao arbitramento e sua relação com a presunção legal do art. 42 da Lei 9.430/96, devo dizer que tal presunção existe dentro de um determinado contexto jurídico que não pode ser desprezado em situações extremas de custo próximo a zero, porém não vejo que seja o caso. Tenho pautado os meus votos **rejeitando sempre a tese** de que vultuosas omissões comparativamente a receitas declaradas necessariamente obrigariam o autuante a proceder com o arbitramento do lucro, no caso do regime de tributação do lucro real. Eis que nesse caso, teríamos que proceder como legislador positivo para estabelecer um quantum limite, uma proporção entre receitas omitidas e receitas declaradas. Dado essa vaguidade, não caberia assim a tese do arbitramento, pois o argumento maior seria que os custos correlacionados àquela vultuosa omissão de receitas necessariamente estariam também omitidos. Ora, mas se de alguma forma os custos lá existem, presume-se que são os custos corretos, podendo ainda a Recorrente apresentar sua complementação no curso do contencioso administrativo, se acaso tomar essa iniciativa, o que não foi o caso. Admitir tese contrário do arbitramento nesses caso é incentivar situações em que o contribuinte omissor contumaz se saia bem sucedido apenas alegando a sua própria torpeza.

Mantenho, portanto, os lançamentos nos exatos termos que foram lavrados pela fiscalização,

Da qualificação da multa de 150%

No TVF ficou muito claro os fatos que levaram o Fiscal a qualificar a multa em 150%:

Dessa forma, considerando os fatos apurados na auditoria das empresas envolvidas neste caso, é óbvio, se não obrigatório, concluir que a conduta da UNICER, em conluio com MÚLTIPLA e com a sua controladora (ARGILA BOSQUEIRO LTDA), caracteriza evidente intuito de fraude. Realizar centenas de operações de depósitos bancários, movimentar vultuosos recursos financeiros e ocultá-los em conta bancária de terceiros e de sua escrituração contábil, tal como procedeu a FISCALIZADA, configuram atos de má fé praticados com o objetivo de fraudar a legislação fiscal, de omitir receitas, impedir a quantificação do resultado dos exercícios, para eximir-se das obrigações tributárias.

22.1 Recorda-se que, com a prática ilícita perpetrada pela(s) empresa(s), grande parte da movimentação financeira, os DEPÓSITOS NÃO COMPROVADOS, demonstrados acima, ficaram à margem da contabilidade.

Milhares de operações bancárias (depósitos, transferências, saques, estornos, cheques compensados, débitos automáticos a favor da ELEKTRO, da TELEFÔNICA, referentes às contas de energia elétrica e telefone em nome da UNICER, débitos relativos a pagamentos de funcionários, etc.) - tudo isso foi omitido da escrituração da contribuinte, concorrendo para ocultar a ocorrência de expressivos fatos tributáveis (receitas operacionais) e proporcionando a sucessiva apuração de prejuízos fiscais, tal como se verificou nos anos-calendário 2005, 2006 e 2007.

Diante de tais circunstâncias, evidencia-se que houve intenção consciente de ocultar da Administração Fazendária o conhecimento sobre a concretização da hipótese de incidência, no intento de afastar da tributação o fato gerador da obrigação tributária correspondente

Assoma claro nos autos que a empresa Recorrente em conluio com a MÚLTIPLA e com a sua controladora (ARGILA BOSQUEIRO LTDA), de forma intencional e reiterada, buscou ocultar receitas com o fim de eximir-se do devido recolhimento dos tributos, o que caracteriza ação dolosa visando a impedir ou retardar o conhecimento da obrigação tributária por parte da Fazenda Pública, nos termos do art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, adiante reproduzido:

“Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.”

Nestes termos, como nos autos está devidamente evidenciado que o contribuinte, ao longo de vários anos (três anos), omitia receitas tributáveis em montante vultosos e acentuadamente superior às receitas declaradas, deixando de recolher os tributos devidos. **Para tanto se valeu de conta bancária de terceiros (interposta pessoa jurídica) e, reiteradamente, os manteve à margem da sua escrituração contábil, fato nem ao menos contestado em sua defesa.**

Verifica-se, desse modo, que ficou comprovada a conduta de fraude, revelando o propósito deliberado de impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador, reputando-se, portanto, aplicável ao caso a multa de ofício qualificada, no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento).

Além disso tal prática de omitir receitas por mais dois anos de forma reiterada (elemento objetiva) torna mais concreto ainda o “evidente intuito de fraude”. Não se pode aqui imaginar que o agente que pratica “erros” de forma contínua por um longo tempo não possua a intenção de retardar/impedir ou afetar as características essenciais da ocorrência do fato gerador.

Nesse contexto, afasto também a hipótese de o caso concreto se enquadraria na súmula nº 25 do CARF, uma vez que não se trata de mera presunção de omissão de receitas.

Diante desse contexto, deve ser mantida a multa qualificada de 150%.

Multa confiscatória

Sobre a argüição de ser confiscatória a multa aplicada, cumpre gizar que ao julgador administrativo, que se encontra totalmente vinculado aos ditames legais, mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN), não é dado apreciar questões – como a de que a multa fiscal seria confiscatória – que importem a negação de vigência e eficácia do preceito legal válido e vigente. Tal prática encontra óbice, inclusive na Súmulas nº 2 deste CARF:

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (PORTARIA MF N.º 383 – DOU de 14/07/2010).

Como se vê, a aplicação da multa de 75% prevista em norma legal e vigente não pode ser afastada.

INCONSTITUCIONALIDADE

Quanto às alegações de ofensa a princípios constitucionais, cabe esclarecer que a a autoridade administrativa é vinculada a lei válida e vigente, não cabendo a este órgão do Poder Executivo deixar de aplicá-las, encontrando óbice, inclusive na Súmula nº 2 deste Conselho (atual Primeira Sessão do CARF):

Súmula 1ºCC nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (PORTARIA MF N.º 383 – DOU de 14/07/2010).

Lançamentos Reflexos (CSLL/PIS/COFINS)

Por estar sustentado na mesma matéria fática, os mesmos fundamentos devem nortear a manutenção das exigências lançadas por via reflexa.

Por todo o exposto, afastar a decadência e, no mérito, nego provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto

Processo nº 10865.001224/2010-01
Acórdão n.º **1401-001.664**

S1-C4T1
Fl. 1.300

CÓPIA