



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10932.000114/2010-72
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1401-006.651 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 16 de agosto de 2023
Recorrente RECUPERADORA DE METAIS 8 DE SETEMBRO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Exercício: 2007

SIGILO BANCÁRIO. RMF. CONSTITUCIONALIDADE.

O acesso administrativo às informações de movimentação financeira dentro das regras estabelecidas pelo artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 é constitucional conforme decisão do Supremo Tribunal Federal. Ademais, descabe manifestação deste Conselho acerca de constitucionalidade de lei tributária conforme dicção da Súmula CARF nº 02.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

Caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Trata-se de presunção legal que, intimado a prestar os esclarecimentos, o ônus da prova passa a ser do sujeito passivo.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA - PIS, COFINS E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO.

A tributação reflexa deve, em relação ao respectivo Auto de infração, acompanhar o entendimento adotado quanto ao principal, em virtude da íntima relação dos fatos tributados.

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO. DEPÓSITO BANCÁRIO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. SÚMULA Nº 133, CARF.

A falta de atendimento a intimação para prestar esclarecimentos não justifica, por si só, o agravamento da multa de ofício, quando essa conduta motivou presunção de omissão de receitas ou de rendimentos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de perícia e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso tão-somente para afastar o agravamento da multa de ofício, reduzindo-a ao patamar de 75%.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

André Severo Chaves - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Claudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Itamar Artur Magalhaes Alves Ruga, André Severo Chaves, Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocado(a)), Lucas Issa Halah, André Luis Ulrich Pinto, Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interpostos contra Acórdão da DRJ, que indeferiu o pedido de diligência, rejeitou as preliminares de nulidade e, quanto ao mérito, negou provimento ao recurso, mantendo o crédito tributário exigido.

Transcreve-se o relatório da DRJ:

Contra a empresa acima mencionada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 89/93, e por decorrência, os de natureza reflexa constantes às fls. 94/116 do presente processo, para exigência do crédito tributário referente ao ano-calendário de 2007, adiante especificado:

TRIBUTO	Fls.	Imposto/ Contrib.	Juros de Mora	Multa Proporcional	TOTAL
IRPJ	89/93	379.646,95	96.497,75	315.322,74	791.467,44
PIS	98/101	131.185,20	34.618,73	109.061,06	274.864,99
CSLL	113/116	217.969,35	55.437,55	181.209,27	454.616,17
COFINS	106/109	605.470,44	159.779,02	503.359,10	1.268.608,56
TOTAL					2.789.557,16

Os referidos Autos são decorrentes de fiscalização efetuada junto à empresa por demanda externa com origem em ação da Polícia Federal, sendo verificado que a movimentação bancária era totalmente incompatível com valores declarados na DIPJ.

Intimada a apresentar os extratos bancários referentes a movimentação do ano de 2005, 2006 e 2007, não os apresentou mesmo após vários pedidos de prorrogação de prazo. Em resposta às intimações, a contribuinte se negou a apresentar os extratos bancários, apresentando manifestação de recusa, alegando estar amparada em garantias constitucionais (fls. 36/37) bem como não comprovou a origem de depósitos/créditos em conta corrente, mesmo após ter sido intimada para tal.

Dessa forma, restou caracterizada omissão de receitas referente a depósitos bancários sem origem comprovada (após a contribuinte ter sido intimada a fazê-lo, fl. 43), nos termos dos artigos 25 e 42 da Lei nº 9.430/1996 e artigo 528 do RIR/99, tendo sido efetuado o lançamento do IRPJ e seus reflexos (CSLL, PIS e COFINS).

A tributação do IRPJ e CSLL foi realizada pelo regime do lucro presumido tendo em vista ter sido essa a opção feita pela contribuinte para o ano-calendário em questão, conforme DIPJ de fls. 15/35.

A multa de ofício referente ao primeiro trimestre do ano-calendário de 2007 com base no artigo 44, I e §2º, da Lei nº 9.430/96 com a redação dada pelo artigo 14 da Medida Provisória nº 351/07.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal de fls. 118/121, após terem sido apurados e analisados todos os créditos efetuados em conta bancária de titularidade da contribuinte, foram excluídos os créditos até o valor de R\$2.000,00 levando em conta a irrelevância e simplificação do trabalho de auditoria, e excluídos aqueles realizados a título de estorno, transferência de poupança, devolução de cheques, redução de saldo devedor, resgate de aplicações, juros de capital próprio e transferência de mesma titularidade. No entanto, foram mantidos os créditos identificados como transferência mas não identificados como de mesma titularidade.

Inconformada com o lançamento, a contribuinte apresentou impugnação às fls. 124/156, argumentando o que segue:

Inicia informando que havia entregue os Livros Diários e fornecido informações requisitados pela autoridade fiscal. No entanto, afirma que se recusou a fornecer seus extratos bancários dos períodos solicitados em decorrência do sigilo bancário e por entender ser inconstitucional a Lei Complementar nº 105/2001, afirmando ainda que o auditor a havia intimado a comprovar as origens dos depósitos bancários.

Prossegue dissertando sobre a sua atividade, descrevendo-a como recuperação e reciclagem de metais (prata) a partir de sucatas e outros subcomponentes dos produtos finais e que para realização de sua atividade industrial de recuperação, é submetida a fiscalizações periódicas nos termos da legislação, pela CETESB.

A Impugnante, mediante o processo eletrolítico, realiza a queima dos filmes de *raio-x* e obtém vários metais, como chumbo, zinco e ferro, bem como a “prata reciclada ou secundária” que tem fim comercial.

Argúi a nulidade do lançamento por considerar inconstitucional a Lei Complementar nº 105/2001 em vista do artigo 5º da Constituição Federal, e assim, seria ilegal a requisição de informações bancárias sem autorização judicial para a quebra do sigilo bancário, citando jurisprudência neste sentido.

Quanto ao mérito:

Alega ser inconstitucional e ilegal a utilização dos depósitos bancários como renda, sendo uma afronta ao Código Tributário Nacional.

Afirma que o Conselho de Recursos Administrativos Fiscais vem julgando nulos os lançamentos baseados exclusivamente em depósitos bancários.

Que não teria sido provada a existência de gastos incompatíveis ou renda consumida bem como a autoridade fiscal não havia demonstrado a ocorrência de acréscimo patrimonial a descoberto, caracterizando a inexistência de fato imponible para incidência do imposto.

Pondera que a fiscalização deveria ter realizado um “encontro de contas” entre os valores referentes a entradas (recebimentos, investimentos, etc) e as saídas (pagamentos, despesas, custos, distribuição de lucros, etc) e que apenas esse critério atenderia os princípios da legalidade, da capacidade contributiva, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Requer seja efetuado fluxo de caixa no período a partir dos valores relativos a depósitos e saídas de recursos de suas contas bancárias, promovendo a exclusão de valores relativos a saídas consideradas como despesas e custos operacionais dedutíveis, afirmando possuir elementos suficientes de comprovação.

Requer, ainda, seja tributada pelas regras do Lucro Real, alegando que não obstante a sua movimentação bancária ser de grande volume, com muitos cheques e transferências pequenas, mas em grande quantidades, a margem bruta entre o valor da aquisição e o da venda seria pequena uma vez que segue as cotações internacionais.

Aduz ser “indevida” a aplicação do regime de tributação pelo lucro presumido ou arbitrado visto que o percentual de presunção para o lucro para as indústrias, de 8% ,ser fora da realidade fática do metal prata (sua matéria prima) cujo preço seria fixado em bolsa de valores e destoante de sua realidade.

Requer a exclusão de valores referentes a operações de estornos, de baixa de operações irregulares de depósito (conteúdo dos envelopes menor, maior ou irregular) e principalmente transferências entre contas de mesma titularidade, identificadas como o próprio favorecido, relacionando-os às fls. 149/150, ao tempo em que esclarece que os referidos valores foram relacionados “por amostragem” não contemplando “a verificação exata de todas as operações, efetuada a fim de justificar o pedido de perícia contábil nas operações”.

No que se refere à multa agravada, argumenta que a aplicação de multa de 112,5% seria inconstitucional e ilegal, devendo ser reduzida para 75%, tendo em vista que havia se reservado o direito de não produzir provas contra si mesma durante a tramitação do processo administrativo, valendo-se de princípio geral de direito.

Prossegue argumentando que por considerar o contencioso tributário uma continuação do processo de lançamento, as suas atitudes no curso do processo administrativo mesmo após a instauração do contencioso com a presente impugnação deveriam ser levadas em conta na mensuração das penalidades impostas.

Que o caso de que trata o presente processo trata de tributo não declarado e não pago, motivo pelo qual enquadrar-se-ia na hipótese tipificada no inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, não lhe sendo aplicáveis as hipóteses de agravamento do §2º.

E que ainda que houvesse dúvida, deveria ser aplicada a penalidade mais favorável, nos termos do artigo 112 do Código Tributário Nacional, requerendo o reconhecimento da aplicação do artigo 44, I da referida norma legal.

Requer a realização de perícia “como meio imprescindível para atendimento aos princípios da capacidade contributiva, da verdade material no processo administrativo e da ampla defesa”, indicando perito e formulando quesitos à fl. 154.

Quanto aos lançamentos reflexos:

Às fls. 159/195 consta impugnação apresentada contra o lançamento referente ao PIS; às fls. 198/230, relativamente à CSLL e às fls. 237/273 relativamente à COFINS, nelas constando os mesmos argumentos da impugnação apresentada em relação ao IRPJ acima relatada, diferindo apenas nos seguintes questionamentos:

Alega que por ter direito à tributação com base no regime do lucro real, o PIS deveria seguir a mesma sorte e ser tributado pelo regime da não cumulatividade. Não obstante tal assertiva, afirma que os lançamentos relativos ao PIS e à COFINS seriam nulos pelo fato de que os valores relativos aos depósitos bancários não se enquadrariam no conceito de faturamento (base de cálculo das contribuições) e tendo em vista ser beneficiária de isenção por ser sua atividade de venda de produtos reciclados, oriundos de resíduos químicos e metais, prevista no artigo 48 da Lei nº 11.196/06, alegando que o produto final por ela obtido em seu processo de industrialização de reciclagem, não se trataria de prata o seu estado originário mas na forma de resíduo de todos os elementos iniciais queimados. Citando a corroborar seu entendimento, o fato de que a venda se faria em “pedaços pequenos.”

Requer, por fim, seja reconhecido o seu direito à isenção de PIS e COFINS tendo em vista sua atividade de reciclagem de metais, “devendo, na hipótese de se manter o regime jurídico da impugnante como Lucro Presumido, excluir da base de cálculo tais receitas (sucatas ou resíduos).”

Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive juntada de novos documentos e interpretação mais favorável ao contribuinte de que trata o artigo 112 do Código Tributário Nacional.

A seguir a ementa da decisão de 1ª instância:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS:

Caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Trata-se de presunção legal que, intimado a prestar os esclarecimentos, o ônus da prova passa a ser do sujeito passivo.

LUCRO PRESUMIDO. OPÇÃO:

A partir do Ano-calendário 1999, a opção pelo lucro presumido é definitiva, não havendo possibilidade de mudança de opção para o lucro real. Ela será manifestada com o pagamento da primeira ou única cota do imposto devido correspondente ao primeiro período de apuração de cada Ano-calendário.

PROVA. EXTRATOS BANCÁRIOS. MEIO LÍCITO DE OBTENÇÃO.

É válida a prova consistente em informações bancárias requisitadas em absoluta observância das normas de regência e ao amparo da lei, sendo desnecessária prévia autorização judicial.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA - PIS, COFINS E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO:

A tributação reflexa deve, em relação ao respectivo Auto de infração, acompanhar o entendimento adotado quanto ao principal, em virtude da íntima relação dos fatos tributados.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2007

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP E COFINS EM PERÍODO DE APURAÇÃO OBJETO DE TRIBUTAÇÃO PELO LUCRO PRESUMIDO.

Na determinação das bases de cálculo da contribuição para o Pis/Pasep e da Cofins deixa-se de aplicar a sistemática da não cumulatividade no período de apuração em que a pessoa jurídica que tenha sido tributada pelo imposto de renda com base no lucro presumido.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007

APRESENTAÇÃO DE PROVA:

O momento oportunizado pela legislação para apresentação de prova no processo administrativo fiscal é quando da apresentação da impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, ou que se refira ela a fato ou direito superveniente ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA. FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO:

Mantém-se a majoração da multa em 50% nos casos em que o sujeito passivo não atende, no prazo marcado, intimação para prestar esclarecimentos e apresentar arquivos e documentos.

PEDIDO DE PERÍCIA.

Indefere-se o pedido de perícia, por ser prescindível ao deslinde da questão a ser apreciada, e por objetivar a produção de provas que caberia à contribuinte apresentar, ainda mais quando se trata de presunção legal.

ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil, como órgão da Administração Direta da União, não é competente para decidir acerca da inconstitucionalidade de norma legal. Como entidade do Poder Executivo, cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil, mediante ação administrativa, aplicar a lei tributária ao caso concreto.

DECISÃO JUDICIAL: A sentença judicial faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, e tão-somente em relação ao fato a que a decisão se refere, não possuindo efeito *erga omnes*.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007

PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA:

As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificado da decisão de primeira instância em 12/08/2015 (e-Fl. 373), inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário (e-Fls. 376 e ss) em 11/09/2015, cujos argumentos serão apreciados a seguir no voto.

É o relatório.

Voto

Conselheiro André Severo Chaves, Relator.

Ao compulsar os autos, verifico que o presente Recurso Voluntário é tempestivo, e atende aos requisitos de admissibilidade do Processo Administrativo Fiscal, previstos no Decreto n.º 70.235/72. Razão, pela qual, dele conheço.

• **Preliminarmente – Das Arguições de Nulidade do Auto de Infração**

Em sede recursal, a recorrente novamente argui a preliminar de nulidade do auto de infração, por entender que a autuação efetuada com base exclusivamente em informações bancárias requisitadas diretamente às instituições financeiras, sem qualquer decisão judicial, e com base em uma lei inconstitucional, deve ser considerada nula.

Quanto ao tema da nulidade, o Decreto n.º 70.235/72, que disciplina o processo administrativo fiscal, prevê as seguintes hipóteses:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.”

Pela prescrição legal, não vislumbro na decisão de 1ª instância qualquer nulidade, vez que o ato fora proferido por autoridade competente, e sem qualquer preterição ao direito de defesa da contribuinte.

Quanto a irrisignação de inconstitucionalidade da norma, é cediço que descabe o exame de constitucionalidade de normas legais por parte deste Conselho (Súmula CARF n.º 2). Portanto, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Outrossim, quanto ao tema em debate, cumpre destacar que a requisição das informações bancárias do contribuinte junto às instituições financeiras foi efetuada por meio de RMF. Tal procedimento está autorizado pelo art. 6º da Lei Complementar n.º 105, de 2001, que foi regulamentado pelo Decreto n.º 3.724, de 2001.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar n.º 105, de 2001, ao julgar, em conjunto, as ações diretas de inconstitucionalidade n.º 2390, n.º 2386, n.º 2397 e n.º 2859. Não há, portanto, segundo o STF, inconstitucionalidade na norma que deu suporte ao procedimento fiscal.

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade arguida.

- **Do Mérito**

Tópico “2.2 – DO ACÓRDÃO RECORRIDO / DA INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DE UTILIZAÇÃO DE DEPÓSITOS COMO FATURAMENTO.”

Verifica-se, neste tópico do recurso voluntário, que a recorrente a argumenta ilegalidade do lançamento, tendo como critério único para definição de faturamento os valores depositados em contas bancárias.

Aduz que este procedimento afronta o CTN, vez que a fiscalização não demonstrou e comprovou qualquer tipo de operação mercantil ou prestação de serviços e que, portanto, não haveria provas de que o contribuinte tenha auferido renda nova ou acréscimo patrimonial. Frisa, por fim, que depósito bancário não é faturamento.

Pois bem.

Como já bem destacado pela DRJ, trata-se de lançamento referente a omissão de receitas caracterizada pela falta de comprovação de origem de depósitos bancários, tendo como fundamento legal o artigo 42 da Lei nº 9.430/1996.

Trata-se, portanto, de uma **presunção legal** de que os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, não comprovados com documentação hábil e idônea, constituem receita omitida.

As presunções legais relativas provocam a chamada “inversão do ônus da prova”, cabendo ao contribuinte provar que o Fisco está equivocado. A falta de adequada comprovação impede o acolhimento do pleito.

A comprovação da origem dos valores depositados em conta corrente bancária deve ser 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.

Como se verifica, a lei determina que, ocorrida a situação fática (créditos em conta de depósito ou de investimentos sem comprovação de origem ou se comprovada não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos), presume-se, até prova em contrário (esta a cargo do contribuinte), a ocorrência do fato a ser provado (omissão de receita).

Assim, descabido qualquer questionamento acerca da possibilidade de utilização dos valores dos depósitos como base de cálculo dos tributos lançados.

Portanto, é legítimo o lançamento com base em extratos bancários, quando o contribuinte é regularmente intimado e não comprova a origem não tributável dos recursos depositados na conta corrente fiscalizada, como se deu no caso vertente.

Assim sendo, não merece guarida os argumentos da recorrente quanto a este tópico.

Tópico “2.3 AFRONTA AO ARTIGO 142 DO CTN – APURAÇÃO DE ENTRADAS E SAÍDA PELO EXTRATO BANCÁRIO – REALIDADE MATERIAL PARA FINS DE BASE DE CÁLCULO DO IRPJ-CSLL-PIS-COFINS.”

Já quanto a este tópico, a recorrente inicialmente argumenta que o presente lançamento é ilegal, vez que realizado somente com base na soma de entradas, sem apuração das saídas que envolvem custos, despesas etc. Complementa que, se a fiscalização tivesse considerado os custos, teria comprovado que os resultados da recorrente são negativos.

No que se refere a este argumento, verifica-se que é completamente descabido.

Isto porque, como já esclarecido pela DRJ, a contribuinte efetuou a opção pelo lucro presumido para o ano-calendário em questão.

De acordo com o artigo 516, §1º e §6º, do RIR/1999, inserido no capítulo que trata das pessoas jurídicas autorizadas a optar pelo lucro presumido, a opção pelo lucro presumido é definitiva em relação a todo o ano-calendário.

Depreende-se da norma supracitada, que a opção pela tributação com base no lucro presumido se concretiza com o pagamento da primeira ou quota única do primeiro trimestre de apuração, e só será admitida a mudança da opção se o contribuinte comprovar tê-la exercido irregularmente, ou seja, na hipótese em que a legislação torne obrigatória a sua tributação com base no lucro real, inclusive em decorrência de procedimento de ofício, pelo que, deverá adotar a tributação com base no lucro real ou optar pelo lucro arbitrado, dependendo do caso, conforme legislação que rege a matéria.

Conforme se verifica da descrição dos fatos e ainda dos demonstrativos que instruem o processo, a contribuinte optou pela tributação com base no lucro presumido no ano-calendário de 2007, manifestada: a) com o pagamento de quota do IRPJ - código de receita 2089, por meio do DARF recolhido em 30/04/2007, e b) pela entrega da DCTF pelo Lucro Presumido.

Ou seja, exerceu seu direito de escolha pela forma de tributação, opção essa mantida pela Fiscalização para determinação do crédito tributário aqui constituído, portanto, incabível a argumentação apresentada no sentido de que a tributação seja efetuada pelo regime do lucro real.

Desta feita, também nego provimento quanto a este tópico.

Tópico “2.4 DO DIREITO À TRIBUTAÇÃO PELO LUCRO REAL (IRPJ E CSLL) FACE AO FATO NOTÓRIO E INCONTROVERSO DO PREÇO REFERENTE AO PRODUTO DA RECORRENTE SER COTADO EM BOLSA – COMPRA E VENDA PRÉ-FIXADA (GRANDE VOLUME DE MOVIMENTAÇÃO SOB MARGEM PEQUENA) – TRIBUTAÇÃO REFLEXA – PIS COFINS NÃO CUMULATIVO.”

Neste tópico, a recorrente argumenta que o lançamento também não deverá ser mantido, por entender que há outros elementos nos autos capazes de demonstrar a margem de

lucro, para fins de se aplicar as regras de lucro real, aplicando-se ao PIS e COFINS por via reflexa, tendo em vista a tributação não cumulativa.

Argumenta que a margem de lucro é pequena (em torno de 2%), vez que a sua operação segue cotações internacionais, e que para fins de tributação, dever-se-ia observar as regras do Lucro Real.

Como já visto no tópico anterior, a pretensão da recorrente é completamente descabida, haja vista a sua opção de tributação pelo Lucro Presumido para o ano-calendário em litígio.

Por consequência, também não há que se cogitar em considerar o regime não-cumulativo para o PIS e COFINS, vez que o lucro presumido tem como regra para estas contribuições a cumulatividade.

Tópico “2.5 DO DIREITO À RECAPITULAÇÃO DA MULTA DE 112,5% PARA 20% CONFORME DECISÃO DO STF – DO PLENO ATENDIMENTO À FISCALIZAÇÃO – DA VEDAÇÃO À UTILIZAÇÃO DO CONFISCO -.”

Em relação a este tópico, inicialmente a recorrente menciona uma decisão do STF que reduziu uma multa moratória de 30% para 20%, por entender que as multas moratórias constituem um mero desestímulo ao adimplemento tardio da obrigação tributária.

Em seguida, complementa que a aplicação de multa de 112,5% vislumbra-se inconstitucional, devendo a mesma ser reduzida para 20% do valor da obrigação principal, haja vista ter apresentado esclarecimentos e toda a documentação à fiscalização, colaborando estritamente dentro da legalidade que lhe cabia, e em nenhum momento causando embaraço.

Argumenta que, quando entendeu que a apresentação de documentação feriria seus direitos de inviolabilidade de sigilo de dados, resguardou-se no direito à não apresentação.

Inicialmente, quando à irrisignação de inconstitucionalidade da multa aplicada, como já mencionado no tópico preliminar deste voto, descabe o exame de constitucionalidade de normas legais por parte deste Conselho (Súmula CARF nº 2).

No caso em exame, a autoridade fiscal aplicou a lei tributária vigente, que estabelece a multa de ofício no patamar de 75% (art. 44, I, da Lei nº 9.430/96), com possibilidade de majoração a 112,5% nos casos de falta de atendimento à fiscalização.

Contudo, tem-se pela possibilidade de apreciar se, no caso concreto, a multa agravada deve ser mantida.

Quanto ao tema, objeto do presente lançamento, importante destacar que recentemente fora aprovada pelo CARF a Súmula nº 133, que estabelece:

Súmula CARF nº 133

Aprovada pelo Pleno em 03/09/2019

A falta de atendimento a intimação para prestar esclarecimentos não justifica, por si só, o agravamento da multa de ofício, quando essa conduta motivou presunção de omissão de receitas ou de rendimentos.

Os precedentes que remontam a presente súmula utilizam o racional de que, caso o contribuinte não comprove a origem dos depósitos, e não haja nenhum aspecto adicional agravante de sua conduta, a consequência é uma só, a caracterização de omissão de receita por presunção legal.

No caso em análise, o TVF fundamentou o agravamento da multa em razão da contribuinte não ter apresentado os extratos bancários, e não ter comprovado os depósitos realizados em sua conta corrente.

Trata-se de situação na qual entendo não ser cabível o agravamento. A apuração do fato indiciado da presunção legal deu ensejo à infração tributária, e não pode ser considerado um adicional na conduta da contribuinte apto a fundamentar o agravamento da multa.

A fiscalização está obrigada a dar oportunidade ao contribuinte a esclarecer a origem do depósito bancário apontado. Por outro lado, o contribuinte só pode dar esse esclarecimento quando ele existir. Se não atender a intimação, consuma-se a hipótese de incidência da presunção legal.

Entender ao contrário implica em aplicar sempre a multa agravada quando for tipificada a presunção de omissão de receitas decorrente da não comprovação mediante documentação hábil e idônea dos depósitos bancários. Com certeza, este não é o escopo do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

Portanto, não tendo identificado quaisquer atos adicionais em que a falta de atendimento trouxe embaraço a fiscalização, entendo por afastar o agravamento da multa de ofício, reduzindo-a ao patamar de 75%.

Tópico “2.6 DO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE PERÍCIA”

Neste tópico, a recorrente novamente defende a realização de perícia, alegando que é impossível auferir a efetiva base de cálculo do lançamento sem a resposta aos seguintes requisitos:

- a) *Os valores descritos no item 3.7 da presente impugnação foram excluídos? Em caso negativo, qual o montante dos valores a serem excluídos?*
- b) *É possível apurar o Lucro Real e o Faturamento pelos extratos de movimentação bancária e atividade da empresa?*
- c) *Levando em consideração o mercado da prata e variação da taxa da commodity, qual a base de cálculo possível para IRPJ, COFINS, PIS e CSLL?*

Por concordar com as razões de decidir da DRJ, que indeferiu o referido pedido, adoto-as como fundamento deste voto, com embasamento legal no Art. 57, §3º, Anexo II, do

Regimento Interno do CARF, estando a conclusão alcançada pelo órgão julgador de 1ª instância em consonância com o entendimento deste Relator, conforme transcrição a seguir:

Vê-se, de logo, que o pedido para realização de perícia visa transferir para o Fisco a produção de provas que deveriam ter sido apresentadas pela contribuinte no decorrer da ação fiscal ou no momento da impugnação. Em se tratando de presunção legal (art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996), compete ao sujeito passivo o ônus da prova de fatos que ensejaram o lançamento e, em geral, os registros da sua escrituração (art. 925 do RIR/1999).

Apesar de ser facultado ao sujeito passivo o direito de pleitear a realização de diligências e perícias, em conformidade com o artigo 16, inciso IV do Decreto nº 70.235, de 1972, com redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 8.748, de 1993, compete à autoridade julgadora decidir sobre sua efetivação, podendo ser indeferidas as que considerar prescindíveis ou impraticáveis (art. 18, *caput*, do Decreto nº 70.235, de 1972, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 1993).

Nota-se que, embora o pedido de perícia esteja formalmente correto, com formulação de quesitos e indicação de perito, no caso concreto, a resposta dos quesitos apresentados pela defendente transfere para terceiros a produção de provas contábeis e fiscais que deveriam ter acompanhado a impugnação.

Esclareça-se que a adoção do procedimento de diligência ou perícia objetiva, única e tão-somente, dirimir dúvidas com relação às provas anteriormente carreadas ao processo, não se prestando, portanto, a suprimir o encargo que cabe ao sujeito passivo quanto à formação da demonstração probatória que lhe compete.

No caso concreto, entendo desnecessária a realização de perícia, já que as provas necessárias à defesa são de fácil obtenção, dependendo de providências do próprio contribuinte (seus livros e assentamentos contábeis e fiscais). Na impugnação, ademais, o contribuinte deveria incluir todos os documentos comprobatórios necessários para a procedência de seu pleito, sob pena de preclusão, conforme determina o § 4º do art. 16 do PAF.

A realização de diligência e perícia pressupõe que o fato a ser provado necessite de conhecimento técnico especializado e/ou esclarecimento de fatos considerados obscuros no processo. Todavia, elas não integram o rol dos direitos subjetivos do autuado, podendo o julgador, se justificadamente entendê-las prescindíveis, não acolher o pedido.

No presente caso, tratando-se de comprovar a origem dos depósitos bancários ocorridos nos períodos fiscalizados, os elementos probatórios, como já se mencionou reiteradamente, deviam ter sido produzidos pela parte. Dessa forma, e em conformidade com o artigo 18, *caput*, do Decreto nº 70.235, de 1972, indefiro o pedido de perícia, por considerá-la prescindível para o julgamento da presente lide.

Não há como acolher a solicitação feita. Primeiro porque conforme se pode constatar do Auto de Infração relativo ao IRPJ e do Termo de Verificação Fiscal, a tributação da omissão de receita teve como enquadramento legal o artigo 42 da Lei nº 9.430/1996 o qual dispõe que caracterizam-se como omissão de receita os valores creditados em contas de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira em relação aos quais o titular, pessoa jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Portanto, cabia à contribuinte trazer em sua impugnação elementos que elidissem a presunção, o que não ocorreu.

Cabe ainda ressaltar que o pedido de diligência não deve ter por objeto o suprimento de provas que deveriam ser produzidas pela impugnante.

"In casu", não há necessidade visto não haver dúvida a ser sanada, uma vez que as contas bancárias nas quais a fiscalização se baseou para efetuar o lançamento são de titularidade da contribuinte, conforme farta documentação anexada aos autos e admitido pela própria contribuinte em sua impugnação.

O que se verifica é que a contribuinte, apesar de ter sido intimada por diversas vezes pela fiscalização e não ter atendido no sentido de esclarecer acerca da origem dos depósitos e transferências efetuadas em suas contas-corrente, vem em sua peça impugnatória requerer diligência sem o fito de esclarecer qualquer dúvida.

No entanto, o momento oportunizado pela legislação para apresentação de provas é quando da apresentação da impugnação, justamente no contraditório administrativo instaurado pela impugnação.

Cumprido ao reclamante, mediante exame do Auto de Infração e de seus anexos, comparando-os com os dados e documentos constantes da sua escrita contábil e fiscal, atacar os pontos que julgar equivocados na própria impugnação, conforme dispõe o artigo 16 do Decreto n.º 70235/1972 que regulamenta o processo administrativo fiscal no âmbito da União, o qual determina:

“Art. 16. A impugnação mencionará:

I - omissis;

II - omissis;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possui; (Redação dada pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito;

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

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

b) b) refira-se a fato ou a direito superveniente;

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos. (Acrescido pelo art. 67 da Lei n.º 9.532/1997)

§ 5.º. A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Acrescido pelo art. 67 da Lei n.º 9.532/1997)”

No caso concreto, não há necessidade para a realização de diligência posto que constam do processo todos os elementos necessários para o seu deslinde. Indefiro, pois, o pedido de diligência formulado pela contribuinte.

Restando evidenciado que o lançamento em lide está em perfeita consonância com o ordenamento legal pertinente à matéria, configurando-se, dessa forma, a improcedência das alegações apresentadas pela contribuinte.

Assim sendo, pelos mesmos argumentos acima expostos, rejeito o pedido de perícia.

Tópico “2.7 DA ISENÇÃO DE PIS E COFINS SOBRE VENDA DE PRODUTOS RECICLADOS”

No que se refere a este tópico, a recorrente defende que a autuação de PIS e COFINS é nula, tendo em vista o caráter isentivo da operação industrial realizada pela recorrente, qual seja, a venda de produtos reciclados oriundos de resíduos químicos e metais.

Como já enfrentado pela DRJ, não há como acatar a isenção de PIS e COFINS sobre as receitas alegadas pela contribuinte, referente à previsão contida no artigo 48 da Lei n.º 11.196/06, uma vez que condicionada a ser relativa a venda de desperdícios, resíduos, ou aparas a que se refere o artigo 47 do mesmo dispositivo legal, e que seja vendida a pessoa jurídica tributada com base no lucro real.

Veja-se que a norma de isenção possui requisitos a serem cumpridos, hipótese que a toda evidência não é aplicável ao presente caso, uma vez que o presente caso trata de tributação por presunção legal de depósitos bancários cuja origem não foi comprovada.

Ou seja, para que a fiscalização pudesse apreciar o enquadramento das referidas receitas à norma de isenção, a recorrente deveria ter apresentação documentação contábil-fiscal hábil, o que evidentemente não ocorreu no presente caso.

Desse modo, tal argumento não deve ser acolhido.

Tópico “2.8 DA NECESSIDADE DE ABATIMENTO DE ITENS DO MONTANTE DO CRÉDITO”

Por fim, a recorrente defende neste tópico a necessidade de abatimento de itens que não deveria compor a base de cálculo dos tributos, tais como operações de créditos, baixa ou transferência de investimentos próprios, pagamento de CPMF, devolução de cheques sem fundos, transferências não realizadas (DOC/TED devolvidos), juros e encargos de empréstimos, bem como valores já declarados durante o curso da fiscalização.

Quanto a este pleito, extrai-se do TVF (e-Fls. 118 e ss) que a autoridade fiscal relata que “foram excluídos os créditos a título de estorno, transferência de poupança, devolução de cheques, redução de saldo devedor, resgate de aplicações, juros de capital próprio, transferência de mesma titularidade”.

Assim sendo, tendo a fiscalização eventualmente considerado como base de cálculo do auto de infração alguma receita na qual a contribuinte entende não ser tributável, caberia a esta indicar especificamente tal crédito, a fim de que a autoridade julgadora possa realizar a devida conferência, e não apenas impugnar de forma ampla e genérica.

Portanto, considerando que o trabalho de auditoria a fiscalização já teve como premissa não considerar os mencionados créditos em conta como omissão de receitas, e considerando que a recorrente não logrou comprovar especificamente quais créditos teriam sido

indevidamente utilizados no cálculo, entendo que o recurso não deve ser provido quanto a este ponto.

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do Recurso Voluntário, rejeitar o pedido de perícia e, no mérito, dar-lhe parcial provimento tão-somente para afastar o agravamento da multa de ofício, reduzindo-a ao patamar de 75%.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

André Severo Chaves