



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11080.007007/2007-19
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-004.005 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de outubro de 2019
Recorrente FABRIL SHARLENE S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2003

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A autoridade administrativa não detém competência para decidir sobre a constitucionalidade das leis tributárias. Súmula 2 do CARF.

PROCESSUAL. OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. FALTA DE QUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. PRECLUSÃO

A falta de questionamento, na impugnação, quanto aos motivos de fato de ensejaram a assunção da presunção relativa encartada no art. 42 da Lei 9.430/96, opera a preclusão tratada pelo 16, *caput*, do Decreto 70.235/72 e, outrossim, o trânsito em julgado administrativo da matéria.

IRPJ. CSLL. ARBITRAMENTO DOS LUCROS. APRESENTAÇÃO TARDIA DE LIVROS E DOCUMENTOS CONTÁBEIS. SUMULA 59 DO CARF.

Nos termos da Súmula 59 do CARF “a tributação do lucro na sistemática do lucro arbitrado não é invalidada pela apresentação, posterior ao lançamento, de livros e documentos imprescindíveis para a apuração do crédito tributário que, após regular intimação, deixaram de ser exibidos durante o procedimento fiscal”.

EXIGÊNCIA DE PIS E COFINS EM DECORRÊNCIA DE CONSTATAÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS, ORIUNDA DA IDENTIFICAÇÃO DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

Ainda que em tese seja possível proceder-se a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme decisão proferida (mas não transitada em julgado) pelo Supremo Tribunal Federal, as particularidades do caso concreto inviabilizam semelhante decisão, justamente por não se saber, a míngua de provas da origem dos depósitos bancários que ensejaram a tributação por omissão de receitas, se, de fato, em tais fato-signo presuntivos de riqueza, houve ou não a exigência do tributo estadual.

MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA. FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÕES PARA COMPROVAR A ORIGEM DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS. SUMULA 133 DO CARF.

Nos termos da Súmula 133 do 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”.

JUROS MORATÓRIOS CALCULADOS PELA VARIAÇÃO DA SELIC. SÚMULA 4 DO CARF.

A teor dos preceitos da Súmula 4 do CARF, “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”.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente), Paulo Henrique Silva Figueiredo, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Maria Lúcia Miceli, Breno do Carmo Moreira Vieira, Bárbara Santos Guedes (Suplente Convocada) e Gustavo Guimarães da Fonseca.

Relatório

Cuida o feito de autos de infração de lavrados para exigir, da recorrente, créditos tributários relativos ao IRPJ e consectários (CSLL, PIS e COFINS), apurados no ano-calendário de 2003, em decorrência da identificação de depósitos bancários de origem desconhecida.

Cumpra anotar que os primeiros documentos constantes do processo, mormente à e-fls. 112 a 128, referem-se em verdade à outra empresa (Têxtil Camburzano S/A)... este relator acredita que o dito relatório tenha sido juntado ao feito apenas para contextualizar e justificar a ação fiscal que, posteriormente, se iniciou contra a ora insurgente (e, de outro giro, foi anexado ao processo por erro material).

O relatório que, de fato, se presta para justificar a autuação polemizada é aquele constante de e-fls. 165 e ss do que se extrai, originariamente, foram emitidos termos de

intimação à empresa denominada VILLA D'ESTE COMÉRCIO, REPRESENTAÇÕES, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO S/A, que jamais os atendeu. A vista da inação desta companhia, foi emitido a competente Requisição de Movimentação Financeira, tendo sido identificados diversos depósitos bancários em contas havidas no Banco do Brasil e no Banco de La Republica Oriental del Uruguay.

A Villa D'Este foi novamente intimada a prestar esclarecimentos acerca dos aludidos depósitos, mais uma vez, sem qualquer tipo de resposta. Tendo em conta a persistente inação da empresa promoveu-se a circularização de informações junto alguns dos entes depositantes que, em resumo, atestaram que todas as operações referiam-se à pactos realizados diretamente com a empresa ora recorrente, qual seja, a Fabril Sharlene.

A vista de tal constatação, promoveu a intimação da empresa recorrente, por diversas vezes, para explicar os motivos pelos quais estaria se utilizando de contas bancárias registadas em nome de terceiros para o recebimento de valores devidos em decorrência de suas próprias operações mercantis, além de solicitar, também, a apresentação de diversos livros contábeis e fiscais. A empresa, a despeito de requerer sucessivos pedidos de prorrogação, apenas quando advertida da possibilidade da lavratura dos autos de infração em testilha e, ainda, do risco de arbitramento do lucro (ante a falta de exibição de livros contábeis), informou que os preditos documentos teriam se extraviado.

Relata, ainda, que a empresa teria apresentado DIPJ em que, além de apontar a opção pelo Lucro Real Anual, demonstrou que o contribuinte teria apurado prejuízo fiscal e base de cálculo negativa quanto, respectivamente, ao IRPJ e à CSLL. Nesta mesma declaração, identificou-se que a empresa teria informado a existência de débitos de PIS, apurado segundo o regime não cumulativo, e COFINS, estes calculados pela modalidade cumulativa.

Atesta que, a despeito das informações tratadas na DIPJ, o contribuinte transmitiu DCTF informando não ter apurado qualquer valor a título das contribuições acima.

A míngua de esclarecimentos, e da apresentação dos livros solicitados, a Fiscalização concluiu a autuação promovendo o lançamento dos IRPJ e da CSLL com base no lucro arbitrado e exigiu diferenças relativas quanto ao PIS e a COFINS segundo a modalidade cumulativa (observando, quanto ao PIS, que as importâncias calculadas no auto de infração seriam inferiores àquelas informadas em DIPJ justamente em razão da mudança do regime, como decorrência do arbitramento do lucro).

Regulamente cientificada dos termos das autuações acima, a empresa opôs as impugnações de e-fls. 198 e ss (uma para cada tributo exigido neste feito), sustentando, em apertada síntese, a nulidade dos lançamentos por desrespeito ao art. 148 do CTN que, a seu ver, legitimaria a apresentação de prova posterior suficiente a afastar a aplicação das hipóteses legais de arbitramento do lucro.

Questiona, passo seguinte, a própria presunção encartada no art. 42 da Lei 9.430/96, suscitando, em prol de sua tese, os preceitos da Sumula 182 do extinto TFR – Tribunal Federal de Recursos – que proscrevia os atos de lançamento calcados, apenas, em depósitos bancários.

Particularmente quanto a contribuição para o PIS e a COFINS, deduz a ilegalidade da inclusão, em suas bases de cálculo, do ICMS.

Quanto as multas aplicadas, sustenta haver a violação ao princípio do não confisco, questionando, outrossim, tão só a inexistência de fundamentos de fato para o agravamento da penalidade (nada dizendo acerca da qualificação).

Por fim, contesta a atualização do crédito tributário mediante variação da Taxa SELIC.

Instada a se pronunciar sobre as defesas ofertadas, a DRJ de Porto Alegre houve por bem julgá-las parcialmente procedentes a fim de se considerar indevidas a qualificação e o agravamento da multa, contudo, e apenas, em relação ao lançamento realizado com base no arbitramento, sem que, com isso, interpusse recurso de ofício (mantidas, neste passo, as penalidades majoradas em relação às receitas omitidas). Os fundamentos da decisão recorrida são sintetizados na ementa, cujo teor reproduzo a seguir:

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A autoridade administrativa não detém competência para decidir sobre a constitucionalidade das leis tributárias. Súmulas n.º 2 do Primeiro e Segundo Conselhos de Contribuintes.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Comprovada a movimentação de recursos financeiros em conta bancária mantida em nome de terceiro, em relação a qual o contribuinte não explica a origem dos recursos, correta a presunção de omissão de receitas.

IRPJ. CSLL. ARBITRAMENTO DOS LUCROS. AUSÊNCIA DOS LIVROS CONTÁBEIS.

Procede o arbitramento dos lucros efetivado em virtude de o contribuinte, regularmente intimado, não apresentar os livros contábeis e fiscais, nem qualquer documento que permitisse a aferição do lucro real. A apresentação da escrituração após o lançamento de ofício não invalida o arbitramento ante a inexistência de lançamento condicional.

PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO.

O ICMS compõe o preço de venda dos produtos e mercadorias, integrando a receita bruta da empresa, base de cálculo das contribuições.

DUPLICAÇÃO DA MULTA APLICADA.

A aplicação da multa dita qualificada requer a comprovação do evidente intuito de fraude, mediante prova da sonegação, fraude ou conluio praticados dolosamente pelo contribuinte para eximir-se do pagamento dos tributos.

MULTA AGRAVADA.

Incabível o agravamento da multa em face da não exibição de livros comerciais e fiscais que o contribuinte alega ter extraviado, motivando o arbitramento dos lucros.

JUROS COM BASE NA TAXA SELIC.

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. Súmula n.º 4 do Primeiro Conselho de Contribuintes.

O contribuinte foi cientificado do julgamento acima em 21/08/2009 (AR de e-fls. 1.787), tendo interposto seu recurso voluntário em 18 de setembro daquele mesmo ano (e-fls. 1.788 e ss), em que reprisa os argumentos deduzidos em suas impugnações.

Na primeira oportunidade em que este Conselho teve a oportunidade de analisar o feito, o julgamento foi convertido em diligência a fim de suspender o seu curso até que o Supremo Tribunal Federal julgasse o RE de n.º 601.314/MG, que tratava da constitucionalidade/inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário autorizada pela LC 104/01.

Resolvida a questão acima, o processo foi distribuído a este Relator para análise e julgamento.

Este é o relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche todos os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de cabimento, razões pelas quais, dele, tomo conhecimento.

I DA DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA EM LITÍGIO.

Impende destacar, desde logo, que em momento algum a recorrente se insurge contra a constatação efetiva de omissão de receitas. Isto é, não discute, e nem traz provas, sobre a origem dos créditos identificados em conta bancária registrada em nome de terceiro, na qual movimentava recursos de sua própria titularidade.

Os pressupostos de fato, portanto, necessários ao surgimento da presunção descrita no art. 42 da Lei 9.430/96 não foram contrapostos, operando-se, quanto isso, preclusão lógica e trânsito em julgado administrativo.

II MÉRITO.

II.1 Da alegada desobediência aos preceitos do art. 148 do CTN. Arbitramento.

Como destacado no relatório que precede este voto, no curso da ação fiscal e até o advento da oposição das próprias impugnações, a empresa nunca se prontificou a trazer um único documento que seja, quiçá, seus livros contábeis e fiscais.

Em sua defesa, é fato, a recorrente junta, aí sim, as cópias do LALUR e de seu livro razão, o que, acaso tivesse ocorrido quando regulamente instado para tanto (se se tecer quaisquer considerações sobre a regularidade da sua escrituração) poderia afastar o arbitramento. Como dito, todavia, tais livros só foram apresentados quando da apresentação de suas razões de impugnação. Neste caso, e invocando-se as imposições contidas no art. 45, VI, do Regimento

Interno aprovado pela Portaria MF de nº 343/15, que impõe, aos membros deste órgão, a observância à preceitos da Súmulas editadas pelo CARF, sob pena de perda de mandato, calha trazer a colação o entendimento exarado na Súmula 59, cujo teor reproduzo a seguir:

A tributação do lucro na sistemática do lucro arbitrado não é invalidada pela apresentação, posterior ao lançamento, de livros e documentos imprescindíveis para a apuração do crédito tributário que, após regular intimação, deixaram de ser exibidos durante o procedimento fiscal.

Roma locuta, quaestio finita.

Ainda que semelhante entendimento possa ser criticado, notadamente a luz de circunstâncias especiais do caso concreto, o preceito sumular acima invocado não deixa, a este Conselheiro, qualquer alternativa, senão convalidar as considerações já apresentadas no acórdão recorrido e considerar lidimo o lançamento com base no lucro arbitrado.

II.2 A aventada ilegalidade do lançamento realizado com base em presunção legal. Inaplicabilidade ao feito dos preceitos da Súmula 182 do extinto TFR.

Não me alongarei, aqui, sobre o tema... os efeitos decorrentes da tipificação das hipóteses encartadas no citado art. 42 da Lei 9.430/96 são consectários da presunção relativa preconizada por esta mesma regra legal, plenamente vigente e, até segunda ordem, válida no nosso ordenamento.

Neste diapasão, o questionamento trazido pelo contribuinte, acerca legalidade destes mesmos efeitos, não encontra, neste CARF, o foro próprio para tanto, a luz dos preceitos do art. 62 do RICARF, a que estes julgadores estão vinculados e cuja aplicação se impõe, inclusive, sob pena de perda de mandato (conforme regra regimental estabelecida no já citado art. 45, VI):

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Ainda que o Contribuinte sustente a “ilegalidade” da Lei 9.430, semelhante vício se justificaria, exclusivamente, a luz dos preceitos dos arts. 146, III e 153, ambos da CRFB. Particularmente, as disposições da Lei 9.430/96, art. 42, somente poderiam ser afastadas mediante reconhecimento de sua invalidade a luz das regras de competência (tributária e legislativa) preconizadas pelo texto constitucional, o que, como demonstrado, não nos é autorizado fazer, nesta seara.

Isto, sem prejuízo dos preceitos da Súmula 2 deste próprio CARF que apenas reprisa a vedação já contida no aludido art. 62 do RICARF.

Nada a prover, portanto, quanto a este ponto.

II.3 Da exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS.

Não nego que, teoricamente, o pedido em questão encontra na doutrina e na própria norma de competência tributária fixada para a exigência de tais exações fundamentos suficientes para considera-lo correto. E foi assim, diga-se, que restou decidido, ainda que por

decisão, até aqui, não transitada em julgado, pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE de nº 574.706.

O problema aqui, contudo, é que, como apontado no início deste voto, a empresa insurgente nada disse ou comprovou acerca da origem dos valores identificados em contas bancárias de titularidade de terceiros; objetivamente, a recorrente não se opôs, faticamente, à constatação e tipificação da hipótese de omissão de receitas tratada pelo art. 42 da Lei 9.430.

Ora, a presunção de omissão de receitas recai sobre a ocorrência de um fato signo presuntivo de riqueza que, por decorrência das preceitos do art. 42 alhures mencionado, permite ao fisco inquina-los de fatos relevantes para o surgimento da obrigação tributária; mas não há, aí, objetivamente, uma prefixação da natureza, da composição, dos elementos, componentes desta mesma receita. Não é possível, portanto, cravar que os valores identificados em contas bancárias tenham se submetido à cobrança do próprio ICMS (ainda que se trate de receita proveniente de mercadorias, nada nos permite concluir que tais operações tenham, de fato, dado azo ao surgimento da obrigação relativa ao tributo estadual – porque, potencialmente, sujeitas, v.g., à regras imunizantes ou isentivas).

E, portanto, a própria inação do contribuinte, concernente a demonstração da origem dos preditos depósitos, que nos impede, no caso, de acolher a sua pretensão já que, objetivamente, não há provas de que tais receitas tenham comportado, em sua conformação, a exigência do ICMS.

Nesta esteira, e lembrando que nem mesmo por ocasião deste recurso voluntário, o contribuinte trouxe qualquer elemento que pudesse, remotamente, demonstrar em que particularidades, foram geradas as receitas objetos da autuação em análise, não há como se prover o apelo, justamente por não nos ser dado saber se o ICMS foi, de fato, ou não, cobrado da empresa recorrente.

II.4 Da qualificação e do agravamento das multas de ofício aplicadas.

No que toca, especificamente, a alegação de inconstitucionalidade da multa de ofício, fixada no patamar de 225%, a luz do princípio do não confisco, invoca-se, no caso, os preceitos da Súmula/CARF de nº 2 que, como já pontuado alhures, é de observância obrigatória aos membros deste Colegiado: “*o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*”.

Quanto ao mais, notem, a recorrente não se opõe, por argumentos fáticos ou jurídicos, à própria qualificação da penalidade, limitando-se a refutar, apenas, o agravamento realizado com espeque nos preceitos do art. 44, § 2º, da já mencionada Lei 9.430/96.

Neste diapasão, particularmente, entendo que a DRJ errou ao exonerar parte da multa qualificada imposta, já que, sobre semelhante matéria, teria ocorrido preclusão lógica, na forma do art. 16, *caput*, do Decreto 70.235/72. Como não houve a interposição de recurso de ofício, já que o valor exonerado seria inferior ao valor de alçada vigente à época dos fatos aqui analisados, não posso reverter a decisão recorrida neste ponto. Mas, inegavelmente, não posso me manifestar, agora, sobre a parcela do crédito tributário que permaneceu sujeita à penalidade fixada a ordem de 150%, justamente por falta de questionamento, específico, neste ponto, por parte do recorrente.

Quanto ao agravamento da multa, de outra sorte, impende trazer, aqui, os fundamentos adotados pela Turma *a quo* para afastá-lo, em parte, particularmente, em razão da não exibição de livros e documentos tendentes à apuração do lucro:

Não me parece que a não apresentação dos livros contábeis e fiscais, mormente quando o contribuinte procura explicar esta ausência pelo extravio, possa ser tomada como falta de "esclarecimentos", sob pena de que, qualquer arbitramento de lucros calcado na falta de apresentação dos livros obrigatórios ensejaria agravamento da multa. Não vejo, então, como aplicar a majoração da penalidade relativamente aos tributos decorrentes do arbitramento dos lucros.

É quando menos curioso que a DRJ tenha optado por cindir a sua análise no caso quando, como se extrai do TVF, o motivo determinante para agravar a penalidade é único, qual seja, a falta de atendimento às intimações lavradas. Até entendo, no caso, que a D. Auditoria Fiscal poderia ter, a partir das próprias considerações propostas ao longo de seu relato, melhor fundamentado a suas conclusões quanto aos percentuais das multas aplicadas (o que, por certo, teria resultado numa análise diferente daquela feita pela DRJ). Mas não o fez, limitando a motivar o seu ato, insista-se, na falta de atendimento, pelo contribuinte, às intimações voltadas ao esclarecimento da origem dos depósitos bancários identificados neste feito.

E aqui, como o fundamento é, apenas, o acima descrito, não temos como fugir aos ditames da Súmula 133 deste CARF, cujos ditames, repita-se, pela enésima vez, nos são impositivos:

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.

Aqui, por determinação explícita do RICARF, há que se reconhecer a procedência dos argumentos da parte insurgente, justamente por não podermos refugir aos termos da Súmula acima reproduzida, devendo-se afastar o agravamento também quanto a parcela do crédito tributário apurada em decorrência da omissão de receitas.

II.5 SELIC

Por fim, e quanto aos argumentos despendidos acerca da ilegalidade do uso da variação da SELIC como taxa de juros aplicados aos créditos tributários vencidos, invoca-se os preceitos da Súmula/CARF de n.º 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.

Desnecessárias, neste tópico, maiores ilações, estando corretas, a DRJ, e os próprios lançamentos ora polemizados.

III CONCLUSÃO.

A luz do exposto, voto por DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário a fim de afastar o agravamento da penalidade também em relação aos créditos

tributários constituídos a partir da constatação de omissão de receitas decorrentes da identificação de depósitos bancários de origem desconhecida e não comprovada.

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca