



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

Processo n° 11444.000175/2010-02
Recurso n° 895.139 Voluntário
Acórdão n° **1201-00.599 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 20 de outubro de 2011
Matéria IRPJ, CSLL, PIS E COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente SOMA VEÍCULOS DE ASSIS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

PRELIMINAR. LOCAL DE LAVRATURA.

Válido o auto de infração lavrado na repartição se o autuante dispunha dos elementos necessários ao lançamento, sendo a competência de lançamento da autoridade fiscal da Delegacia da Receita Federal, e não da Agência local.

NULIDADE.

Tratando-se de auto de infração lavrado por pessoa competente, não tendo havido preterição do direito de defesa da contribuinte e não tendo sido feridos os artigos 10 e 59 do Decreto n° 70.235/72, não cabe o acatamento da preliminar de nulidade.

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

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.

LUCRO PRESUMIDO. PERCENTUAL APLICÁVEL.

Tratando-se de receita proveniente de intermediação de negócios aplica-se o percentual de 32%, acrescido de 20% por ter sido arbitrado o lucro.

IMPUGNAÇÃO. ÔNUS DA PROVA.

As alegações apresentadas na impugnação devem vir acompanhadas das provas documentais correspondentes, sob risco de impedir sua apreciação pelo julgador administrativo.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS. COFINS. CSLL.

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

MULTA QUALIFICADA.

A reiteração da omissão de receita, bem como a significância dos valores omitidos, permitem concluir que a infração não decorreu de mero erro cometido pelo sujeito passivo, e sim de sua vontade livre e consciente de evadir-se do pagamento dos tributos devidos.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de inconstitucionalidade de lei. Súmula 2 do CARF

JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA 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 4 do CARF.

Recurso conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em AFASTAR as preliminares de nulidade. Quanto ao mérito, por maioria de votos, em NEGAR provimento ao Recurso. Vencidos os conselheiros Rafael Correia Fuso (Relator) e André Almeida Blanco, que reduziam a multa de ofício de 150% ao patamar de 75%. Designado o conselheiro Marcelo Cuba Netto para a redação do voto vencedor.

(documento assinado digitalmente)

CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

RAFAEL CORREIA FUSO - Relator.

(documento assinado digitalmente)

MARCELO CUBA NETTO - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Claudemir Rodrigues Malaquias (Presidente), André Almeida Blanco, Rafael Correia Fuso, Antonio Carlos Guidoni Filho, Marcelo Cuba Netto e Viviane Vidal Wagner.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 26/02/2010, em que cobra IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, sob a sistemática do arbitramento do lucro, em razão do contribuinte ter deixado de apresentar:

- *Diário e Razão ou Livro Caixa com escrituração do período de 01/01/2005 a 31/12/2007;*

- *Notas Fiscais de Saída e Notas Fiscais de Prestação de Serviços referente ao período de 01/01/2005 a 31/12/2007;*

- *Livros fiscais em conformidade com o regime de tributação (Registros de Entradas, Saídas, Apuração do ICMS, Prestação de Serviços, Inventário, Utilização de Documentos e Termos de Ocorrência) com escrituração do período de 01/01/2005 a 31/12/2007.*

Vejamos com detalhes os tributos e multas aplicadas pela fiscalização:

1 - Imposto sobre a renda de pessoa jurídica (IRPJ) - fls. 2 a 28.

Imposto: R\$ 62.643,38

Juros de mora: R\$ 22.037,61

Multa Proporcional: R\$ 61.290,71

Total: R\$ 145.971,70

Enquadramento legal do imposto: RIR, de 1999, arts. 146, I, 147, I, 218, 219, 220, 224, 516, § 4º, 518, 519, § 1º, III, "b", § 4º e § 6º, 530, I e III, 532, 537, 538, 540, 541, 836, 841, IV e VI, 856 e 904; Lei nº 8.981, de 1995, arts. 31 e 47, III; Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, arts. 3º e 24; Lei nº 9.250, de 1995, art. 40; Lei nº 9.311, de 1996, art. 11, § 2º; Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, arts. 1º, 5º e 27, I, 42; Lei nº 9.716, de 1998, art. 5º, parágrafo único; Instrução Normativa (IN) SRF nº 152, de 1998.

2 - Contribuição para o PIS - fls. 29 a 52.

Contribuição: R\$ 21.357,65

Juros de mora: R\$ 7.889,08v

Multa Proporcional: R\$ 18.475,26

Total: R\$ 47.721,99

Enquadramento legal da contribuição: Lei Complementar (LC) nº 7, de 7 de setembro de 1970, arts. 1º e 3º, "b"; Lei nº 9.249, de 1995, art. 24, § 2º; Lei nº 9.311, de 1996, art. 11, § 2º; Lei nº 9.430, de 1996, art. 42; Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998, art. 2º, I, 8º, I, 9º, 10 e 11; Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, arts. 2º e 3º; Medida Provisória (MP) nº 2.158-33, de 2001, art.18, e reedições; Decreto nº 4.524, de 17 de dezembro de 2002, arts. 1º, 2º, I, a e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51, 74, 82, I, 91, 92 e 93; Lei nº 10.637, de 2002, art. 8º, II.

3 - Contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL) - fls. 53 a 74:

Contribuição: R\$ 44.718,12

Juros de mora: R\$ 15.815,24

Multa Proporcional: R\$ 44.544,83

Total: R\$ 105.078,19

Enquadramento legal da contribuição: Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, arts. 1º, 2º e §§, 4º e 6º, caput e parágrafo único; Lei nº 9.249, de 1995, art. 24, § 2º; Lei nº 8.981, de 1995, art. 57; Lei nº 9.311, de 1996, art.11, §2º; Lei nº 9.430, de 1996, arts. 28, 29 e 42; Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, art. 37; Lei nº 9.249, de 1995, art. 20, com a redação dada pela Lei nº 10.684, de 2003, art. 22.

4- Contribuição para a Seguridade Social (Cofins) - fls. 75 a 98.

Contribuição: R\$ 98.602,57

Juros de mora: R\$ 36.427,54

Multa Proporcional: R\$ 85.3.13;97

Total: R\$ 220.344,08

Enquadramento legal da contribuição: Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, art. 1º; Lei nº 9.249, de 1995, art. 24, § 2º; Lei nº 9.718, de 1998, arts. 2º, 3º e 8º; Medida Provisória (MP) nº 2.158-33, de 2001, art.18, e reedições; Lei nº 9.311, de 1996, art.11, §2º; Lei nº 9.430, de 1996, art. 42; Decreto nº4.524, de 2002, arts. 1º, 2º, II, parágrafo único, 30, 10, 22, 51, 74, 82, I, 91, 92 e 93; Lei nº 10.833, de 2003, art. 10, II.

A origem da fiscalização se deu em análise de movimentação financeira da contribuinte, conforme exposto abaixo:

Consta no banco de dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB - que nos anos-calendário de 2005 a 2007, o sujeito passivo declarou através da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ - (fls. 118 a 146), utilizando como forma de tributação o lucro presumido, receitas no valor de R\$ 57.964,59, porém sua movimentação financeira informada pelo Banco ABN AMRO REAL S/A, atingiu o valor de R\$ 3.529.225,70.

Consta também que o sujeito passivo foi beneficiário, nestes anos, de receitas/rendimentos relativos a serviços prestados e/ou outros rendimentos, declaradas por pessoas jurídicas, através da Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte - DIRF - (fls. 220 a 228) no valor de R\$ 556.922,56.

Seguem ainda as transcrições do trabalho fiscal:

Em 03/03/2009, sujeito passivo, através de correspondência protocolada na Agência da Receita Federal am Assis, apresentou cópia do Contrato Social e da 1ª alteração contratual (fls. 235 a 243). Em 16/03/2009, protocolou correspondência com cópias dos extratos bancários do Banco ABN AMRO REAL S/A, dos anos de 2005 a 2007, que por ser idêntico ao apresentado pela instituição financeira, será devolvido ao sujeito passivo (ver item 2.3).

Não tendo sido apresentado o extrato bancário dentro do prazo concedido, foi emitido em 09/03/2009, portanto, antes da entrega do extrato pelo sujeito passivo, Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira - RMF – ao Banco ABN AMRO REAL S/A (fls. 244 a 249), que apresentou os extrato e os dados constantes da ficha cadastral do sujeito passivo (fls. 250 a 359).

Na correspondência datada de 16/03/2009 cf fls. 360 a 363), além da apresentação dos extratos bancários, a pessoa jurídica argumenta que a movimentação bancária "não se trata de receitas" pois as "vendas de nossos produtos (carros) am sua maioria efetuadas em consignação ou seja, os veículos não são de nossa propriedade. Eles são financiados, entre nossos clientes e a instituição financeira, e que a cada operação o dinheiro passa necessariamente por nossa conta-corrente e de imediato oi repassado a instituição financeira, permanecendo em nossa conta apenas a comissão pela intermediação do negocio que VV.SS. poderá confirmar analisando a cópia dos extratos cujo saldo em 30 de cada mês é compatível a denúncia feita através da DIRF". Tal argumentação não prospera diante da falta de comprovação através da escrituração contábil e dos livros e documentos fiscais, e sem sustentação conforme demonstrado no item 2 do Termo de Intimação e Cientificação Fiscal, de 22/05/2009 (fls. 432 a 455).

A análise dos extratos bancários, revelou que, após a exclusão dos créditos decorrentes de devolução de TED e de cheques, no total de R\$ 46.993,16, foram creditados e/ou depositados nas

mesmas contas no montante de R\$ 905.213,15, no ano-

calendário 2005, R\$ 1.066.466,93, no ano-calendário 2006 e R\$ 1.460.644,33, no ano-calendário 2007 (demonstrativo das fls. 437 a 453), montante esses muito superiores as receitas declaradas pelo sujeito passivo à Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, por intermédio das respectivas DIPJ's (fls. 118 a 146), no valor de R\$ 14.616,50, 11.648,00 e 31.700,09 respectivamente para os anos-calendários de 2005, 2006 e 2007. Intimada a comprovar, através do citado Termo de Intimação e de Cientificação Fiscal, de 22/05/2009, (fls. 432 a 455), por meio de documentos hábeis e idôneos, a origem dos créditos bancários, não houve manifestação por parte do sujeito passivo.

Também intimada a apresentar pelo citado Termo de Intimação e de Cientificação Fiscal as cópias dos contratos que embasaram os créditos bancários efetuados à título de "LIBERAÇÃO FINANCIAMENTO" dos extratos bancários, não houve apresentação de qualquer documento ou esclarecimento por parte do sujeito passivo.

Em relação à natureza da operação, as financeiras informaram tratar-se de pagamentos de comissões pela intermediação no financiamento de veículos, exceção dos seguintes pagamentos efetuados pela CREDICENTER, que trata-se de repasses de patrocínio para propaganda da loja SOMA MULTIMARCAS (conforme extrato analítico de pagamentos da CREDICENTER das fls. 398 a 411).

Em 27/07/2009, o sujeito passivo foi cientificado, através do Termo de Constatação e de Cientificação Fiscal (fls. 478 a 488), de que, tendo sido constatado omissão de receitas de comissões pela intermediação de negócios, omissão de receitas de patrocínio, omissão de receitas por depósitos bancários no Banco ABN AMRO REAL S/A de origem não comprovada e aplicação indevida de percentual reduzido para apuração do lucro, a apuração o Imposto de renda e de seus reflexos seria discriminadas pelo tipo de receitas omitido. Foi também cientificado das bases que serviriam para apuração do imposto e de seus reflexos.

Tendo em vista que não consta, no banco de dados da RFB, a entrega do Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais - DACON -, no período de 01/2005 a 12/2007 e da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF - relativo ao período de 01/2007 a 06/2007, INTIMAMOS o sujeito passivo, através do Termo de Constatação e de Intimação Fiscal, de 13/08/2009 (fls. 489 e 490), a, efetuar a entrega dos documentos a RFB, sob pena de aplicação de multa regulamentar por declaração/demonstrativo não-entregue. O sujeito passivo não comprovou, até a presente data, a entrega dos documentos intimados.

Em 12/11/2009, através de nova Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (fls. 495 a 503), solicitamos ao Banco Real S/A, cópias de contratos de financiamento relativos aos créditos efetuados a título de "LIBERAÇÃO DE

FINANCIAMENTO", tendo sido apresentado o Contrato de Prestação de Serviços de Intermediário, celebrado com o sujeito passivo cf/fls. 504 a 508).

Dos valores de receita acima apurados, serão deduzidos os declarados pelo sujeito passivo, através da DIPJ e DCTF. O demonstrativo com a apuração dos valores de receita lançados estão detalhadas no item 6 deste Relatório Fiscal.

APLICAÇÃO INDEVIDA DO PERCENTUAL REDUZIDO PARA APURAÇÃO DO LUCRO -

Comprovado que a empresa não é pessoa jurídica exclusivamente prestadora de serviços, não faz jus a redução da alíquota de presunção de lucro prevista no artigo 40 da Lei nº 9.250, de 26/12/1995, no percentual de 16%. Constata-se ainda da planilha relativas a comissões recebidas, do subitem 3.1, que, nos anos/escalendários de 2005 a 2007, o sujeito passivo auferiu receitas desta atividade que ultrapassar o limite de R\$ 120.000,00, estabelecido pela legislação que instituiu o benefício.

OMISSÃO DE RECEITAS DE PATROCÍNIO E PROPAGANDA

Os pagamentos efetuados pela CREDICENTER, a título de repasses de patrocínio para propaganda da loja SOMA MULTIMARCAS abaixo demonstradas terão o imposto de renda calculada como receitas da atividade comercial:

<i>MS</i>	<i>RENDIMENTO INFORMADO</i>	<i>IRRF</i>
<i>07/2005</i>	<i>680,00 0,00</i>	
<i>12/2005</i>	<i>680,00 0,00</i>	
<i>05/2006</i>	<i>1.500,00 0,00</i>	

OMISSÃO DE RECEITAS POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA –

Os créditos efetuados nas contas mantidas em instituições financeiras e para os quais não houve comprovação da origem, são consideradas, por presunção legal, omissão de receitas e sujeitos à tributação nos termos do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/96. Para o cálculo destes valores omitidos, foram abatidos da planilha ANEXO 1, do Termo de Intimação e Cientificação Fiscal, de 22/05/2009, os seguintes valores:

a) R\$ 109.210,81 - relativo aos créditos com histórico de lançamento "LIBERAÇÃO GARANTIDA", por se tratar de financiamentos efetuados pelo sujeito passivo, tendo sido vinculados aos débitos relativos à sua quitação conforme demonstrativo das folhas 511 e 512;

b) R\$ 431.677,56 relativos aos valores de comissão pagos pelas financeiras, os quais foram possíveis a identificação no extrato

bancário do Banco ABN AMRO REAL S/A e relacionadas no demonstrativo das folhas 513 a 520;

C) R\$ 109.688,24 relativos aos valores de comissão pagas pela Banco ABN AMRO REAL S/A, os quais não foi possível a identificação nos extratos bancários.

O sujeito passivo alegou em sua correspondência de 16/03/2009, de que a maior parte de suas vendas feitas mediante consignação. Sobre a equiparação do comércio de veículos usados como operação de consignação dispõe assim o artigo 5º da Lei nº 9.716/98:

"Art. 5º As pessoas jurídicas que tenham como objeto social, declarado em seus atos constitutivos, a compra e venda de veículos automotores poderão equiparar, para efeitos tributários, como operação de consignação, as operações de venda de veículos usados, adquiridos para revenda, bem assim dos recebidos como parte do prego da venda de veículos novos ou usados.

Parágrafo único. Os veículos usados, referidos neste artigo, serão objeto de Nota Fiscal de Entrada e, quando da venda, de Nota Fiscal de Saída, sujeitando-se ao respectivo regime fiscal aplicável às operações de consignação."

Não tendo a pessoa jurídica apresentados as Notas Fiscais de Entrada, bem como as Notas Fiscais de Saída, não ha como equiparar a atividade do sujeito passivo, como operação de consignação. Não sendo possível tal equiparação, serei aplicada para o cálculo do lucro relativo a omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, a alíquotas aplicada ao comércio em geral.

Tendo o Banco ABN AMRO REAL S/A sido intimado a apresentar os documentos comprobatórios dos créditos com histórico "LIBERAÇÃO DE FINANCIAMENTO", apresentou o contrato constante das folhas 505 a 508, que comprovam que tais créditos referem-se a receitas de comercialização de veículos usados por se tratarem de valores creditados pelas financeiras para pagamento do bem alienado, no termos do item 6 do Contrato de Prestação de Serviços de Intermediário, celebrado entre o sujeito passivo e a instituição financeira e que assim dispõe:

"6. A liberação dos recursos para o pagamento do bem financiado ou do bem objeto de arrendamento mercantil será efetuado mediante cheque cruzado intransferível, de emissão das CONTRATANTES, a favor do vendedor do bem ou mediante crédito em conta de depósito a vista de titularidade do vendedor do bem." A existência de varies liberações durante o mês (por exemplo: 12 liberações em 04/2005, 16 em 10/2006, 19 em 07/2007) e a falta de lançamentos, nos extratos apresentados, relacionados a quitação deste financiamento, comprovam que não se tratam de financiamentos efetuados pelo sujeito passivo,

mas sim pelos seus clientes que adquiriram os veículos mediante financiamento.

Entendemos, assim, tratar-se de créditos da mesma natureza do efetuado pela BV FINANCEIRA, abaixo relacionada, relativos as Cédulas de Crédito Bancário - CCD - das fls. 420 a 423 e 428 a 429, nos quais consta como vendedor do bem financiado a SOMA VEICULOS DE ASSIS LTDA, sendo o emitente da CCD o comprador do bem e responsável por sua quitação.

Inconformada com o lançamento fiscal, a contribuinte apresentou impugnação alegando em síntese que:

- Ilegitimidade e ilegalidade do lançamento efetuado com base em valores de extratos ou comprovantes de depósitos bancários. Não basta a simples presunção legal de que os depósitos bancários constituem renda tributável, é imprescindível que seja comprovada a utilização dos valores depositados como renda consumida evidenciando sinais exteriores de riqueza, uma vez que tais depósitos, por si só, não constituem fato gerador do imposto de renda, pois não caracterizam disponibilidade econômica de renda e proventos;

- Não pode o Fisco promover o lançamento sobre os valores constantes dos extratos de movimentação bancária, mas sim sobre o lucro efetivamente auferido na venda dos veículos. A IN SRF nº 152, de 1998, dispõe que o valor a ser computado como receita é a diferença entre o valor de venda do veículo usado e o seu custo de aquisição. A Lei nº 9.716, de 1998, art. 5º é enfática ao assentar que é opção do comerciante de veículos usados proceder equiparação da venda de operação de consignação;

- Cabe ao Fisco a comprovação não só da utilização de valores depositados como renda consumida, bem como em aplicações em mercados financeiros, a demonstrar sinais exteriores de riqueza;

- O art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, baseado exclusivamente em presumir a omissão de rendimentos de valores creditados em conta de depósito ou investimento está a malferir a ordem constitucional e noções elementares encartadas no direito tributário que define o seu fato gerador e o conceito de renda;

- Inviolabilidade do sigilo de dados. Não se poderia dizer que a Lei Complementar (LC) nº 105, de 2001, de constitucionalidade discutível, permite ao Fisco a quebra do sigilo bancário sem que haja necessidade de autorização judicial, sendo que para mitigar os seus efeitos, o Decreto nº 3.724, de 2001, que a regulamentou, deixou expresso que isso só seria possível quando houver procedimento de fiscalização em curso e desde que ocorra, no caso concreto,

uma das hipóteses elencadas no texto legal. No presente procedimento o poder público primeiro acusa, depois tenta reunir provas, para após formalizar o procedimento administrativo;

- As multas aplicadas ofendem os princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade e do não confisco. O Fisco não demonstrou que ela tenha agido com intuito de fraude. Quando intimada apresentou os extratos bancários que serviram de substrato para a lavratura do auto de infração e não existe qualquer indicio de que tenha embaraçado os trabalhos da fiscalização ou que tenha agido com intuito de fraude;

- Apresentou justificativa plausível da movimentação bancária, o que afasta a multa agravada por ausência de dolo, tendo em vista que promoveu os recolhimentos com base no lucro líquido apurado. Além disso, sobre as comissões recebidas dos bancos e financeiras por conta dos financiamentos dos veículos alienados a terceiros, a maioria deixados em consignação, houve retenção do imposto de renda na fonte e, sobre as demais receitas (lucro líquido) auferidas houve denúncia e recolhimento, bastando cotejar as DIPJ de fls. 118 a 218;

- A lavratura do auto de infração fora do local da hipotética verificação da falta configurou violação aos diplomas legais que regulam o Processo Administrativo Fiscal (PAF), devendo o procedimento fiscal observar, sob pena de nulidade, os ditames do art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972;

- A autoridade fiscal relata que "Não tendo apresentado o extrato bancário dentro do prazo concedido, foi emitido em 09/03/2009, portanto, antes da entrega do extrato pelo sujeito passivo, Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira — RMF — ao Banco ABN AMRO Real S/A (fls. 244 a 249), que apresentou os extratos e os dados constantes da ficha cadastral do sujeito passivo (fls. 250 a 359). Na correspondência datada de 16/03/2009 (fls. 360 a 363), além da apresentação dos extratos bancários, a pessoa jurídica argumenta que a movimentação bancária "não se trata de receitas" pois as "vendas de nossos produtos (carros) em sua maioria efetuadas em consignação ou seja, os veículos não são de nossa propriedade. Eles são financiados, entre nossos clientes e a instituição financeira, e que a cada operação o dinheiro passa necessariamente por nossa conta-corrente e de imediato é repassado a instituição financeira, permanecendo em nossa conta apenas a comissão pela intermediação do negócio que V. Sa. poderá confirmar analisando a cópia dos extratos mês a

mês, cujo saldo em 30 de cada mês é compatível a denúncia feita através da DIRF". O fiscal asseverou que tal argumentação não prospera diante da falta de comprovação através da escrituração contábil e dos livros e documentos fiscais e sem sustentação. O demonstrativo dos créditos bancários das contas-correntes (fls. 437/453, 511/512 e 513/520) comprovam extreme de dúvidas que a maioria dos históricos referem-se a liberações e pagamentos de financiamentos. Aliás, esses representam os de maior valor justamente por se referir à venda dos veículos deixados em consignação e que foram adquiridos mediante financiamento, que eram depositados em suas contas-correntes e depois repassados as financeiras;

- O auditor fiscal teve conhecimento dos históricos de suas movimentações bancárias, por meio dos extratos que exibiu (fls. 270/359), que se referem na maioria em liberação de financiamento. Logo, jamais poderiam ser considerados como lucro líquido e, por presunção, sobre eles promover o lançamento de ofício, o que demonstra excesso de exação;

- Pela descrição dos fatos a imposição mais se adequaria a uma obrigação de fazer e não fazer, cuja penalidade derivaria, em tese, de uma obrigação tributária acessória, que, segundo o art. 113 do CTN, é decorrente da legislação tributária. Sendo o auto de infração um ato administrativo vinculado ao princípio da reserva legal, conclui-se que a imprecisão decorrida da ausência de provas e presunção baseada em documentos e fatos discutíveis, constantes do processo, nulifica todo o procedimento;

- Por todo o exposto e considerando a inexistência de dolo ou má-fé, não se pode penalizar a impugnante por fatos inexistentes e discutíveis, desprovidos da necessária convicção de certeza e sem a apresentação de provas materiais objetivas que dêem respaldo a esse enquadramento, que fere o princípio da capacidade tributária da defendente. Assim, sendo deve ser aplicado o previsto no art. 112, II, do CTN;

- Houve duplicidade de tributação sobre as receitas de comissões recebidas das financeiras por intermediação de negócios. As comissões estavam englobadas nos valores dos financiamentos que foram creditados na conta-corrente da impugnante e sobre esses valores foram lançados os tributos. Além disso, quando do pagamento das comissões dos financiamentos, as financeiras promoveram a retenção do imposto de renda na fonte;

- Foram depositados em suas contas-correntes valores que não lhe pertenciam, consubstanciados nos financiamentos

efetuados, não sendo cabível a tributação sobre o montante lançado nos extratos bancários. De acordo com a Instrução Normativa (IN) nº 152, de 1998, mesmo que se tratasse de venda de veículos usados, a receita deveria incidir sobre a diferença entre o valor de alienação e o custo de aquisição. No caso, recebia, nas transações efetuadas, comissões como intermediária e sobre esse lucro líquido houve tempestivo recolhimento dos tributos. Portanto, no tocante à determinação da base de cálculo da CSLL e do PIS, a receita a computar seria a diferença entre os preços de compra e revenda do bem;

- Não bastasse, as empresas que tenham como objeto social, declarado em seus atos constitutivos, a compra e venda de veículos automotores, ficam sujeitas ao pagamento das contribuições ao PIS e Cofins. As alíquotas de 0,65 % e 3%, respectivamente, sobre a diferença entre os preços de revenda e de compra de bem;

- Assim sendo, as receitas da compra e venda de veículos automotores equiparadas, para efeitos tributários, como operação de consignação, as operações de venda de veículos usados, adquiridos para revenda, bem assim dos recebidos como parte do preço na permuta de veículos usados, não estão sujeitos à incidência cumulativa das contribuições (Lei nº 10.833, de 2003, art. 10, e Lei nº 10.637, de 2002, art. 8º). Destarte, as multas aplicadas sobre a pseudo omissão de receitas, também são indevidas, já que acessórias da obrigação principal;

- A exigência da taxa Selic fere o princípio da estrita legalidade, por não ser prevista em lei. Se destina à remuneração do dinheiro e compreende ainda correção monetária, não podendo ser aplicada cumulada com qualquer outro índice de atualização ou com juros moratórios em separado;

- Forçoso concluir que a sistemática adotada pelo Fisco para chegar ao crédito exigido malfez o sistema normativo que rege a matéria, maculando o procedimento fiscal em seu nascedouro, pois impede ao contribuinte o exercício pleno de seu direito, inclusive, se fosse o caso, o adimplemento justo do crédito reclamado. O ato administrativo que não obedece aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade é nulo;

- A receita de patrocínio e de propaganda por estar inclusa na movimentação bancária, foi alcançada pelo lançamento do tributo principal. Trata-se de tributação reflexa, tal como ocorre nas contribuições, cuja exigência fica

condicionada àquele, sob pena de se constituir dupla tributação;

- O valor de R\$ 2.860,00, recebido da empresa Credicenter, relativo a 07/2005, 12/2005 e 05/2006, já foi declarado na DIPJ como receita bruta sujeita ao percentual de 16%, conforme se verifica As fls. 128/218;

- Quanto à desconsideração do percentual reduzido para apuração do lucro, não deve prosperar pois, conforme se verifica de seu estatuto social (fl. 237), tem como objeto social "o comércio a varejo de automóveis, camionetas e utilitários usados e prestação de serviços de lavagem e estacionamento de veículos, CNAE nº 5010-5/06". Nesse sentir, estando autorizada a prestação de serviços e, considerando que as comissões recebidas das financeiras não pode ser catalogada como intermediação de negócios, prevista na letra "b", do inciso IV do artigo 3º da Lei nº 9.250, de 1995, não prospera o lançamento, assim como as multas aplicadas de forma agravada. Os documentos colacionados às fls. 220/228, 390/394, 459/467 e 475/476, referem-se A remuneração paga por serviços prestados por pessoa jurídica, mediante retenção do imposto de renda na fonte.

A DRJ de Ribeirão Preto manteve o lançamento fiscal, conforme ementa abaixo transcrita:

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

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.

LUCRO PRESUMIDO. PERCENTUAL APLICÁVEL.

Tratando-se de receita proveniente de intermediação de negócios aplica-se o percentual de 32%, acrescido de 20% por ter sido arbitrado o lucro.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

PRELIMINAR. LOCAL DE LAVRATURA.

Válido o auto de infração lavrado na repartição se o autuante dispunha dos elementos necessários ao lançamento.

NULIDADE.

Tratando-se de auto de infração lavrado por pessoa competente, não tendo havido preterição do direito de defesa da contribuinte e não tendo sido feridos os artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72, não cabe o acatamento da preliminar de nulidade.

IMPUGNAÇÃO. ÔNUS DA PROVA.

As alegações apresentadas na impugnação devem vir acompanhadas das provas documentais correspondentes, sob risco de impedir sua apreciação pelo julgador administrativo.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS. COFINS. CSLL.

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

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

PROVA. EXTRATOS BANCÁRIOS. OBTENÇÃO.

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

MULTA QUALIFICADA.

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

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

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

JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA 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.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

A contribuinte foi intimada da decisão de primeira instância administrativa em 19.11.2010. Inconformada, protocolou Recurso Voluntário em 15.12.2010, alegando que:

- Alega que a doutrina e jurisprudência caminham fortemente na direção de ser irrelevante qualquer pretensão a exação fiscal que tenha como sustentáculo movimentação financeira via extrato bancário, pois inexistente fato gerador do Imposto de Renda a lhe ensejar credibilidade jurídica.

- Menciona que esses entendimentos estão em consonância com o artigo 43, I do CTN e artigo 150, incisos I e IV da Constituição Federal.

- Assim, com espeque numa suposta omissão de receita, o Auditor Fiscal da Receita Federal efetuou o lançamento de ofício do débito, concernente ao IRPJ/2005, 2006 e 2007, exclusivamente em razão de movimentação bancária.

- Destaca que a questão que se coloca no presente processo é a legitimidade e legalidade do lançamento efetuado com base em valores de extratos ou comprovantes de depósitos bancários.

- De outro ponto, questiona de quem seria o ônus da demonstração do nexos causal entre cada depósito e o fato gerador para caracterizar omissão de rendimentos.

- E, ainda, se o fato gerador do Imposto de Renda pode ser aferido mediante presunção e ficção, com a subversão do conceito de renda estabelecido pelo artigo 43 do CTN.

- E, por último, se é possível quebra de sigilo bancário, sem autorização do poder judiciário.

- Tratou do conceito de renda, nos termos do artigo 43 do CTN. Cita ainda que Renda e proventos de qualquer natureza é expressão que limita o âmbito de incidência de imposto federal. A não ser assim, ter-se-ia de ler a norma constitucional como se esta atribuísse competência à União para instituir e cobrar imposto sobre qualquer fato, a critério do legislador e da autoridade atuante...E isto não está escrito na norma da Constituição.

- Considera que no procedimento fiscal tributário para haver a atuação, com base em depósito bancário, nos termos do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, como já dito alhures, não basta a simples

presunção legal de que os depósitos constituem renda tributável, é imprescindível que seja comprovada a utilização dos valores depositados como renda consumida, evidenciando sinais exteriores de riqueza, visto que, por si só, depósitos bancários não constituem fato gerador do imposto de renda pois não caracterizam disponibilidade econômica de renda e proventos.

- Em conclusão, afirma que, no sistema jurídico tributário brasileiro, (a) renda é o acréscimo patrimonial resultante do trabalho, do capital, ou da combinação desses dois fatos; (b) proventos de qualquer natureza são acréscimos patrimoniais que não têm origem no capital, no trabalho, nem na combinação desses dois fatos; (c) a expressão renda e proventos de qualquer natureza só abrange os fatos que possam ser considerado com acréscimo patrimonial; (d) o legislador ordinário não pode definir como acréscimo patrimonial aquilo que evidentemente não o seja, na linguagem comum e finalmente, (e) cabe ao Poder Judiciário, e em última instância ao Supremo Tribunal Federal, dizer o que se há de entender como acréscimo patrimonial, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo de lei que estabelecer conceito diverso (Hugo de Brito Machado, O Conceito Jurídico de Renda, em Repertório de Jurisprudência, nº 15/88, 1ª quinzena de agosto de 1988).

- Cita inúmeros acórdãos do extinto Conselho de Contribuintes sobre a matéria, conforme se observa abaixo:

"Ementa: IRPJ — LANÇAMENTO COM BASE EM EXTRATOS/DEPÓSITOS BANCÁRIOS — Incabível o lançamento efetuado tendo como suporte valores de depósitos constantes de extratos bancários, por não caracterizarem, por si sós, disponibilidade econômica de renda e proventos na forma definida no artigo 43 do Código Tributário Nacional. Recurso Provido." (Primeira Câmara, Proc. nº 13805.009746/95-17, Recurso Voluntário, Matéria IRPJ e outros, sessão realizada em 05/12/2000, Acórdão nº 101-93301, Relator Raul Pimentel, Decisão por maioria de votos).

- Transcreve ainda que Qualquer exigência de imposto que incida sobre "situação" ou "relação Mica" que não seja expressão de riqueza, especificada, qualificada e juridicamente delimitada como "patrimônio" será, simplesmente NULA, NENHUMA, INEXISTENTE, por absolutamente INCONSTITUCIONAL.

- Destaca que se houvesse algum imposto a ser recolhido, sem sombra de dúvidas, deveria incidir sobre o lucro efetivamente auferido pela recorrente, quando da venda dos veículos, mas nunca sobre o total da venda, mormente considerando que a maioria dos bens comercializados foram deixados por seus proprietários em regime de consignação.

- Cita que texto legal do artigo 50 da Lei 9.716/98 é enfático ao assentar que é opção do comerciante, de veículos usados,

proceder á equiparação da venda de operação de consignação. Feita a opção, tanto a compra e como a venda ficam submetidas ao regime fiscal aplicável ás operações de consignação.

- Afirma que pelo artigo 96, da IN SRF 390 de 2004, que considera-se receita bruta para efeito deste artigo, a diferença entre o valor pelo qual o veiculo usado tiver sido alienado.

- Assim, somente a diferença entre o preço de venda e o custo da aquisição do veiculo automotor usado é que fará parte da receita bruta. E, nesse particular os tributos foram recolhidos.

- Insurge em sua retórica que partindo-se da premissa de que são constitucionais a Lei Complementar 105/2001, o Dec. 3724/2001 e a Portaria SRF 180/2001, na lavratura de autos de infração envolvendo movimentações financeiras (depósitos bancários) de contribuintes (pessoas físicas e jurídicas), o ônus da prova dos fatos jurídicos tributários é do fisco.

- Merece temperança outra, eventuais posicionamentos arrimados no art. 42 da Lei 9.430/1996, no sentido de que nos casos de depósitos bancários "a descoberto" há presunção legal de omissão de rendimentos e/ou receitas tributáveis quando não for demonstrada, por documentação hábil e idônea, a natureza-origem (que não de rendimentos e/ou receitas) dos recursos utilizados nessas operações.

- Transcreve que nos dias de hoje, não se acredita mais na inversão da prova por força da presunção de legitimidade dos atos administrativos e tampouco se pensa que esse atributo exonera a administração de provar as ocorrências que se afirma terem existido. Na própria configuração oficial do lançamento, a lei institui a necessidade de que o ato jurídico administrativo seja devidamente fundamentado, o que significa dizer que o fisco tem que oferecer prova concludente de que o evento ocorreu na estrita conformidade da previsão genérica da hipótese normativa. Seguindo adiante, vindo o sujeito passivo a contestar a fundamentação do ato aplicativo lavrado pelo Fisco, o ônus de exhibir a improcedência dessa iniciativa impugnatória volta a ser, novamente, da Fazenda, a que; quadrará provar o descabimento jurídico da impugnação, fazendo remanescer a exigência. Vê-se, no fundo, que é função precípua do Estado-Administração, empregar a linguagem jurídica competente na produção dos atos de gestão tributária. O pressuposto de fato da incidência há que ser relatado de maneira transparente e cristalina, revestido com os meios de prova admissíveis nesse setor do direito, para que possa prevalecer, surtindo os efeitos de estilo, quais sejam os de constituir o vinculo obrigacional, atrelando o particular ao Fisco, em termos de satisfação do objeto prestacional.

- Argui ainda que se pudesse usar da presunção para a exigibilidade tributária, o legislador teria, de forma expressa, autorizado referida faculdade inserindo-a em lei. Se não o fez, é porque tal procedimento não tem amparo legal. Não pode o Fisco disciplinar onde a lei não disciplina.

- Isso porque, o fato meramente alegado e cuja ocorrência não é demonstrada, simplesmente não têm o condão, "per si", de obrigar a contribuinte. O Fisco não demonstrou, quando era seu o ônus, de forma suficiente a ocorrência do fato gerador.

- Menciona que a inviolabilidade do sigilo de dados, foi erigida ao status de direito fundamental da pessoa (art. 5º, XII), representando, na verdade, um freio imposto na Lei Maior aos amplos poderes de que se julgavam revestidos os órgãos fazendários no que tange à obtenção de informações, por terceiros, de dados privativos dos contribuintes.

- Afirma que a jurisprudência dos nossos tribunais tem repellido as mais variadas tentativas da administração fazendária para colher informações armazenadas em banco de dados, o mesmo se diga, no caso, quanto à insistente pretensão da Receita Federal de violar o sigilo bancário. No particular, têm decidido os tribunais que só se admite a quebra do sigilo, excepcionalmente, por expressa determinação judicial.

- Contesta que a LC 105/2001, de constitucionalidade discutível, não permite ao Fisco a quebra de sigilo bancário sem que haja necessidade de autorização judicial, sendo que para mitigar os seus efeitos, o Dec. 3724, também de 10.01.2001, que a regulamentou, deixou expresso que isso só seria possível quando houver procedimento de fiscalização em curso e desde que ocorra no caso concreto uma das hipóteses elencadas no texto legal.

- Mister, que para haver a quebra de sigilo bancário/fiscal na atualidade, deverá haver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, sendo certo que tais exames sejam considerados imperiosos e fundamentais pela autoridade administrativa competente. O que se vê no presente procedimento é justamente o contrário, onde poder público acusa, depois tenta reunir provas, para após formalizar o procedimento administrativo.

- Do exposto conclui-se que, a inviolabilidade do sigilo de dados é direito fundamental da pessoa, constitucionalmente assegurado no art. 5º, XII, da Carta Política de 1988, correlato ao direito à privacidade consagrado no inc. X do mesmo artigo.

- Questiona ainda as multas aplicadas, afirmando que as mesmas são confiscatórias.

- Aponta que o auto de infração não foi lavrado no domicílio da autuada, estabelecida em Assis-SP, mas junto à Secretaria da Receita Federal de Marília SP.

- O Decreto nº 70.235/72, baixado por delegação de competência do Dec.-Lei nº 822/69, com força de lei federal, continua em vigor (STF, RE nº113.658, AC-1a T., DJU-I 27.4.90, p. 3.425).

- Mencionada que a doutrina específica é taxativa quanto à obrigatoriedade da lavratura do auto de infração no local do estabelecimento fiscalizado, considerando-se ineficaz e inválido a peça básica do processo administrativo-fiscal, in casu, o auto de infração quando lavrado na própria Repartição Fiscal, como ocorreu no presente caso; ou no escritório do agente fiscal ou em qualquer outro local diverso do estabelecimento fiscalizado, quando nenhum motivo relevante impedir esse procedimento norma e usual na fiscalização de todo e qualquer tributo ou contribuição; porque a lavratura fora do estabelecimento fiscalizado, quebra a segurança jurídica e a própria seriedade que deve existir nas relações fisco-contribuintes e nos atos administrativos de campo, da fiscalização, evitando-se ainda, que sejam lavrados autos "por correspondência", sem qualquer fiscalização e enviados pelo correio, com um visível desprezo ao próprio princípio do contraditório, pois, durante as diligências de fiscalização, o contribuinte tem o direito sagrado de se fazer representar, através de seu contabilista e se necessário, também pelo seu advogado (CF/88, arts. 5º, LV, 133). Ora, se o auto é lavrado fora do local, sem sequer serem pedidas explicações ou esclarecimentos por escrito, de eventuais falhas ou irregularidades, a que do contraditório é evidente e não poderá ser negada.

- Dessa forma, o Auto de Infração deve ser lavrado, obrigatoriamente, no local onde a hipotética infração é verificada, sob pena de não ter validade, visto ferir o princípio da reserva legal, já que contrária previsão expressa encartada no art. 10 do Decreto Federal nº 70.235/72 (CF/88, arts. 37, caput, e 5º, II; art 96 do CTN).

No mais, reproduz os mesmos fundamentos trazidos em sua impugnação, requerendo ao final:

a) que sejam apreciadas e decididas todas as questões constantes deste recurso, mantendo-se íntegro na esfera administrativa, o direito de defesa e o princípio do contraditório pleno, pugnando, outrossim, para que fique fazendo parte integrante do presente inconformismo as razões deduzidas na impugnação;

b) a nulidade do Auto de Infração e imposição de multa, nos termos da exposição;

C) a produção de todas as provas em direito permitidas, junção de documento; prova pericial e demais que se fizerem necessárias no transcorrer da instrução;

d) que este recurso seja conhecido e provido na Integra, para o fim de reformar o v. acórdão objurgado e, em consequência, que o Auto de Infração seja declarado insubsistente e cancelado, administrativamente, por atentar contra dispositivos expressos de Lei e contra a ordem Constitucional, invocados ao longo deste recurso, e que seja declarada a ausência de qualquer

responsabilidade fiscal da Recorrente, por ser a mais legítima e escoreita JUSTIÇA.

Este é o relatório!

Voto Vencido

Conselheiro RAFAEL CORREIA FUSO

O Recurso é tempestivo e atende aos requisitos legais, por isso o conheço.

Inicialmente, por questão de ordem, entendo que a despeito da matéria a constitucionalidade ou não da quebra de sigilo bancário encontra-se pendente de julgamento em sede de repercussão geral, entendo que a decisão do STF em nada interfere o julgamento desse processo, visto que embora o Sr. Auditor Fiscal, no processo de fiscalização, apresentou RMF – Requisição de Movimentação Financeira ao Banco ABN, o fato é que em 16.03.2009, portanto, antes da lavratura do Auto de Infração e constituição o crédito tributário, o contribuinte apresentou os extratos bancários, permitindo o acesso à fiscalização às informações financeiras. Vejamos as descrições do relatório fiscal:

Não tendo sido apresentado o extrato bancário dentro do prazo concedido, foi emitido em 09/03/2009, portanto, antes da entrega do extrato pelo sujeito passivo, Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira - RMF – ao Banco ABN AMRO REAL S/A (fls. 244 a 249), que apresentou os extrato e os dados constantes da ficha cadastral do sujeito passivo (fls. 250 a 359).

Na correspondência datada de 16/03/2009 Cf la. 360 a 363), além da apresentação dos extratos bancários, a pessoa jurídica argumenta que a movimentação bancária "não se trata de receitas" pois as "vendas de nossos produtos (carros) em sua maioria efetuadas em consignação ou seja, os veículos não são de nossa propriedade.

Nestes termos, não vislumbro a aplicabilidade do disposto no artigo 62-A do Regimento Interno do CARF, como forma de obstaculizar o julgamento do Recurso, visto que o sobrestamento do processo até a decisão do STF será inócua em razão dos atos praticados pelo contribuinte, que entregou os extratos à fiscalização.

Quanto à matéria que trata da competência para a lavratura do Auto de Infração, conforme narrado pelo Recorrente, que considerou a obrigatoriedade da lavratura do auto de infração no local do estabelecimento fiscalizado, cumpre destacar que a lavratura do Auto de Infração se deu de forma correta pela Delegacia de Marília, onde se encontra a autoridade fiscal lançadora competente, sendo que em Assis funciona apenas uma AGÊNCIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, que não é competente para a realização desse tipo de procedimento.

Assim, considero que os fundamentos da DRJ não merecem reparos.

Quanto às inconstitucionalidades apontadas pelo Recorrente em seu longo e Recurso Voluntário, especificamente quanto à multa confiscatória, às violações relativas aos

arquétipos constitucionais do conceito de renda, cumpre informar que os julgadores dessa Colenda Corte não podem afastar matéria por inconstitucionalidade, nos termos da Súmula nº 2 do CARF:

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

Quanto à inconstitucionalidade da taxa Selic, essa Corte também já sacramentou a discussão, editando a Súmula nº 4 do CARF.

Súmula CARFnº 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.

Quanto à matéria de fundo, qual seja o arbitramento do lucro em razão do Recorrente não ter apresentado à fiscalização documentos imprescindíveis à apuração efetiva do lucro e da receita, para fins de identificação precisa do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, entendo que o contribuinte, mesmo em sua firme retórica, não trouxe aos autos elementos de prova (notas fiscais e de entrada e saída, contratos com clientes tratando da intermediação etc.) que pudessem confirma sua tese de que recebera apenas uma comissão pela intermediação nas vendas de veículos, tanto é que, a despeito do ônus da prova, em regra geral, caber ao fisco na lavratura do auto de infração, nos casos de cerceamento do fisco às informações, esse ônus se inverte, nos termos da Súmula nº 26 do CARF:

Súmula CARF nº 26: A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada. SÚMULAS VINCULANTES Acórdão nº CSRF/04-00.157, de 13/12/2005

Com o advento da Lei nº 9.430, de 1996, criou-se uma presunção mais sumária que atribui ao fisco a simples evidenciação da existência de depósitos bancários não justificados pelo contribuinte, para que se estes sejam tributados como omissão de rendimentos, como se observa pelo teor do art. 42 do referido diploma legal:

Art 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

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

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

§3º *Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados*

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)

De acordo com o dispositivo acima transcrito, basta o fisco demonstrar a existência de depósitos bancários de origens não comprovadas para que se presuma, até prova em contrário, a carga do contribuinte, a ocorrência de omissão de rendimentos. Trata-se de uma presunção legal do tipo *juris tantum* (relativa), e, portanto, cabe ao fisco comprovar apenas o fato definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, para que fique evidenciada a omissão de rendimentos.

Quanto à questão da quebra de sigilo bancário, conforme narrado no início dessa decisão, entendo pela possibilidade da análise da questão frente aos extratos apresentados pelo contribuinte.

Observo que a jurisprudência dessa Corte vem refutando a quebra de sigilo bancário quando o contribuinte, mesmo que intimado a apresentar os extratos de movimentação financeira, apresenta-os às autoridades fiscais.

Valho-me dos fundamentos da jurisprudência abaixo para reconhecer como legítima e superada a questão dos extratos bancários, que serviram de fundamento em conjunto com as DIRFs, para o lançamento fiscal:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ.

Exercício: 2004

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. NÃO COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS. 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. INFORMAÇÕES PRESTADAS PELO CONTRIBUINTE. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA. Não há falar em quebra de sigilo quando os extratos bancários são fornecidos pelo próprio contribuinte, em atendimento à intimação da autoridade administrativa nesse sentido. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. DESCABIMENTO. A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do

sujeito passivo (Súmula Carf nº 14). PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula Carf nº 2). CSLL. PIS. COFINS. DECORRÊNCIA. Subsistindo o lançamento principal, igual sorte colhe os lançamentos que tenham sido formalizados por mera decorrência daquele, na medida em que inexistem fatos ou argumentos novos a ensejarem conclusões diversas. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

(Recurso nº 178439, Processo nº 19647.002931/2008-31, Data da Sessão: 26/01/2011, Relator: Sérgio Rodrigues Mendes, Acórdão 1803-000.771)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF.

Ano-calendário: 1998.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS, OMISSÃO DE RENDIMENTOS. Caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito mantida junto à instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. A Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recurso não se aplica aos lançamentos efetuados com base na presunção legal de omissão de rendimentos prevista no art. 42, da Lei nº 9.430, de 1996. **NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. INEXISTÊNCIA. Inexiste quebra do sigilo bancário quando os extratos bancários foram fornecidos pelo próprio contribuinte no curso da ação fiscal em atendimento à intimação do autuante.** **OMISSÃO DE RENDIMENTOS. EXTRATOS BANCÁRIOS. NORMA DE CARÁTER PROCEDIMENTAL APLICAÇÃO RETROATIVA.** A Lei Complementar nº 105, de 2001, que autorizou o acesso às informações bancárias do contribuinte, sem a necessidade de autorização judicial prévia, bem como a Lei nº 10.174, de 2001, que alterou o art. II, parágrafo 3º, da Lei nº 9.311, de 1996, por representarem apenas instrumentos legais para agilização e aperfeiçoamento dos procedimentos fiscais, por força do que dispõe o art. 144, § 1º, do Código Tributário Nacional, têm aplicação aos procedimentos tendentes à apuração de crédito tributário na forma do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, cujo fato gerador se verificou em período anterior à publicação, desde que a constituição do crédito não esteja alcançada pela decadência. Preliminares rejeitadas. Recurso parcialmente provido.

(Recurso nº 163711, Processo nº 19515.000527/2002-32, Relatora: Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Acórdão 2202-00348)

Quanto à questão da multa agravada por fraude, entendo que as alegações da fiscalização não merecem prosperar, visto que a tese defendida pela Recorrente desde o início é somente ser tributada daquilo que considera como receita da intermediação da venda de veículos, o que resultou inclusive na entrega de declarações fiscais com base nessa tese.

Assim, a despeito da recusa da entrega de livros fiscais, como consignado, entendo que a Recorrente já está sendo penalizada quando da cobrança dos tributos com base na majoração de 20% do lucro arbitrado, sendo que a fiscalização, apenas com a sua retórica, não demonstrou a efetiva existência de fraude, dolo ou simulação para a qualificação da multa em 150%, aplicando, inclusive, de forma não autorizada a fatos geradores pretéritos à edição da regra, o disposto na Lei nº 11.488/2007.

Nesse sentido, aplico o disposto na Súmula nº 14 do CARF:

Súmula CARF nº 14: A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Por fim, cumpre destacar ainda que sobre as receitas de comissões, patrocínio e propaganda e depósitos bancários de origem não comprovada, também serão apurados os valores devidos a título de CSLL, PIS e COFINS, conforme previsto no artigo 24, § 2º, da Lei 9.249/95.

Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso Voluntário, afasto as preliminares de nulidade e no mérito DOU-LHE parcial provimento, para reduzir a multa agravada de 150% para 75%, visto o disposto na Súmula nº 14 do CARF.

É como voto!

(documento assinado digitalmente)

RAFAEL CORREIA FUSO - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Marcelo Cuba Netto, Redator Designado.

Inicialmente é preciso esclarecer que a presente divergência limita-se à questão da incidência da multa qualificada, uma vez que, quanto às demais matérias, acompanho integralmente o voto do relator.

Ressalte-se, ainda, que conforme consta dos autos de infração, a qualificação da multa de ofício foi efetuada apenas em relação aos seguintes ilícitos: (i) omissão de receitas de patrocínio e propaganda, e; (ii) omissão de receitas de comissões recebidas por intermediação de negócios. Quanto à omissão de receita por não comprovação da origem dos depósitos realizados em conta corrente bancária, e à utilização de percentual reduzido na apuração do lucro presumido, não houve qualificação.

Pois bem, assiste razão ao Relator quando, escorado na súmula 14 do CARF, afirma que a “*simples*” ocorrência de omissão de receita não autoriza a imposição da multa qualificada.

Entende-se por “*simples*” a omissão de receita quando o prejuízo causado aos Cofres Públicos for fruto de mero erro cometido pelo sujeito passivo no que concerne às receitas oferecidas à tributação. Será, no entanto, “*qualificada*” a infração quando o sujeito passivo intencionalmente omitir receitas para evadir-se do pagamento do tributo por ele devido.

No caso sob exame não resta dúvida de que a omissão de receita não adveio de mero erro cometido pelo sujeito passivo quanto ao montante das receitas oferecidas à tributação, e sim de sua intenção livre e consciente de fugir ilegalmente à incidência dos tributos.

De fato, conforme consta dos autos, o sujeito passivo omitiu receitas ao longo de todos os trimestres dos anos-calendários de 2005, 2006 e 2007. Ademais, neste mesmo período, apesar de haver informado nas respectivas DIPJs receita bruta no valor total de R\$ 57.964,59, auferiu receitas, somente em comissões recebidas por intermediação de negócios, no montante de R\$ 556.922,56.

A reiteração da conduta ao longo dos anos de 2005, 2006 e 2007, bem como a enorme discrepância entre a receita bruta informada ao Fisco e aquela efetivamente auferida, permitem concluir que a omissão não foi fruto de “*simples*” erro da contribuinte, mas sim de sua intenção livre e consciente de fraudar o Erário Público.

Por fim, peço licença para divergir do ilustre Relator quando afirma que a recorrente já está sendo penalizada pela cobrança dos tributos com base na majoração de 20% do lucro arbitrado. Conforme mansa e pacífica jurisprudência deste Conselho, o arbitramento do lucro não é penalidade, mas forma de apuração do lucro da pessoa jurídica quando não for possível a sua determinação com base no lucro real ou presumido.

Tendo em vista o exposto, voto pela manutenção da multa de 150%.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto