



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

Processo nº 13839.005589/2007-14
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1103-001.098 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de agosto de 2014
Matéria IRPJ, CSLL
Recorrente VITROTEC VIDROS DE SEGURANÇA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003

Ementa:

NULIDADE DO ACÓRDÃO DE ORIGEM

Do exame do voto do acórdão recorrido, vê-se houve a devida apreciação da documentação relativa às questões que se tornaram controversas no processo, com a impugnação da recorrente. A análise feita no voto do acórdão parte da conexão entre as intimações feitas e o que fora entregue pela recorrente durante o procedimento fiscal. Ausência de nulidade do acórdão de origem.

NULIDADE NA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO

1 - A questão de aplicação e de inconstitucionalidade da lei constitui matéria que não pode ser enfrentada por este juízo, conforme o art. 26-A do Decreto 70.235/72 com a redação da Lei 11.941/09 e a Súmula CARF nº 2.

2 - As Requisições de Movimentação Financeira (RMF) foram emitidas somente após recusa da prestação das informações pelo sujeito passivo das informações solicitadas. A emissão das RMF se deu com observância do art. 4º, §§ 1º e 7º, do Decreto 3.724/01, o qual regulamenta o art. 6º da Lei Complementar 105/01. Inocorrência de nulidade na quebra de sigilo bancário.

ILEGALIDADE DA DETERMINAÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS E INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DE RECEITAS PRESUMIDA

1 - Com o art. 42 da Lei 9.430/96, estabeleceu-se presunção legal de omissão de receitas, com inversão do ônus da prova ao sujeito passivo. Para a presunção legal de omissão de receitas por depósitos bancários, é *condicio juris* a individualização dos créditos, e a prévia e regular intimação do sujeito passivo para comprovação da origem dos valores depositados ou creditado. Encontram-se presentes nos autos o cumprimento dos requisitos legais para o aperfeiçoamento da presunção legal *juris tantum* de omissão de receitas. Ilegalidade inocorrente para a presunção legal.

2 - A recorrente não apresentou nenhuma comprovação quanto à origem dos créditos individualizados em questão. Ausência de provas a afastar a presunção legal de receitas omitidas.

ARBITRAMENTO DO LUCRO - IRPJ, CSLL

A recorrente não apresentou Livro Diário, Livro Razão, nem Lalur. Caso de arbitramento do lucro com base em receita conhecida - receitas omitidas por presunção legal. O arbitramento do lucro se deu pela aplicação do coeficiente de atividades gerais de 8% acrescidos de 20% (= 9,6%) sobre as receitas omitidas, para IRPJ, e pela aplicação do coeficiente de 12%, para CSLL. quantificação do lucro arbitrado que não merece reparos.

MULTA QUALIFICADA

A recorrente não tem escrituração contábil. As receitas omitidas para o ano-calendário de 2002 chegam a 65,35% do total de receitas. E, para o ano-calendário de 2003, as receitas omitidas chegam a 60,82% do total de receitas. A conjugação desses dado de fato com o comportamento da recorrente durante os dois anos-calendário leva a concluir pela presença do elemento subjetivo do tipo, o dolo específico, para a qualificação da multa.

DECADÊNCIA

Considerando-se a manutenção da multa qualificada, é inegável a aplicação do prazo decadencial, conforme o art. 173, I, do CTN, de modo que não houve a concreção da decadência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Aloysio José Percínio da Silva- Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Takata - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Marcos Shigueo Takata, Eduardo Martins Neiva Monteiro, André Mendes de Moura, Fábio Nieves Barreira, Breno Ferreira Martins Vasconcelos e Aloysio José Percínio da Silva.

Relatório

DO LANÇAMENTO

Trata o presente processo de autos de infração de IRPJ, cujos instrumentos específicos se encontram às fls. 296 a 305, e de CSL fls. 306 a 315, referentes ao ano-calendário de 2002 e 2003.

Foram lavrados em razão de suposta omissão de receitas presumidas a partir de depósitos bancários de origem não comprovada.

A recorrente apresentou apenas parcela dos elementos solicitados pela autoridade fiscal. E, ainda, os elementos disponibilizados à fiscalização não se encontravam em conformidade com o que fora solicitado. A exemplo disso, a movimentação bancária entregue referia-se a avisos enviados pelos bancos, e não aos extratos bancários requeridos.

Intimada e reintimada diversas vezes para exigir o cumprimento integral dos itens faltantes, todas as intimações quedaram-se sem sucesso. Assim, houve a emissão de RMF para obtenção dos extratos bancários da recorrente junto às instituições financeiras.

Houve a intimação para comprovação da origem dos depósitos bancários individualizados. Foi incluído o envio de recursos ao exterior mediante CC5 (transferência internacional em reais) em relação ao qual, em precedente intimação sobre as operações que deram cobertura a tal movimentação, a recorrente negara ter realizado operações e que as desconhecia. Quanto aos valores incomprovados, aplicou-se a presunção legal de omissão de receitas do art. 42 da Lei 9.430/96. Tal presunção legal foi estendida aos créditos em CC5 (saída de recursos do País), vez que, ainda que do exterior, são da recorrente, a qual persistiu na negativa e desconhecimento de operações que deram causa aos e dos créditos em CC5.

Diante da ausência de apresentação da escrituração contábil, procedeu-se ao arbitramento do lucro.

As autuações foram exaradas com aplicação de multa qualificada. Elas se aperfeiçoaram em 14/12/07 (fls. 295, 301, 311 e 316).

Esses autos foram apartados do processo 13839.005588/2007-61, após o julgamento conjunto pela 5ª Turma da DRJ/Campinas.

DAS IMPUGNAÇÕES

Em 9/1/2008 a recorrente apresentou impugnação referente aos autos de infração de IRPJ e CSL, de fls. 321 a 343, na qual argui, em síntese, o que segue.

Preliminarmente, alega ter ocorrido a decadência dos fatos geradores ocorridos entre 31/11/2001 e 30/11/2001, tendo em vista que os autos de infração foram lavrados em 12/12/2007. Recorre, para tanto, ao art. 150, § 4º, do CTN, e ao art. 156, V, do mesmo diploma, para ser reconhecida a extinção do crédito tributário.

Em seguida, a recorrente afirma ter sido “precipitada, indevida e injustificada” a quebra de seu sigilo bancário. Isso porque afirma nunca ter negado o fornecimento de seus extratos bancários. Para comprovar suas alegações, indica a entrega, em 20/07/2007, dos extratos do período de janeiro/2002 a dezembro/2004, através de meio magnético e mediante protocolo do próprio AFRF.

Posteriormente, percebendo que havia faltado o extrato da conta-poupança 93.460-7, do Banco Bradesco, a recorrente protocolizou na DRJ de Jundiaí, em 27/07/2007, cópia da carta de solicitação do respectivo extrato. Bem como, no mês seguinte, entregou os extratos das contas mantidas nos bancos: Cidade, BBV, BCN, Bradesco, Nossa Caixa, BankBoston e Safra.

E, em outubro, entregou, em meio magnético, as movimentações bancárias dos anos de 2005, 2006 e 2007, dos bancos: Bradesco, Safra, Nossa Caixa, BankBoston e Itaú. Ainda, em meio impresso, os extratos bancários dos bancos BBV e BCN.

Sendo assim, acredita que, não tendo havido recusa da recorrente em fornecer os extratos bancários, torna-se injustificada a medida “drástica e inconstitucional” da quebra de seu sigilo bancário.

Ainda, respaldada pelo art. 5º, X e XXI, da Constituição Federal, a recorrente alega que o sigilo bancário somente pode ser quebrado através de ordem judicial, sendo vedada, constitucionalmente, qualquer outra forma de quebra de sigilo. Entende que, em hipótese alguma, poderá o sigilo bancário ser quebrado por meio de procedimento de fiscalização.

No mérito.

Argumenta que não assiste razão à fiscalização na aplicação de multa de 150%, que se baseia no argumento de que a recorrente deixou de atender algumas de suas solicitações.

Afirma que todas as intimações foram atendidas desde o início da fiscalização, tendo sido a documentação solicitada pelo Fisco devidamente disponibilizada em uma sala isolada na sede da empresa. De tal sorte que o AFRF poderia, conforme admite a lei, ter procedido à fiscalização, mas que não o fez.

Acerca das reintimações, a recorrente afirma que, na verdade, foram realizadas diversas solicitações de novos documentos. Afirma que não se pode confundir complementação documental com pedido reiterado de documentos, conforme o Fisco faz parecer a fim de justificar a aplicação indevida da multa de 150%.

A recorrente assevera que os eventuais elementos e dados contábeis que, porventura, não tenham sido entregues, justificam-se por estarem contidos nos equipamentos de informática que lhes foram roubados. Assim como foi devidamente informado ao Fisco por meio do boletim de ocorrência 1448, de 6/9/2004.

E, além do mais, em carta protocolada pelo próprio AFRF em 19/07/2007, foi relatado que parte das informações contábeis se perderam em razão de substituição de sistemas de informática e infecção por vírus.

Nesse sentido, alega que nenhuma culpa pode ser atribuída à recorrente, por tratar-se de fatalidade decorrente da insegurança que ocorre no país há anos. De tal sorte que não pode o contribuinte ser multado por ter sido roubado e não ter tido oportunidade de reaver seus equipamentos de informática. Além do prejuízo que teve com o roubo, acredita não ser justo que haja punição pelo Fisco com aplicação de “exorbitante multa de 150%.”

Acrescenta, ainda, que protocolizou cerca de dez petições na DRJ de Jundiaí, que continham todas as informações e documentos que possuía, além dos que foram disponibilizados desde abril/2007 e que permaneceram à disposição do Fisco. De forma que não há, sequer, que se cogitar que a recorrente tenha dificultado ou embaraçado a fiscalização.

Ademais, caso restasse comprovado o embaraço, deveria ter sido lavrado termo específico neste sentido, o que não ocorreu.

Ainda, assevera que não há prova de eventual dolo por parte da recorrente que ensejasse a aplicação da multa de 150%. Reporta-se ao entendimento do Conselho de Contribuintes e a textos doutrinários no mesmo sentido.

Com referência à base de cálculo do IRPJ, entende ser incorreta por corresponder à somatória de todos os depósitos realizados em suas contas. Tratar-se-ia de mera suposição o fato de todos os depósitos bancários constituírem-se em base de incidência daquele imposto. E, sendo presunção, entende ser indiscutível que a autuação não se baseou em elementos suficientes capazes de gerar um valor passível de ser lançado e exigido.

Socorrendo-se do art. 114 do CTN, afirma que o fato gerador da contribuição exigida é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica que se realiza na ocorrência da elevação patrimonial de valores, bens ou direitos. Diante disso, os depósitos bancários não configuram sinais exteriores de riqueza, vez que da sua existência não se extrai qualquer ilação quanto a uma riqueza incontestável.

Os depósitos bancários não constituem fato gerador da contribuição que aqui se trata por não caracterizarem disponibilidade econômica de renda e proventos. Trata-se, portanto, de lançamento ilegítimo, por se basear, exclusivamente, nos citados depósitos.

Por fim, requer seja julgado improcedente o auto de infração, extinguindo-se a cobrança, bem como quaisquer penalidades impostas à recorrente. Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial pela juntada de novos documentos.

DA DECISÃO DA DRJ

Em 16/4/2008, acordaram os julgadores da 5ª Turma da DRJ de Campinas, por unanimidade de votos, julgar procedentes as exigências fiscais, pelos motivos abaixo sintetizados.

Acerca da quebra de sigilo bancário, que se afirmou ter sido feita de forma precipitada e injustificada, tornou-se evidente o contrário, tendo em vista ter ocorrido depois de transcorridos seis meses do início da ação fiscal. Neste período, não houve qualquer manifestação do contribuinte em apresentar sua movimentação financeira, “à exceção do tardio e precário fornecimento de informações bancárias em meio magnético no dia 20/07/2007”.

Apesar de não ter havido recusa expressa de apresentação dos documentos exigidos, não há como negar a tentativa de embaraço à fiscalização, prevista pelo art. 33, I, da Lei 9.430/96. E, ainda assim, os demais instrumentos postos à disposição do Fisco viabilizaram a constituição do crédito tributário decorrente dos fatos questionados.

Diante da conduta do contribuinte no curso da ação fiscal e levando-se em consideração a urgência em analisar os fatos pertinentes aos anos-calendário de 2002 e 2003, conclui-se, portanto, regular a requisição de informações sobre movimentações financeiras diretamente às instituições bancárias.

Inadmissível justificar a não entrega da documentação contábil solicitada com roubo de equipamentos de informática e substituição de sistemas de informática por ocorrência de vírus. Isso porque as intimações fiscais não se limitaram aos arquivos magnéticos, mas também recaíram sobre documentos da escrituração contábil que “minimamente estes deveriam estar guardados e conservados”, conforme exigência da legislação vigente.

Acerca da necessidade de autorização judicial para quebra do sigilo bancário, cumpre observar que o acesso pelas autoridades administrativas às informações bancárias dos contribuintes tem fundamento no art. 145, § 1º, da Constituição Federal, assim como já previsto pelo art. 197 do CTN e, posteriormente tratado pela Lei 8.021/90. E, ainda, o art. 1º da Lei Complementar 105/01, seguida pela Lei 10.174/01 e pelo Decreto 3.724/01.

Ademais, assente está, nos Tribunais Superiores, que o sigilo bancário não é absoluto e deve ceder em face de interesse público relevante. E, na sistemática estruturada pela Lei Complementar 105/02 e pelo Decreto 3.724/01, as circunstâncias em que presentes esse interesse são especificadas, inexistindo discricionariedade.

Assim, uma vez presente o comando expresso em lei ordinária e complementar autorizando o exame de informações bancárias, deve a autoridade fiscal acatá-lo. Não cabe, portanto, ao agente público questionar a constitucionalidade da legislação vigente, dado o princípio da legalidade que vincula a atividade administrativa.

Ainda, sobre as alegações de fundar-se o lançamento em presunções ou indícios em nada o desabona. São os indícios, ou os fatos conhecidos, as bases para construção da prova. Em face de indícios veementes de ter ocorrido o fato jurídico, o lançamento deve ser formalizado, bastando à fiscalização a demonstração inequívoca dos fatos, bem como a seriedade e consistência do vínculo com a infração.

Acerca da pretensão de ver declarada a decadência do crédito tributário decorrente das infrações verificadas de 1/1/2002 a 11/12/2002, resta clara sua insubsistência, segundo art. 150, § 4º, do CTN, que excepciona as situações em que verificado dolo, fraude ou simulação. Os elementos reunidos pela fiscalização evidenciaram a conduta dolosa do contribuinte e, por se constituírem em indícios convergentes e consistentes, prestam-se a provar, por presunção, a fraude.

E, ainda que se admitisse ser possível o lançamento no próprio ano de 2002, o prazo decadencial teria seu início em 1/1/2003, e seu término em 31/12/2007, não se cogitando de qualquer vício relativamente ao presente lançamento, cientificado ao contribuinte em 14/12/2007.

Sobre a exclusão das receitas que corresponderiam a negócios jurídicos de compra e venda inexistentes, considerando seu inadimplemento absoluto, acrescenta-se que, em virtude do princípio contábil da competência, as receitas devem ser reconhecidas independentemente de seu recebimento. O inadimplemento do contrato de compra e venda é evento posterior, a ser registrado segundo os critérios contábeis e fiscais fixados, e não representa mero cancelamento de venda.

Por fim, na medida em que as exigências de PIS e de Cofins decorrentes das infrações aqui tratadas foram formalizadas nos autos do processo administrativo nº 13839.005588/2007-61, cumpre à autoridade administrativa, em caso de interposição de recurso voluntário pelo interessado, atentar para a necessária anexação, a estes autos, dos elementos correlatos àquelas exigências. Isso porque cabe ao Primeiro Conselho de Contribuintes tal apreciação, ao passo que eventual recurso voluntário contra as demais infrações isoladas é de competência do 2º Conselho de Contribuintes.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Intimada e inconformada com a decisão retro, a recorrente apresentou, em 6/06/2008, recurso voluntário de fls. 511 a 536, reiterando basicamente os argumentos deduzidos na peça inaugural e acrescentando o que segue.

Alegou não terem sido analisados documentos essenciais apresentados pela recorrente. Tais como, por exemplo, o boletim de ocorrência 1448, lavrado em 6/9/2004, em que foi registrado o roubo de equipamentos de informática que possuíam informações contábeis necessárias à elaboração de sua contabilidade.

Afirmou que em documento protocolado em 23/7/2007, foi devidamente entregue cópia do referido boletim de ocorrência. Assim, seria possível comprovar que, em virtude do roubo dos equipamentos, não foi capaz de apresentar toda a documentação que possuía. Dessa forma restaria comprovado o fato de ter sido precipitado o procedimento de emissão da RMF.

Alegou, ainda, que, todas as intimações foram atendidas desde o início da fiscalização, tendo sido a documentação solicitada pelo Fisco devidamente disponibilizada em uma sala isolada na sede da empresa. De tal sorte que o AFRF poderia, conforme admite a lei, ter procedido à fiscalização, mas que não o fez.

A ausência de análise de toda a documentação posta à disposição do Fisco resultou em flagrante prejuízo à recorrente. Nesse caso, houve, portanto, preterição de seu direito de defesa. Colacionou julgados no mesmo sentido para corroborar suas alegações.

DA RESOLUÇÃO DO CARF

Em sessão do dia 9/8/2012, acordaram os membros da 3ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, mediante a Resolução nº 1103-00.071, por unanimidade de votos, sobrestar o julgamento, de acordo com o artigo 2º da Portaria CARF 1/12, conforme entendimento abaixo sintetizado.

Afirmou que trata-se de lançamentos de IRPJ e de CSL referentes aos anos-calendários de 2002 e 2003, os quais deram origem aos lançamentos reflexos de PIS e de

Cofins referentes aos mesmos anos-calendários e também ao ano-calendário de 2001, e materializados no processo administrativo 13839.005588/2007-61.

Apontou que os presentes lançamentos estão fundados na hipótese legal de omissão de receitas por depósitos ou créditos bancários de origem incomprovada.

Colacionou o art. 62-A do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 256/09, com a redação da Portaria MF 586/10, e transcreveu o parágrafo único do artigo 1º, da Portaria CARF 1/12.

Acentuou que a matéria discutida no presente processo é objeto do RE 601.314-RG/SP com reconhecimento de repercussão geral, nos termos do art. 543-B do CPC.

Consignou que o Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento, pelo STF, dos Agravos de Instrumento nº 668.843 e nº 765.714/SP, determinou a devolução dos autos referentes a esses feitos aos tribunais de origem a fim de que ocorra o sobrestamento dos feitos, nos termos do art. 543-B do CPC, em face do RE 601.314-RG/SP, sob repercussão geral, onde é discutida questão idêntica.

Registrou que, nos termos do artigo 328, parágrafo único, do Regimento Interno do STF, se houver a subida ou distribuição de múltiplos recursos fundados em idêntica controvérsia, o Presidente do Tribunal ou o Relator deve determinar a devolução dos processos aos tribunais de origem, de modo a aplicar os parágrafos do art. 543-B do CPC.

Por fim, entendeu que, de acordo com o artigo 2º, *caput* e § 2º, da Portaria CARF 1/12, está caracterizada, no presente processo, a hipótese para sobrestamento do julgamento do presente feito.

DO DESPACHO DE RETORNO AOS AUTOS

Trata-se de despacho expedido em 24/2/2014 que determina a reinclusão do presente processo, o qual foi sobrestado, na pauta para julgamento.

Apontou que a inclusão na pauta para julgamento de processos que tratam de matérias que estão em repercussão geral sem trânsito em julgado no STF, de acordo com o rito do artigo 543-B do CPC, derivou do fato de a Portaria MF 545/2013 ter revogado o §§ 1º e 2º do artigo 62-A do Anexo II da Portaria MF 256/2009, o qual aprova o Regimento Interno Do CARF.

Por fim, determinou o retorno do presente processo para o CARF, de modo a prosseguir o julgamento, em consonância com o Decreto 70.235/72.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcos Shigueo Takata

Como se viu do relatório, o julgamento do recurso havia sido sobrestado por resolução, em face do art. 62-A, §§ 1º e 2º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF e da Portaria CARF 1/12, diante da existência de RE sob repercussão geral afetada à matéria em jogo. O feito voltou para pauta, por conta da Portaria MF 545/13, que revogou os mencionados §§ 1º e 2º do art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF.

O sobrestamento do feito se dera por força do RE nº 601.314/SP, sob repercussão geral (art. 543-B), em que se discute a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar 105/01. Sobrestamento com espeque nos §§ 1º e 2º do art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF.

A recorrente argui nulidade do acórdão *a quo*, por falta de apreciação da documentação essencial constante nos autos, em especial, do boletim de ocorrência 1448, de 6/9/04.

Dessa falta de apreciação dos documentos que instruem o processo, decorreu a preterição do direito de reação, com supressão de instância, e a comprovação da injuridicidade da quebra de sigilo bancário, segundo a recorrente.

Do exame do voto da relatora do acórdão recorrido, vejo que houve a devida apreciação da documentação relativa às questões que se tornaram controvertidas no processo, com a impugnação da recorrente. De início, ressalte-se que a recorrente não carreará aos autos, nenhuma documentação comprobatória dos fatos controversos e relacionada às questões controvertidas.

A análise feita no voto do acórdão *a quo* parte da conexão entre as intimações feitas e o que fora entregue pela recorrente durante o procedimento fiscal.

Transcrevo alguns excertos do voto do acórdão de origem:

Evidente, portanto, que tal requisição [refere-se à requisição de movimentação financeira aos bancos] não se fez de forma precipitada e injustificada, mas sim depois de transcorridos 6 (seis) meses do início da ação fiscal sem que o contribuinte nada apresentasse acerca de sua movimentação financeira, à exceção do tardio e precário fornecimento de informações bancárias em meio magnético no dia 20/07/2007. (fl. 493, anverso, grifamos)

[...]

Este, portanto, é o momento em que a empresa comunica que solicitara e aguardava o envio dos extratos bancários faltantes: depois de transcorridos quase 10 (dez) meses do início da ação fiscal [...]. (fl. 494, anverso, grifamos)

Ainda:

Da mesma forma, inadmissível é a justificativa de que elementos e dados contábeis porventura não entregues foram os que estavam contidos nos equipamentos de informática que foram roubados, conforme foi devidamente informado ao fisco por meio do Boletim de Ocorrência 1448, de 0610912004, bem como que parte das informações contábeis se perderam em razão de substituição de sistemas de informática e infecção por vírus. As intimações fiscais não se limitaram aos arquivos magnéticos, mas sim recaíram sobre documentos da escrituração contábil, e minimamente estes deveriam estar guardados e conservados, para se cogitar de alguma boa-fé da empresa fiscalizada. (fl. 495, verso, negritos nossos)

Mais. Não localizei nos autos cópia do boletim de ocorrência 1448/08. Há a resposta, datada de 19/7/07 e recebida em 20/7/07, à intimação feita em 13/7/07, na qual se diz que é encaminhado em anexo o referido boletim de ocorrência (fls. 95 e 96). E no recebimento acusado pelo autuante há o registro manuscrito de “Ressalva com a ausência do BO nº 1448/08 de 06/09/04 e a não aceitação do item 24.” (fl. 96).

A recorrente juntou aos autos com a peça impugnatória cópia das respostas às intimações apresentadas – entre as quais a resposta à intimação de 13/7/07 – mas sequer carreou aos autos cópia do acusado boletim de ocorrência.

Rejeito, assim, a preliminar de nulidade do acórdão *a quo*.

A recorrente articula nulidade dos lançamentos por quebra de sigilo bancário sem autorização judicial.

A revogação dos §§ 1º e 2º do art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF motivou o retorno dos autos para julgamento do recurso, resultando prejudicada a questão da aplicabilidade ou da inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar 105/01 ficou prejudicada neste feito.

Ocorre que a questão de aplicação e de inconstitucionalidade da lei constitui matéria que não pode ser enfrentada por este juízo, conforme o art. 26-A do Decreto 70.235/72 com a redação da Lei 11.941/09; também, consoante o art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 256/09, e a Súmula CARF nº 2 (segundo consolidação das Súmulas do antigo Conselho de Contribuintes e do atual CARF, dada no Anexo II da Portaria CARF 49/10).

Outrossim, rejeito a preliminar de nulidade por inconstitucionalidade e inaplicabilidade do art. 6º da Lei Complementar 105/01.

O art. 3º do Decreto 3.724/01 regulamenta o art. 6º da Lei Complementar 105/01: ele descreve as hipóteses de cabimento de quebra do sigilo bancário. O art. 4º, § 6º, do Decreto 3.724/01 prevê o relatório circunstanciado contendo a motivação para a solicitação da Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF).

É defesa a emissão de RMF sem que haja prévia intimação do sujeito passivo para apresentação das informações solicitadas; a emissão da RMF pode-se dar caso haja a

recusa da prestação das informações ou sua apresentação incompleta. Assim impõe o art. 4º, § 2º, do Decreto 3.724/01.

A Portaria SRF 180/01 regulamenta o art. 4º, § 1º, do Decreto 3.724/01. Este preceito determina que a requisição de informações atinentes ao sigilo bancário deve ser formalizada por meio de documento denominado Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) dirigida a cada instituição financeira na qual o sujeito passivo supostamente possua conta corrente bancária, de custódia de títulos e valores mobiliários, etc.

Conforme as fls. 10 e 11 (que faz parte da solicitação de RMF, contendo o relatório circunstanciado da motivação para a solicitação), nota-se que: houve intimação do sujeito passivo para apresentação dos extratos bancários em 18/1/07; houve reintimação em 3/4/07; e nova reintimação em 13/7/07. E a hipótese para a solicitação de RMF é o embaraço à fiscalização caracterizado pela não apresentação justificada das informações sobre movimentação financeira (art. 33, I, da Lei 9.430/96) – fl. 9. Solicitação de emissão de RMF também é feita conforme o Anexo I da Portaria SRF 180/01.

Registro que esse embaraço à fiscalização, que autoriza a solicitação e a emissão de RMF nada tem de ver com o chamado embaraço que constitui pressuposto de fato para a aplicação de multa agravada do art. 44, § 2º, da Lei 9.430/96.

Vejo que constam as emissões de RMF às instituições financeiras, nas fls. 12, 13, 14, 17, 19, 21, 23 e 25.

As RMFs expedidas, conforme o Anexo II da Portaria SRF 180/01, para apresentação dos extratos bancários do período de 1/1/02 a 31/12/03, contêm os demais requisitos indicados no art. 4º, § 7º, do Decreto 3.724/01.

Dessa forma, rejeito a preliminar de nulidade por quebra de sigilo bancário.

Há preliminar de mérito de decadência invocada pela recorrente.

Deixo para enfrentá-la ulteriormente, após a apreciação da questão relativa à aplicação de multa qualificada.

Passo ao exame do mérito.

A recorrente articula, em síntese, a ilegalidade da determinação de omissão de receitas que compõem a base de cálculo do IRPJ e da CSL, por presunção.

Sobre a questão, de início, observo que os acórdãos citados do STF e do antigo 1º Conselho de Contribuintes são julgados que enfrentam a questão posta pela recorrente à luz da legislação tributária anterior à vigência da Lei 9.430/96.

Sob o manto daquela legislação, havia inclusive a Súmula 182 do antigo TRF que rechaçara a presunção de omissão de receitas em dissídio, por falta de nexo causal entre os créditos bancários e as receitas supostamente omitidas, baseando-se a pretensão em mera presunção, o que colide com o art. 43 do CTN.

Sucede que essa presunção era rechaçada quando era empregada pela autoridade fiscal como se fosse uma presunção *hominis* ou *facti* ou comum, com base no *id quod plerumque fit* (naquilo que geralmente acontece), sem o aprofundamento da investigação para estabelecer o nexo causal entre os depósitos bancários e a receita omitida. Aí eram meros indícios, insuficientes para dar amparo a presunção de omissão de receitas.

Isso mudou com a superveniência da Lei 9.430/96, que, em seu art. 42, guindou em presunção legal, *juris tantum*, de omissão de receitas os depósitos ou créditos bancários sem comprovação de origem, mediante prévia e regular intimação da pessoa física ou jurídica¹.

A partir da vigência do art. 42 da Lei 9.430/96, desde que cumpridos os requisitos previstos nesse preceito, houve o estabelecimento de presunção legal de omissão de receitas, com inversão do ônus da prova ao sujeito passivo. Não se trata mais de presunção que resulte de iniciativa criativa e original do Fisco. Sequer se cuida de presunção *hominis* ou *facti*.

Para a presunção legal de omissão de receitas por depósitos bancários, é *condicio juris* a individualização dos créditos, e a prévia e regular intimação do sujeito passivo para comprovação da origem dos valores depositados ou creditado, nos termos do art. 42 da Lei 9.430/96 (reproduzido no art. 287 do RIR/99). Na ausência de um desses requisitos, fica derruída essa presunção legal, restando fulminada de nulidade a pretensão naquela apoiada. É como entendo.

Noto que houve intimação para a recorrente comprovar a origem dos créditos bancários individualizados e a escrituração contábil deles – fls. 102 e 103. Os créditos

¹ 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\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais). (Alterado pela Lei nº 9.481, de 13.8.97)

§ 4º. Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.

§ 5º. Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

§ 6º. Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

objetivados na intimação se encontram individualizados, e por instituição financeira, nos relatórios de fls. 105 a 185.

A recorrente não apresentou nenhuma comprovação quanto à origem dos créditos individualizados em questão. Nada consta nos autos sobre tal comprovação.

Vejo que nas fls. 217 a 280 figuram os créditos individualizados de origem incomprovada (quadros resumos nas fls. 215 e 216). E nas fls. 281 e 282, os créditos individualizados de origem comprovada. Sucede que, conforme o Termo de Conclusão Parcial (fls. 285 a 295) que integra os lançamentos, houve o expurgo de créditos pelo autuante mediante conciliações.

Outrossim, encontram-se presentes os requisitos legais para o aperfeiçoamento da presunção *juris tantum* de omissão de receitas do art. 42 da Lei 9.430/96.

Na presunção legal (e não *facti*) em comentário, o nexó lógico e causal entre o fato conhecido (créditos bancários sem origem comprovada ou não levados à tributação) e o fato desconhecido (receitas auferidas) são estabelecidos pela lei. À autoridade fiscal compete demonstrar adequada e cuidadosamente o suporte fático da hipótese legal presuntiva, com a individualização dos créditos e intimar o contribuinte para que ele os esclareça e comprove sua origem.

Daí se cuidar de presunção legal de omissão de receitas, ilidível diante de contraprova do contribuinte (inversão do ônus da prova).

Inexiste vício na presunção legal relativa de omissão de receitas em comentário.

E, no caso vertente, nada foi carreado aos autos para comprovar a origem dos recursos depositados e creditados, a demonstrar que os créditos e depósitos não são representativos de receitas.

Por outro lado, receitas omitidas não são renda omitida.

Intimada à apresentação dos Livro Diário, Livro Razão, Lalur – fls. 145 e 146 – nada apresentou a recorrente.

Não constam nos autos DIPJs da recorrente. Aliás, o autuante diz no Termo de Conclusão Fiscal que as DIPJ/03 e DIPJ/04 não foram entregues pela recorrente. Nas DCTFs há indicação de débitos de IRPJ e de CSL por estimativa, o que leva a crer que a recorrente apurava lucro real – daí serem de rigor os Livros Diário, Razão e Lalur.

O caso, portanto, é de arbitramento do lucro, nos termos do art. 530, III, do RIR/99. Arbitramento do lucro com base em receita conhecida, conforme o art. 532 do RIR/99 – receitas omitidas por presunção legal.

Para a determinação do lucro (base de cálculo) para fins de IRPJ, o autuante aplicou sobre as receitas omitidas o coeficiente de 9,6%, como se constata das fls. 296 e 298, que são dos instrumentos específicos do lançamento. Ou seja, o arbitramento do lucro se deu pela aplicação do coeficiente de atividades gerais de 8% acrescidos de 20% (= 9,6%) sobre as receitas omitidas.

Para a determinação do lucro (base de cálculo) para fins de CSL, o autuante aplicou sobre as receitas omitidas o coeficiente de 12%, como se comprova nas fls. 306 e 308, que são dos instrumentos específicos do lançamento.

Não merece rechaço a aplicação dos coeficientes legais para determinação do lucro arbitrado, para fins de IRPJ e de CSL. Isso, nos termos do art. 532 c/c o art. 518, do RIR/99, e do art. 20 da Lei 9.249/95 c/c o art. 29, I, da Lei 9.430/96 (CSL).

Nessa linha de considerações, nego provimento ao recurso sobre a questão de mérito.

Sobre a aplicação da multa qualificada, cabem as ponderações que se seguem.

Bem se sabe que a presunção legal de omissão de receitas não autoriza, *de per se*, a aplicação da multa qualificada, ou seja, o juízo de que houve concurso de dolo no comportamento infracional. A meu ver, o juízo da concorrência de dolo específico. Aliás, constitui matéria sumulada no CARF: Súmula CARF nº 25 consolidada pela Portaria CARF 52/10².

No caso vertente, a omissão de receitas por presunção legal foi detectada durante dois anos-calendário.

Registre-se que também há entre as receitas omitidas por presunção legal, transferências ao exterior de recursos tendo como beneficiária a recorrente. O autuante equivocadamente chama de créditos em CC5 - alusão à antiga Carta-Circular Bacen 5/69, que regulava a transferência internacional em reais, e que se denomina há tempos como TIR, transferência internacional em reais. Sucede que só podem ser titulares de contas de TIR os residentes no exterior (e as contas de TIR são em bancos no País). O que houve foi a constatação de créditos bancários em moeda estrangeira em banco estrangeiro tendo como beneficiária a recorrente. Sobre isso ela não se manifestou na peça recursiva.

A recorrente, sobre não apresentar nenhuma escrituração contábil, não entregou as DIPJs relativas aos anos-calendário em jogo. A não entrega de declaração não é elemento de relevo, para configuração do elemento subjetivo do tipo, exceto se associada a outros dados de fato relevantes para a valoração do conjunto probatório.

Vê-se, do Termo de Conclusão Fiscal, a diferença entre a renda omitida (com base no lucro arbitrado) e a renda declarada – supostamente pela divisão dos valores de IRPJ e de CSL declarados nas DCTFs pelas alíquotas de IRPJ e de CSL, diante da ausência das DIPJs.

O total do lucro tributável para o ano-calendário de 2002 chega a R\$ 51.587.705,38 [R\$ 38.772.682,82 (diferença) + R\$ 5.695.565,58 (IRPJ) + R\$ 7.119.456,98 (CSL)] . O lucro tributável omitido chega a 75,15876% do lucro total (R\$ 38.772.682,82 / R\$ 51.587.705,38).

² SÚMULA Nº 25 do CARF: 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.

O total do lucro tributável para o ano-calendário de 203 chega a R\$ 33.655.592,360 [R\$ 24.835.278,84 (diferença) + R\$ 3.920.139,34 (IRPJ) + R\$ 4.900.174,18 (CSL)]. O lucro tributável omitido chega a 73,79243% (R\$ 33.655.592,360 / R\$ 24.835.278,84) do lucro total.

O montante do lucro (não estamos falando das receitas) omitido em relação ao total do lucro, em ambos os anos-calendário, é expressivamente significativo.

A conjugação desse dado de fato com o comportamento da recorrente durante os dois anos-calendário, leva-me a concluir que esse conjunto de dados de fato denuncia a presença do elemento subjetivo do tipo, o dolo específico, para a qualificação da multa.

Em tais termos nego provimento ao recurso, sobre a questão da multa qualificada.

Passo à apreciação da questão da decadência.

Os lançamentos se aperfeiçoaram em 14/12/07 – fls. 295, 301, 311 e 316.

Considerando-se a manutenção da multa qualificada, é inegável a aplicação do prazo decadencial, conforme o art. 173, I, do CTN – seja para IRPJ, como para a CSL.

Mesmo em relação ao IRPJ e à CSL do 1º trimestre de 2002, só se consumaria a decadência do direito de lançar, em 31/12/07.

Rejeito, por conseguinte, a preliminar de mérito de decadência.

Sob essa ordem de considerações e juízo, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 26 de agosto de 2014

(assinado digitalmente)

Marcos Takata - Relator