



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

Processo nº 15563.000063/2009-12
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1103-001.075 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 5 de junho de 2014
Matéria IRPJ, CSLL, PIS, COFINS
Recorrente PETRO POWER DISTRIBUIDORA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006

NULIDADES DOS LANÇAMENTOS

1 - Questão de aplicação e de inconstitucionalidade da Lei Complementar 105/01 é matéria que não pode ser enfrentada por este juízo, conforme a Súmula CARF nº 2.

2 - A quebra de sigilo bancário se deu sob motivo de negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira, indicado na solicitação de requisição de informações sobre movimentação financeira (RMF), expedida com suporte naquele motivo. Tudo precedido da intimação da recorrente para apresentação de seus extratos bancários, não atendida. Inexistência de ofensa ao art. 3º e ao art. 4º, § 6º, do Decreto 3.724/01.

3 - A partir da Lei 9.430/96, o nexo causal entre o fato conhecido (créditos bancários) e o fato desconhecido (receitas auferidas) passou a ser estabelecido pela lei, ao criar a hipótese presuntiva relativa de omissão de receitas. Créditos individualizados com intimação da recorrente para comprovação da origem existentes, preenchendo-se a *condicio juris* de tal presunção *juris tantum*. Inexistência de vício substancial na presunção legal de omissão de receitas.

OMISSÃO DE RECEITAS POR PRESUNÇÃO LEGAL

Nada foi carreado aos autos pela recorrente a demonstrar que os créditos não são representativos de receitas. Omissão de receitas presumida chancelada.

MULTA - CONFISCO

Questão de constitucionalidade da multa é matéria cujo enfrentamento é defeso a este órgão julgador, conforme a Súmula CARF nº 2.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, rejeitar as preliminares de nulidade, por unanimidade de votos, e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, também por unanimidade, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Eduardo Martins Neiva Monteiro – no exercício da Presidência.

(assinado digitalmente)

Marcos Takata - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Marcos Shigueo Takata, André Mendes de Moura, Fábio Nieves Barreira, Maria Elisa Bruzzi Boechat, Breno Ferreira Martins Vasconcelos e Eduardo Martins Neiva Monteiro.

Relatório

DO LANÇAMENTO

Trata o presente processo de autos de infração de IRPJ de fls. 825 a 835, e de CSL de fls. 836 a 846, sobre os anos-calendário de 2004, 2005 e 2006 em que o contribuinte promoveu operações financeiras e mercantis de compra e venda de mercadorias.

Iniciada a fiscalização, o contribuinte foi notificado para apresentar livros e documentos de sua escrituração contábil, contudo, deixou de fazê-lo. Sendo assim, a autoridade fiscal realizou o arbitramento do lucro dos períodos de apuração do 4º trimestre do ano-calendário de 2004; 2º, 3º e 4º trimestres do ano-calendário de 2005 e 1º, 2º, 3º e 4º trimestres do ano-calendário de 2006.

A base de cálculo do arbitramento foi composta pelas receitas declaradas na DIPJ/2005 e pelas receitas omitidas apuradas de ofício na presente ação fiscal, tomando como base os depósitos bancários cuja origem não foi comprovada, constantes do demonstrativo “Ingressos Bancários Passíveis de Comprovação de Tributação e Origem”, de fls. 540 a 824.

Sobre as diferenças de imposto e contribuições apuradas se fez incidir a multa de ofício no percentual de 75%, de acordo com o art. 44, I, da Lei 9.430/96.

DA IMPUGNAÇÃO

Em 15/06/2009 a recorrente apresentou impugnação de fls. 863 a 901 na qual argúi, em síntese, o que segue.

Primeiramente, a recorrente aborda a questão da quebra de seu sigilo bancário pela autoridade administrativa através dos RMFs acostados a estes autos.

Traz os entendimentos de doutrina e jurisprudência sobre a relatividade do direito ao sigilo, admitindo não se tratar de garantia absoluta, devendo ceder diante do interesse coletivo quando da ocorrência de sólidos indícios de ilegalidade. Por outro lado, afirma que ainda que relativo este direito, a quebra do sigilo somente pode ocorrer mediante autorização judicial e desde que assegurado o devido processo legal.

Alude à edição da Lei Complementar 105/01, que inovou o tema da quebra do sigilo bancário, permitindo-a sem a prévia autorização do Poder Judiciário, conforme inteligência de seu § 6º. Contudo, entende ser esta disposição manifestamente inconstitucional em virtude do afrontamento ao direito de defesa do contribuinte. E, ainda, pelo fato de ser a autoridade fiscal parte no processo e principal interessada na obtenção das informações financeiras. Entende não ser competência do Poder Executivo o requerimento dessas informações, vez que este não possui comprometimento com a imparcialidade; papel que é designado ao Poder Judiciário.

Assim, trata-se de atribuição do magistrado decidir sobre a necessidade da quebra do sigilo bancário, sopesando o direito ao sigilo do contribuinte e o interesse da

coletividade, bem como verificar se presentes os requisitos para a concessão do pedido da autoridade fiscal.

Argumenta que, além de se fazer necessária decisão judicial que autorize a quebra do sigilo, deve esta possuir fundamentação sólida e versar sobre suspeita objetiva de fato delituoso e sua autoria.

Também deve ser demonstrado que a providência requerida é indispensável para o êxito das investigações. Não tendo havido qualquer desses requisitos, será eivado de manifesta ilegalidade o único meio de prova utilizado como suporte do lançamento, qual seja, os extratos bancários da recorrente entregues pelas instituições financeiras.

Alega, ainda, que mesmo sendo admitida a licitude da prova utilizada pela autoridade fiscal, esta não observou o procedimento estabelecido pelo art. 3º do Decreto 3.724/01, que regulamenta a Lei Complementar 105/01. O dispositivo estabelece expressamente as hipóteses em que o exame das informações bancárias será considerado indispensável. Bem assim que em nenhum momento o AFRF apontou nos autos a hipótese legal prevista do referido dispositivo e que justificaria a quebra do sigilo bancário da empresa. Nesse sentido também o art. 4º, § 6º, do Decreto 3.724/01.

Assim, não constando das RMFs motivação que demonstrasse, com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade, não foi possível que a recorrente tivesse conhecimento das razões pelas quais teve seu direito ao sigilo bancário violado.

Ausente a fundamentação legal em que se baseia a solicitação realizada, torna-se nulo de pleno direito o ato administrativo, não produzindo qualquer efeito.

A recorrente afirma que, mesmo sendo admitida a licitude da prova consubstanciada em seus extratos bancários, restaria nulo o auto de infração por se fundar exclusivamente em depósitos bancários. Isso porque estes não podem ser considerados como renda para fins de tributação pelo imposto de renda, tendo em vista sua base de cálculo residir em efetivo acréscimo patrimonial ocorrido em determinado período, conforme art. 43 do CTN. A dicção da norma demonstra que o fato gerador do IR é a aquisição de disponibilidade, econômica ou jurídica, de renda e de proventos de qualquer natureza, que configurem efetivo acréscimo patrimonial.

Destarte, entende que o acréscimo patrimonial é núcleo necessário, vez que consiste no aspecto material da hipótese de incidência desse tributo. Por esse prisma, alega não ser possível a presunção de omissão de rendimentos a partir de meros depósitos bancários sem o estabelecimento de correlação com aumento patrimonial por parte do contribuinte. É necessário, portanto, a demonstração de nexo causal entre os referidos depósitos e a suposta omissão de receitas, sob pena de caracterizar-se mera presunção. A despeito disso, a Súmula 182 do extinto TFR.

Por fim, tece considerações sobre o caráter confiscatório da imposição de multa, por ser notadamente desproporcional e não podendo ser utilizada como expediente ou técnica de arrecadação, o que seria um “verdadeiro tributo disfarçado”.

Pelo exposto, requer seja reconhecida a nulidade do auto de infração em razão da ilicitude da quebra de sigilo bancário.

Caso superada esta preliminar, seja reconhecida nulidade do auto de infração, visto ter sido o lançamento fiscal baseado exclusivamente em depósitos bancários sem comprovação de efetivo acréscimo patrimonial. Alternativamente, seja afastada a imposição da multa, ou, ao menos, que a penalidade seja substancialmente reduzida, por ser confiscatória a multa.

DA DECISÃO DA DRJ

Em 16/10/2009, acordaram os julgadores da 5ª Turma da DRJ do Rio de Janeiro I, por unanimidade de votos, negar provimento à impugnação, consequentemente rejeitar a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, julgar procedentes os lançamentos e a multa de ofício no percentual de 75% e demais acréscimos moratórios, pelos motivos abaixo sintetizados:

Acerca das alegações de nulidade do lançamento, não há que se falar em irregularidade no procedimento de requisição de informações. A emissão das RMFs foi requerida pelo auditor-fiscal responsável pela fiscalização, através do documento de fls. 164 a 166, em que foi considerado indispensável o exame dessas informações por figurar hipótese prevista no art. 3º, X, do Decreto 3.724/01. E, ainda, quando da emissão das RMFs já existia procedimento fiscal instaurado e com termo de início de fiscalização lavrado, conforme previsão legal.

Descabida também a arguição de cerceamento de defesa. A recorrente alega que os lançamentos não trazem fundamentos que justifiquem a quebra de seu sigilo bancário. Contudo, observa-se que não há qualquer previsão legal no sentido de que os procedimentos de auditoria que antecedem o lançamento devam ser submetidos ao contraditório, o que inviabiliza a hipótese suscitada.

A recorrente aduz pela inconstitucionalidade da utilização da movimentação bancária para determinar a base de cálculo dos tributos, visto que os depósitos não representam disponibilidade de rendas ou acréscimo patrimonial. Pois bem, nesse sentido, o art. 42 da Lei 9.430/96 dispõe sobre a presunção de omissão de receitas. Nessas hipóteses, o ônus da prova é transferido ao contribuinte; e este não logrou comprovar a origem dos débitos em questão através dos registros em sua escrituração contábil, sequer apresentou documentação.

No tocante à multa de ofício aplicada, observa-se a previsão do art. 44, I, da Lei 9.430/96, não cabendo à fiscalização avaliar critérios diversos dos previstos na legislação tributária, tendo em vista a estrita vinculação do lançamento prevista no art. 142 do CTN. Tampouco cabe ao julgador efetuar qualquer redução no percentual da multa de ofício lançada, uma vez que o funcionamento das DRJs é disciplinado pela Portaria MF 58/06, que determina que o julgador deve observar as normas legais e regulamentares, segundo disposto no art. 116, III, da Lei 8.112/90, bem como o entendimento da Receita Federal do Brasil expresso em atos tributários e aduaneiros.

Ademais, sobre todas as nulidades alegadas, seja sobre a quebra de sigilo sem ordem judicial, ou a apuração de omissão de receitas baseada em depósitos bancários sem comprovação da origem, ou, ainda, sobre o caráter de confisco da multa de ofício aplicada, cabem alguns esclarecimentos. As questões envolvendo a constitucionalidade de leis e atos da administração encontram-se na esfera de apreciação do Poder Judiciário. Não é permitido, portanto, que a via administrativa seja o veículo para o pronunciamento definitivo sobre questões tipicamente afetas aos órgãos e vias judiciais.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Intimada e inconformada com a decisão retro, a recorrente apresentou, em 16/12/2009, recurso voluntário de fls. 946 a 984, reiterando basicamente os argumentos deduzidos na peça inaugural.

DA RESOLUÇÃO DO CARF

Em sessão do dia 12/6/2012, acordaram os membros da 3ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, mediante o Acórdão nº 1103-00.059, por unanimidade de votos, sobrestar o julgamento, de acordo com o artigo 2º da Portaria CARF 1/12, conforme entendimento abaixo sintetizado.

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/SP com reconhecimento de repercussão geral, nos termos do art. 543-B do CPC.

Afirmou 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/SP, sob repercussão geral, onde é discutida questão idêntica.

Apontou 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.

Afirmou 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, em face do art. 62-A, §§ 1º e 2º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF. Com a revogação dos §§ 1º e 2º do art. 62-A em questão, os autos do feito retornaram a este relator, para julgamento do recurso.

A numeração de fls. indicada neste voto é a do e-processo.

A recorrente combate a aplicabilidade do art. 6º da Lei Complementar 105/01, em face do que e de suas regulamentações houve a obtenção dos extratos bancários da recorrente diretamente dos bancos, mediante a emissão de RMF (Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira) contra eles, com quebra do sigilo bancário da recorrente.

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 revogação dos parágrafos citados 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.

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.

Argui a recorrente nulidade dos lançamentos por inobservância do art. 3º do Decreto 3.724/01, que regulamenta o art. 6º da Lei Complementar 105/01: ele descreve as hipóteses de cabimento de quebra do sigilo bancário. Também, por inobservância do art. 4º, § 6º, do Decreto 3.724/01, que prevê o relatório circunstanciado contendo a motivação para a solicitação da RMF.

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.

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.

Compulsando os autos, vejo que houve a intimação da recorrente para apresentação no prazo de 20 dias dos extratos bancários de 2004 a 2006 – fls. 145 e 146. Sua cientificação se deu em 20/6/08 – fl. 147. Em resposta, figura pedido de “sobrestamento” por 15 dias subscrito pelo advogado da recorrente – fls. 148 a 159.

Não consta dos autos outro pedido, tampouco apresentação de extratos bancários por parte da recorrente.

Noto que há a solicitação de emissão de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira, assinada em 20/8/08 – fl. 170.

A solicitação é de emissão de RMF em relação ao Banco Bradesco, ao Banco Itaú, ao Banco Rural e ao Unibanco, para fornecimento de extratos de contas correntes bancárias, de aplicações financeiras, e de procuração a terceiros para movimentação das contas correntes bancárias sob titularidade da recorrente, para o período de 1/1/05 a 31/12/06 – fls. 168 a 170. Tudo conforme o Anexo I da Portaria SRF 180/01. O motivo indicado na referida solicitação é a negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira (art. 3º, X, do Decreto 3.724/01).

Constam as RMFs emitidas contra os referidos bancos, nas fls. 162 a 165, 171 a 174, 178 a 181, 184 a 187, todas precedidas de carta a eles endereçada indicando o suporte normativo para a entrega dos documentos requisitados. As RMFs expedidas, conforme o Anexo II da Portaria SRF 180/01, para apresentação de informações do período de 1/1/05 a 31/12/06, contêm os demais requisitos indicados no art. 4º, § 7º, do Decreto 3.724/01.

Vê-se que não houve descumprimento ao art. 3º e ao art. 4º, §§ 1º, 2º, 5º a 7º, do Decreto 3.724/01.

Dessa forma, rejeito a preliminar de nulidade por ofensa aos arts. 3º e 4º, § 6º, do Decreto 3.724/01.

A recorrente invoca a presença de vício substancial nos lançamentos, 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. Nesse sentido, lança apoio na Súmula 182 do antigo TRF que rechaçara tal presunção de omissão de receitas.

A Súmula 182 do antigo TFR que reconhecia ser inconstitucional a presunção de omissão de receitas com base nos créditos bancários de origem improvada foi editada antes da criação da hipótese legal de presunção de omissão de receitas do art. 42 da Lei 9.430/96.

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 confirmar sua gestão sobre a movimentação financeiras nas contas correntes bancárias indicadas na intimação, e para comprovação do oferecimento à tributação dos créditos bancários discriminados no demonstrativo anexo à intimação e justificação de sua origem – fls. 551 a 553. O anexo consta nas fls. 559 a 616, 621 a 697. Na fl. 553 consta indicação de data de ciência conforme AR de 13/3/09; porém, na fl. 554 figura somente o AR com data de postagem de 12/3/09, sem o verso que conteria a data de recebimento.

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)

Vejo que houve nova intimação à recorrente para confirmar sua gestão sobre a movimentação financeira nas contas correntes bancárias descritas na intimação, e para comprovação do oferecimento à tributação dos créditos bancários discriminados no demonstrativo anexo à intimação e justificação de sua origem – fls. 555 a 557. Na fl. 557 há indicação de que a ciência se dera por AR em 20/3/09. Na fl. 558 há cópia do AR com data de recebimento de 20/3/09.

O demonstrativo anexo às intimações referidas contém créditos individualizados, de 10/5/05 a 28/12/06 – fls. 559 a 616, 621 a 697.

Conforme o Termo de Verificação Fiscal (TVF) foram expurgados os créditos de estornos de depósitos, possíveis transferências entre contas de mesma titularidade, créditos de retorno de aplicações financeiras – fl. 704. Quanto a isso ou a falta de expurgos, a recorrente nada contraditou. Os créditos bancários, individualizados, considerados como receitas omitidas por presunção legal figuram no anexo ao TVF, nas fls. 706 a 817, 822 a 845.

A recorrente não apresentou nenhuma justificativa nem esclarecimento sobre os créditos bancários individualizados. Nada consta nos autos.

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 nexo 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.

A recorrente informara nas suas DIPJ/05, DIPJ/06 e DIPJ/07 – fls. 4, 83 e 113 – que apurava lucro real. Intimada à apresentação dos Livro Diário, Livro Razão, Lalur – fls. 145 e 146 – nada apresentou a recorrente.

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 – ao menos para os trimestres dos anos-calendário de 2005 e 2006, em relação aos quais se apuraram as receitas omitidas por presunção legal.

Vê-se que a recorrente exerce a atividade de comércio atacadista de álcool carburante, gasolina e demais derivados de petróleo, exceto transportador retalhista e lubrificantes, conforme informado em sua DIPJ/05 – fl. 5.

Para a determinação do lucro (base de cálculo) para fins de IRPJ, o autuante aplicou sobre as receitas omitidas o coeficiente de 1,92%, como se constata das fls. 846, 847 e 849, que são dos instrumentos específicos do auto de infração. Ou seja, o arbitramento do lucro se deu pela aplicação do coeficiente de 1,6% acrescidos de 20% (= 1,92%) sobre as receitas omitidas.

Diante da atividade da recorrente, conforme acima descrito, o coeficiente aplicado é correto, nos termos do art. 532 c/c o art. 519, § 1º, I, do RIR/99:

***Art. 532.** O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, observado o disposto no art. 394, § 11, quando conhecida a receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 e seus parágrafos, **acrescidos de vinte por cento** (Lei nº 9.249, de 1995, art. 16, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 27, inciso I).*

***Art. 519.** Para efeitos do disposto no artigo anterior, considera-se receita bruta a definida no art. 224 e seu parágrafo único.*

***§ 1º.** Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de (Lei nº 9.249, de 1995, art. 15, § 1º):*

***I - um inteiro e seis décimos por cento**, para atividade de revenda, para consumo, de combustível derivado de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural;*

***II - dezesseis por cento** para a atividade de prestação de serviço de transporte, exceto o de carga, para o qual se aplicará o percentual previsto no caput ;*

***III - trinta e dois por cento**, para as atividades de:*

a) prestação de serviços em geral, exceto a de serviços hospitalares;

b) intermediação de negócios;

c) administração, locação ou cessão de bens, imóveis, móveis e direitos de qualquer natureza.

[...]

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. 857 a 860 849, que são dos instrumentos específicos do auto de infração.

Correto o coeficiente aplicado, nos termos do art. 20 da Lei 9.249/95 c/c o art. 29, I, da Lei 9.430/96:

***Art. 20.** A base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, devida pelas pessoas jurídicas que efetuarem o pagamento mensal a que se referem os arts. 27 e 29 a 34 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, e pelas pessoas jurídicas desobrigadas de escrituração contábil, corresponderá a **doze por cento da receita bruta**, na forma definida na legislação vigente,*

auferida em cada mês do ano-calendário, exceto para as pessoas jurídicas que exerçam as atividades a que se refere o inciso III do § 1º do art. 15, cujo percentual corresponderá a trinta e dois por cento. (Redação dada Lei nº 10.684, de 2003)

[...]

Art. 29. *A base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, devida pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido ou arbitrado e pelas demais empresas dispensadas de escrituração contábil, corresponderá à soma dos valores:*

I - de que trata o art. 20 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995;

II - os ganhos de capital, os rendimentos e ganhos líquidos auferidos em aplicações financeiras, as demais receitas e os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo inciso anterior e demais valores determinados nesta Lei, auferidos naquele mesmo período.

Nessa linha de considerações, rejeito a nulidade dos lançamentos por vício substancial, na determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSL, em relação aos trimestres dos anos-calendário, para os quais foram apuradas receitas omitidas por presunção legal.

Observo, ainda, que, para o ano-calendário de 2004, as exigências de IRPJ e de CSL se fundaram na divergência entre o informado na DIPJ/05 e nas DCTFs de 2004.

Como não foram apresentados os livros contábeis, o autuante se louvou no valor de receita de revenda de mercadorias informado na DIPJ/05, para proceder ao arbitramento do lucro dos trimestres de 2004. Sucede que as DCTFs de 2004 não acusam valor de IRPJ nem de CSL.

Verificando os autos, noto que o extrato de DCTFs de 2004 só indica alguns débitos de IRRF com pagamentos por Darf - fls. 143 e 144.

Na DIPJ/05 só há indicação de valor de receita de revenda de mercadorias para o 4º trimestre de 2004. É a ficha 6A, linha 7 da DIPJ/05 – fl. 18. O valor de receita de revenda de mercadorias no 4º trimestre de 2004 é de R\$ 103.263.070,00.

É o mesmo valor que consta nas fls. 856 e 866 nos instrumentos específicos dos autos de infração.

O lucro foi arbitrado com base na receita conhecida (receita de revenda de mercadorias) para os trimestres de 2004, com a aplicação de coeficientes como já acentuado alhures para os trimestres dos anos-calendário de 2005 e 2006.

Os lançamentos de IRPJ e de CSL, para os trimestres do ano-calendário de 2004, bem como para os dos anos-calendário de 2005 e 2006, não merecem reparos.

Nego provimento ao recurso no mérito, por conseguinte.

Alega ainda a recorrente o caráter confiscatório da multa infligida.

Não houve aplicação de multa qualificada.

Quanto à constitucionalidade da multa, trata-se de matéria cujo enfrentamento é defeso a este órgão julgador, conforme o art. 26-A do Decreto 70.235/72 c/ a redação da Lei 11.941/09, e o art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF. Também, nos termos da Súmula CARF nº 2:

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

Nego provimento ao recurso sobre a questão.

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

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 5 de junho de 2014

(assinado digitalmente)

Marcos Takata - Relator