



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

Processo nº 15563.000139/2009-00
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1301-002.272 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de abril de 2017
Matéria OMISSÃO DE RECEITA - DEPÓSITO BANCÁRIO
Embargante FRIGOTI DISTRIBUIDORA DE CARNES E DERIVADOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2005, 2006, 2007

Ementa:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CONTRADIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Devem ser rejeitados os embargos declaratórios na situação em que a alegada contradição não ocorreu, tendo sido a matéria discutida e decidida no acórdão embargado, sem qualquer vício. Assim, não há contradição, vez que a decisão de negar provimento por falta de provas foi coerente com seus fundamentos, qual seja, ônus probatório da interessada.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. QUESTÃO ORDEM PÚBLICA. NÃO CONHECIMENTO.

O argumento de multa confiscatória carece de prequestionamento quando não alegado na peça de impugnação, seja entendendo-se como matéria de ordem pública ou não.

Ademais, incabível na esfera administrativa a discussão sobre ferimento de princípios constitucionais, pois essa competência é atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer dos embargos com relação a alegação de contradição e em não conhecer no que se refere ao argumento da multa confiscatória e, no mérito, na parte conhecida, em negar-lhes provimento.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha - Presidente

(assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Flávio Franco Corrêa, José Eduardo Dornelas Souza, Roberto Silva Junior, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Milene de Araújo Macedo, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Waldir Veiga Rocha.

Relatório

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo contribuinte acima identificado, tempestivamente, com o objetivo de suprir contradição e questão de ordem pública no v. acórdão n. 1301-002.054, de 09.06.2016, prolatado por este Colegiado.

O acórdão restou assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Exercício: 2005, 2006, 2007

Ementa:

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DOLO.

A teor do disposto no art. 150 do Código Tributário Nacional, o denominado lançamento por homologação opera-se pelo ato em que a autoridade administrativa, tomando conhecimento da atividade exercida pelo contribuinte no sentido de apurar o tributo devido, expressamente a homologa. O referido artigo fixa o prazo de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, para que a autoridade administrativa promova essa homologação. Contudo, se comprovada a ocorrência de dolo, tal prazo, tido como decadencial, não é aplicável. Nesse caso, a decadência é regida pelas disposições do art. 173 do mesmo diploma legal.

MULTA QUALIFICADA. PROCEDÊNCIA

Revela-se procedente a exasperação da penalidade na circunstância em que foram aportados aos autos elementos capazes de criar a convicção de que os tributos que deixaram de ser recolhidos à Fazenda Pública decorreram de conduta dolosa por parte do fiscalizado.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. PROCEDÊNCIA.

A partir da constatação incontestável da hipótese prevista na lei, o arbitramento do lucro constitui dever da autoridade fiscal, e não uma opção. Assim, revelando-se incontroverso o fato de que o contribuinte, embora reiteradamente intimado, não apresentou os livros de escrituração obrigatória, cabe à referida autoridade, nos exatos termos do inciso III do

art. 47 da Lei nº 8.981, de 1995, determinar o lucro tributável com base nos critérios do arbitramento.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUCESSÃO. CONSTATAÇÃO.

Reunidos ao processo elementos capazes de criar a convicção de que, embora ausentes as formalidades legais, efetivamente a pessoa jurídica encontrada no domicílio fiscal da fiscalizada a sucedeu na exploração da atividade econômica, cabível a imputação de responsabilidade por sucessão, de natureza subsidiária na circunstância em que a referida fiscalizada não cessou, legal e formalmente, as suas atividades.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. FUNDAMENTOS LEGAIS. CONSTATAÇÃO FÁTICA. PROCEDÊNCIA.

Se a autoridade executora do procedimento de fiscalização logra êxito na demonstração da relação direta de determinadas pessoas com as situações que constituem fatos geradores das obrigações tributárias, resta configurada a solidariedade tributária pelo crédito tributário constituído, sendo autorizada, assim, a inclusão de referidas pessoas no pólo passivo das obrigações constituídas.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITAS. PROVA. ÔNUS INVERTIDO.

A partir da edição da Lei nº 9.430, de 1996, caracterizam-se omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO. EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS.

Tratando-se de prática reiterada de infração, a exclusão do SIMPLES, nos termos da legislação aplicável à matéria, tem efeitos retroativos.

PEDIDO DE PERÍCIA OU DILIGÊNCIA.

À luz do regramento processual vigente, a autoridade julgadora é livre para, diante da situação concreta que lhe é submetida, deferir ou indeferir pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, ex vi do disposto no art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos , NEGAR provimento aos recursos. Fez Sustentação oral o Sr. Fábio Mendonça e Castro, OAB/DF Nº 18.484.

Consta dos autos que, após regularmente intimada do acórdão recorrido, a interessada entendeu opor embargos de declaração, suscitando haver contradição entre o indeferimento da prova pericial requerida por ela e a decisão que manteve o lançamento fiscal

por falta de comprovação de que os depósitos bancários não seriam receita omitida, bem como questão de ordem pública no que se refere à exigência de multas qualificadas acima de 100% (cem por cento) do imposto lançado.

Quanto ao alegado vício da contradição, entende existir nulidade na decisão recorrida, vez que, segundo sua ótica, a contribuinte foi tolhida do direito de produzir as provas necessárias e indispensáveis para a demonstração de suas alegações, e, sustenta que a prova pericial é o único meio idôneo disponível para que comprovasse que diversos depósitos bancários incluídos na base de cálculo do imposto se referiam, na verdade, a empréstimos, transferências entre contas próprias, compras estornadas e aportes financeiros dos sócios, e por isso, jamais o julgador poderia indeferi-la.

Quanto ao segundo ponto, aponta questão de ordem pública, em face de inconstitucionalidade há muito reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que reconhece que a fixação de multas fiscais em patamares superiores ao próprio valor do tributo devido, infringe o art. 150, inciso IV da Constituição Federal de 1988.

Às fls.5933-5935, encontra-se o Despacho de Admissibilidade de Embargos, mediante o qual o Sr. Presidente desta 1ª Turma Ordinária concordou com a proposta deste Conselheiro, no sentido de que os embargos fossem admitidos e submetidos à apreciação do Colegiado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Relator

Os embargos são tempestivos e atendem aos demais requisitos de admissibilidade previstos no vigente Regimento Interno do CARF, razão pela qual os conheço e passo a analisá-los.

1) Alegada contradição - prova pericial

Suscita a embargante haver contradição entre a decisão que indeferiu a prova pericial requerida e os fundamentos utilizados que manteve o lançamento fiscal por falta de comprovação de que os depósitos bancários não seriam receita omitida.

Em sua ótica, a contribuinte foi tolhida do direito de produzir as provas necessárias e indispensáveis para a demonstração de suas alegações, pois entende que a prova pericial seria o único meio idôneo disponível para que ela comprovasse que diversos depósitos bancários incluídos na base de cálculo do imposto se referiam a empréstimos, transferências entre contas próprias, compras estornadas e aportes financeiros dos sócios, e por isso, jamais o julgador poderia indeferi-la.

Essa questão foi consignada pelo voto-condutor do acórdão recorrido na seguinte forma (e-proc. fl. 5865), *verbis*:

PERÍCIA TÉCNICA

Alternativamente, a Recorrente solicita que o presente processo retorne à unidade administrativa de origem para que seja determinada a realização de uma perícia técnica nos extratos bancários e documentos contábeis, a fim de que se possa apurar o valor correto base tributável supostamente omitida.

Impróprio o solicitado pela Recorrente.

Como dito, tratando-se de tributação com base em depósitos bancários, o ônus probatório é invertido, de modo que revela-se absolutamente impertinente requerer que, por meio de perícia ou diligência, o Fisco envide esforços para colher provas que caberia ao fiscalizado apresentá-las.

Ademais, em conformidade com o inciso IV e §1º do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, no caso de perícia, além da formulação dos quesitos referentes ao exame desejado, o contribuinte deve indicar o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito, considerando-se não formulado o pedido que tenha sido efetuado sem a observância de tais requisitos.

Em que pese suas alegações, não me parece que ocorreu cerceamento de defesa, pois em nenhum momento o contribuinte foi impedido de produzir a prova que entendesse cabível e trazê-la aos autos. O que o Colegiado deliberou foi que esse ônus era dele, contribuinte, não cabendo a determinação de perícia para produção de prova a cargo do interessado.

Além disso, de acordo com a decisão recorrida, ainda há um segundo fundamento utilizado para o indeferimento da prova, pois faltaram os requisitos formais exigidos no inciso IV e §1º do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Assim, entendo não haver contradição, vez que a decisão (negar provimento por falta de provas) foi coerente com seus fundamentos (ônus probatório da interessada). Nega-se provimento, no item.

2) Questão de ordem pública - multa confiscatória.

Alega a embargante, no tópico, questão de ordem pública, pois entende ser impossível a fixação de multas fiscais em patamares superiores ao próprio valor do tributo devido, sob pena de ofensa ao artigo 150, inciso IV da Constituição Federal de 1988. Refere-se à aplicação de multa de ofício qualificada prevista no art. 44, §1º da Lei nº 9.430/96, cujo percentual é de 150% (cento e cinquenta por cento).

Compulsando os autos, verifico que este argumento de multa confiscatória não foi suscitado pelo interessado, ora recorrente, em seu recurso voluntário, carecendo, então de prequestionamento.

Sendo assim, não havendo prequestionamento, tanto faz ser matéria de ordem pública ou não, pois, de uma forma como na outra, exige-se que matéria tenha sido suscitada anteriormente, fato este que não ocorreu.

No caso, entendo que o argumento levantado pelo recorrente não é hipótese de ordem pública, e por isso, alegá-lo por essa via configura-se uma tentativa de rediscutir o mérito por via imprópria, o que não se admite.

Por outro lado, ainda que se considere que a matéria ventilada seja de ordem pública, é de se notar, consoante pacífica jurisprudência do STJ e STF, é necessário o prequestionamento para que a questão possa ser examinada. Nesse sentido, confira-se:

STF

ARE 977741 AgR

ARE 977741 AgR/ SC - SANTA CATARINA AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO

Julgamento: 09/08/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma

Ementa

EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL QUE NÃO ATACA TODOS OS FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. **MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE.** CONTROVÉRSIA QUE DEMANDA ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. REAPRECIÇÃO DOS FATOS E DO MATERIAL PROBATÓRIO CONSTANTES DOS AUTOS (SÚMULA 279/STF), BEM COMO A ANÁLISE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS (SÚMULA 454/STF). CARÁTER PROTETÓRIO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. 1. A parte agravante não atacou todos os fundamentos utilizados pelo Tribunal de origem para inadmitir o recurso extraordinário, de modo que a decisão permanece incólume. Precedente. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal é firme em exigir o regular prequestionamento das questões constitucionais suscitadas no recurso extraordinário, ainda que se trate de matéria de ordem pública. Precedentes. 3. Para chegar a conclusão diversa do acórdão recorrido, imprescindíveis seriam a análise da legislação infraconstitucional pertinente, nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos (Súmula 279/STF), assim como a interpretação de cláusulas contratuais (Súmula 454/STF), procedimentos inviáveis em sede de recurso extraordinário. 4. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. 5. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.

ARE 937975 ED

ARE 937975 ED / SP - SÃO PAULO EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 23/02/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma

Ementa

Embargos de declaração em recurso extraordinário com agravo. 2. Decisão monocrática. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 3. **Inovação recursal. Matéria não ventilada no recurso extraordinário. Preclusão.** 4. **Matéria de ordem pública. Ausência de prequestionamento.** Não interposição de embargos de declaração. Súmula 356 do STF. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

[ARE 930708 AgR/](#)

ARE 930708 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO

Julgamento: 02/02/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma Ementa

EMENTA: DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO. 1. **Nos termos da jurisprudência desta Corte, exige-se o regular prequestionamento das questões constitucionais, ainda que se trate de matéria de ordem pública. Precedentes.** 2. O acórdão impugnado pelo recurso extraordinário contém fundamentação suficiente, embora em sentido contrário aos interesses da parte recorrente, o que não configura violação ao art. 93, IX, da Constituição. 3. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 4. Agravo regimental que se nega provimento.

STJ

"AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. CITAÇÃO. INTIMAÇÃO. VÍCIOS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS N.282/STF E 211/STJ. DISPOSITIVOS LEGAIS.SIMPLES MENÇÃO.SÚMULA N.284/STF.NÃO PROVIMENTO. 1. **Ausente o prequestionamento, exigido inclusive para as matérias de ordem pública, não se conhece do recurso especial, no ponto.**

2. Na instância extraordinária não se aplica o princípio segundo o qual o juiz sabe o direito, de modo que não é suficiente a simples menção a dispositivo legal sem a demonstração de sua efetiva violação, cuja falta atrai as disposições do enunciado n.284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo interno a que se nega provimento."

(AgInt no AREsp 225.513/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 04/11/2016.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. PREVIDÊNCIA PRIVADA. AÇÃO DE NULIDADE DE ACORDO EXTRAJUDICIAL C/C REVISÃO DE PENSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL ATUARIAL. AFRONTA AO ART. 535 DO CPC/73. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. DECADÊNCIA DO DIREITO. SÚMULAS NºS 282 E 356, AMBAS DO STF. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. DECISÃO MANTIDA.

1. Vale pontuar que o presente agravo interno foi interposto contra decisão publicada na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado nº 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. A entidade previdenciária não apresentou argumento novo capaz de modificar a conclusão adotada, que se apoiou em entendimento aqui consolidado para dar provimento ao recurso especial a fim de que os autos retornem ao Tribunal de origem para o julgamento completo dos embargos de declaração.

3. O Tribunal de origem não se pronunciou sobre o tema relacionado à decadência do direito da pensionista. Dessa forma, diante da ausência do necessário prequestionamento se

torna inviável o recurso especial no ponto, a teor das Súmulas nºs 282 e 356, ambas do STF, aplicável, por analogia nesta Corte.

4. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que não é possível o conhecimento de recurso especial se ausente o prequestionamento dos preceitos legais ditos violados, mesmo no caso de matéria de ordem pública (AgRg no AgRg no AREsp 740.668/SE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, DJe 1º/7/2016).

5. Ademais, o tema concernente à ocorrência da decadência não pode ser, aqui, analisado porque se trata de matéria já atingida pelo instituto da preclusão 6. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1579670/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/9/2016, DJe 22/9/2016)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. VALORES PAGOS A MAIOR. ARTS. 475-B E 475-J DO CPC/73. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO IMPUGNAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1º-F DA LEI 9.494/97. LEI 11.960/2009. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. NÃO ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Descumprido o necessário e indispensável exame dos arts. 475-B e 475-J do CPC/73, apto a viabilizar a pretensão recursal do recorrente, de maneira a atrair a incidência das Súmulas 282 e 356/STF, sobretudo ante a ausência de provocação nos embargos declaratórios opostos a fim de suprir a omissão do julgado.

2. A ausência de prequestionamento da matéria relativa à aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com da redação da Lei 11.960/2009, ao caso dos autos, a despeito da oposição dos embargos de declaração, inviabiliza o conhecimento do recurso especial, ante a incidência da Súmula 211/STJ.

3. Imprescindível a alegação de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, quando da interposição do recurso especial com fundamento na alínea "a" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, quando o recorrente entende persistir algum vício no acórdão impugnado, sob pena de incidir no intransponível óbice da ausência de prequestionamento.

4. No entendimento da jurisprudência pacífica do STJ, mesmo as matérias de ordem pública necessitam estar devidamente prequestionadas para ensejar o conhecimento do recurso especial, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 905.241/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/8/2016, DJe 30/8/2016)

Por outro lado, ainda que sejam superados os obstáculos acima mencionados, entendo que não merece prosperar o pleito do contribuinte, vez que a alegação por ele levantada colide frontalmente com a súmula CARF nº 2:

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

Logo, carece de competência a este Colegiado declarar inconstitucionalidade de lei, razão pela qual, estando previsto em lei o percentual de 150% em caso de qualificação da multa, não há como apreciar a questão.

Portanto, não conheço dos embargos, relativamente a este ponto.

Processo nº 15563.000139/2009-00
Acórdão n.º **1301-002.272**

S1-C3T1
Fl. 5.944

Conclusão

Em conclusão, pelo exposto, voto por conhecer dos embargos com relação a alegação de contradição e não conhecer no que se refere ao argumento da multa confiscatória e, no mérito, na parte conhecida, negar-lhes provimento, ratificando integralmente o quanto decidido no Acórdão n. 1301-002.054, de 09.06.2016.

(assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza