



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

Processo n° 19515.002675/2009-68
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1401-001.695 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de agosto de 2016
Matéria IRPJ e outros - arbitramento
Recorrente SUPERMERCADO TERRANOVA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2004

INCONSTITUCIONALIDADE.

Falece competência à autoridade julgadora administrativa para a apreciação de aspectos relacionados com a constitucionalidade e/ou legalidade das normas tributárias regularmente editadas, tarefa privativa do Poder Judiciário. Súmula CARF nº 02.

OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES. QUEBRA DE SIGILO.

Atendidas as condições previstas na LC nº 105, de 2001, a obtenção de provas pelo Fisco junto às Administradoras de Cartões de Crédito/Débito não constitui violação às garantias individuais asseguradas na Constituição Federal, nem quebra de sigilo, nem ilicitude, porquanto é um procedimento fiscal amparado legalmente, sobretudo quando o STF decreta a constitucionalidade da referida Lei, por entender que a norma não resulta em quebra de sigilo bancário, mas sim em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos ao Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, portanto não há ofensa à Constituição Federal.

PRINCÍPIOS DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DA VEDAÇÃO AO CONFISCO.

O princípio da capacidade contributiva e da vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigido ao legislador, cabendo à autoridade administrativa aplicar a lei, presumidamente sancionada com respeito aos preceitos constitucionais.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004

DECADÊNCIA. CONTAGEM DE PRAZO.

Comprovada a falta de pagamento antecipado do tributo sujeito a lançamento por homologação e/ou constatada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Exegese que direciona para aplicação da regra geral estampada no art. 173, I, do Código Tributário Nacional.

ARBITRAMENTO.

A falta de apresentação de livros contábeis e fiscais e da respectiva documentação que dá suporte à auditoria tributária autoriza o arbitramento dos lucros.

DETERMINAÇÃO DO LUCRO ARBITRADO. RECEITA BRUTA CONHECIDA.

O lucro arbitrado será determinado mediante a aplicação de um percentual previsto em lei, sobre a receita bruta, quando conhecida, preferencialmente.

OMISSÃO DE REGISTRO DE RECEITAS. VENDAS MEDIANTE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO NÃO-REGISTRADAS.

Constituem receitas omitidas à tributação o valor das vendas mediante o uso de cartões de crédito/débito não registrado nos livros contábeis e fiscais e nem computado na DIPJ, identificados em extratos emitidos em nome do contribuinte pelas administradoras dos cartões de crédito e débito.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS, COFINS E CSLL.

Tratando-se de lançamentos reflexos, a decisão prolatada no lançamento matriz é aplicável, no que couber, aos decorrentes, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. CARACTERIZAÇÃO DA INTENÇÃO DO AGENTE NA PRÁTICA DA INFRAÇÃO.

A falta de escrituração e a declaração na DIPJ de valores de receitas igual a “0,00”(zero), praticadas de forma reiterada, evidencia a intenção dolosa do agente no cometimento da infração, mormente quando tal prática foi motivada pela sonegação de informações à Receita Federal do Brasil, constando, para o mesmo ano fiscalizado, valores de receitas relevantes nos arquivos das administradoras de cartões de crédito.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicá-la nos moldes da legislação que a instituiu.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Os tributos e contribuições sociais não pagos até o seu vencimento, com fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1995, serão acrescidos de juros de mora, equivalentes, a partir de 1º de abril de 1995, à taxa referencial do Selic para títulos federais. Súmula CARF nº 04.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, AFASTAR a decadência, vencida a conselheira Livia De Carli Germano que acolhia a decadência do 1º e 2º Trimestres de 2004, para o IRPJ e CSLL, e do mês 01 a 06/2004, para o Pis e Cofins. E, quanto ao mérito, NEGAR PROVIMENTO, nos seguintes termos:

I) Pelo voto de qualidade, NEGARAM provimento ao recurso quanto à manutenção da multa qualificada. Vencidos os Conselheiros Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Aurora Tomazini de Carvalho e Livia De Carli Germano, que desqualificavam a multa de ofício, reduzindo-a para 75%.

II) Por unanimidade de votos, NEGARAM provimento ao recurso em relação às demais matérias de mérito.

(Assinado Digitalmente)

Antônio Bezerra Neto - Presidente

(Assinado Digitalmente)

Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio Bezerra Neto (Presidente), Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Marcos de Aguiar Villas-Bôas, Ricardo Marozzi Gregório, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa (Relator), Aurora Tomazini de Carvalho e Livia De Carli Germano.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão proferida pela 3ª Turma da DRJ/SP1, que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a Impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.

O crédito tributário lançado se refere à exigência do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS devidos nos períodos de apuração do 1º, 2º, 3º e 4º Trimestres do ano de 2004, os quais totalizaram, na época do lançamento, o montante de R\$ 2.393.737,33, incluídos multa e juros de mora.

O lançamento, que teve como apuração o lucro arbitrado, decorre de omissão de receita de vendas de mercadorias, apuradas a partir de informações fornecidas por operadoras de cartão de crédito e débito com as quais a fiscalizada transacionou. A fiscalização aplicou, para os tributos acima destacados, a multa qualificada de 150%, fundada na omissão integral da totalidade das receitas de vendas - em que a Recorrente deixou de informá-las na

DIPJ (declaração integralmente preenchida com "0,00" nos valores) - e, principalmente, por ter deixado de declarar e recolher os tributos e contribuições incidentes sobre as vendas. Por conseguinte, a fiscalização preparou e encaminhou Representação Fiscal para Fins Penais, com base no art. 1º, incisos I e II, e art. 2º, ambos da Lei 8.137/90.

Por bem descrever, adoto o relatório da decisão hostilizada. É de se reparar que o Acórdão da DRJ utilizou a numeração do processo físico. Entretanto, utilizarei em minhas próprias citações a numeração eletrônica gerada pelo e-processo.

Trata-se de impugnação ao Auto de Infração de IRPJ, fls. 2.096/2.103, e aos Autos reflexos PIS, fls. 2.104/2.111; CSLL, fls. 2.112/2.119 e Cofins, fls.2.120/2.128), lavrados e cientificados em 24 de julho de 2009(AR fl. 2.129), relativos ao ano-calendário de 2004, em razão de haver sido apurada omissão de receitas decorrente de revenda de mercadorias com recebimentos em cartões de crédito/débito.

Os valores relativos aos fatos geradores verificados encontram-se indicados nos corpos dos autos de infração, nos quais também constam os enquadramentos legais respectivos, atingindo o crédito tributário consolidado o montante de R\$ 2.393.737,33 na data da lavratura, compreendendo os valores dos tributos e contribuições, acrescidos da multa de ofício de 150%, e dos juros de mora calculados até 30/06/2009, apurados sob a forma de lucro arbitrado, assim distribuídos:

IRPJ.....	R\$ 753.945,97
PIS.....	R\$ 225.549,30
CSLL.....	R\$ 373.244,35
Cofins.....	R\$ 1.040.997,71

Os valores da omissão de receita apurados em base mensal, foram os seguintes:

31/01/2004	R\$ 839.513,04
29/02/2004	R\$ 839.286,33
31/03/2004	R\$ 865.936,21
30/04/2004	R\$ 873.745,50
31/05/2004	R\$ 888.685,56
30/06/2004	R\$ 893.174,43
31/07/2004	R\$ 946.207,97
31/08/2004	R\$ 928.818,24
30/09/2004	R\$ 911.499,20
31/10/2004	R\$ 968.650,98
30/11/2004	R\$ 954.096,69
31/12/2004	R\$ 1.087.686,80

Para efeito do cálculo do IRPJ e da CSLL, em base trimestral, foram apurados os seguintes valores:

1º Trimestre	R\$ 2.544.735,58
2º Trimestre	R\$ 2.655.605,49
3º Trimestre	R\$ 2.786.525,41
4º Trimestre	R\$ 3.010.434,47

Conforme se vê do “Termo de Verificação e Constatação Fiscal” de fls. 2.086/2.095, foram relatados os seguintes fatos:

– o Termo de Início de Ação Fiscal datado de 26/12/2007, enviado ao domicílio fiscal do contribuinte foi devolvido pelo Correio com a informação “mudou-se”;

– em 28/12/2007, foi enviada intimação, por via postal, para o mesmo endereço, novamente devolvida;

– na mesma data foram enviadas intimações aos sócios da empresa Sr. Roberto Otávio Andreiu(a intimação foi devolvida após três tentativas de entregas); e Sr. Fábio Ribeiro da Silva(apesar da intimação ter sido recebida não houve manifestação nem comparecimento do intimado);

– em 31/03/2008, foi enviada por via postal nova intimação à empresa, no endereço do sócio Fábio Ribeiro da Silva, na qual foram requisitados os extratos de contas bancárias, dentre outros elementos. Essa intimação, embora recebida, também não foi atendida;

– em 15/04/2008 e 02/06/2008 foram lavrados Termos de Re-intimação Fiscal, reiterando as intimações de 31/03/2008 e 15/04/2008, tendo sido concedido prazos adicionais ao contribuinte. Entretanto, apesar dos longos prazos concedidos, não houve qualquer manifestação por parte da empresa fiscalizada;

– em 04/08/2008, foi enviada nova intimação por via postal ao sócio Roberto Otávio Andreiu, a qual, foi devolvida com a informação “desconhecido”;

– como não foram respondidas as intimações enviadas aos atuais sócios da empresa fiscalizada, resolveu-se intimar os sócios anteriores, os quais eram titulares da empresa à época dos fatos, Srª Shirlei Aparecida Yamasaki Sampaio Figueiredo e Sr. Sussumu Honda, o qual embora tendo recebido a intimação não se manifestou;

– em razão do não atendimento às intimações enviadas, a Fiscalização lavrou o Termo de Embaraço à Fiscalização, fls.139/140;

– tendo em vista a falta de atendimento aos Termos Fiscais enviados à empresa e aos sócios atuais e anteriores, a Fiscalização emitiu as requisições de Informações sobre Movimentação Financeira(RMF) às administradoras de cartões de crédito e de débito, para obtenção das informações necessárias aos exames determinados para a presente fiscalização;

– recebidos os extratos fornecidos pelas referidas administradoras de cartões de crédito e de débito, os valores ali consignados foram somados mês a mês, tendo sido apurado o valor total de R\$10.997.300,95, no ano-calendário de 2004, relativos a vendas com recebimentos por meio de referidos cartões;

– ocorre que, para o ano-calendário de 2004, o contribuinte apresentou DIPJ sem qualquer informação sobre as receitas obtidas no período (declaração

integralmente preenchida com “0,00” nos valores). Ou seja, as receitas de vendas com cartões de crédito e/ou débito, acima demonstradas, foram integralmente omitidas na apuração dos tributos e contribuições administrados pela RFB;

– em 16/06/2009 foram enviadas intimações por via postal ao atual sócio Fábio Ribeiro da Silva, bem como ao ex-sócio, à época dos fatos, Sussumu Honda, tendo sido os interessados intimados a demonstrar e comprovar a escrituração, nos livros contábeis e fiscais, das vendas acima demonstradas, assim como a inclusão desses valores na apuração dos tributos e contribuições administrados pela RFB;

– embora recebidas, A R com recebimento em 17/06/2009, fls. 2.056 e 2.060, não houve manifestação por parte do referido ex-sócio, bem como do sócio atual da empresa intimada;

– também foi afixado nas dependências da Delegacia franqueada ao público, o Edital de Intimação nº 97/2009, intimando a fiscalizada, de modo a cientificar os interessados a respeito da intimação de idêntico teor às enviadas ao supracitado sócio Fábio Ribeiro da Silva e ao ex-sócio à época dos fatos Sussumu Honda;

– já concluída a digitação do presente Termo foram recebidas duas respostas à intimação de 16/06/2009: uma de Sussumu Honda e outra da empresa Supermercado Terra Nova Ltda., cujas respostas não trazem nenhum esclarecimento aos fatos apurados.

Regularmente intimado, A R de fls. 2.129 a 2.134, e Edital de Intimação de fl. 2.139, apresentou a impugnação de fls. 2.141 a 2.186, onde em síntese, alega:

– que devido a grandes dificuldades financeiras, o Sr. Roberto Otavio Andreiu, sócio/representante do supermercado executado, houve por bem, em efetuar o arrendamento do seu negócio, transferindo o seu estabelecimento comercial a um determinado arrendatário, de acordo com os termos estipulados no instrumento de arrendamento de estabelecimento comercial, cuja cópia segue acostada. Este arrendatário possuía a cessão total do supermercado, com todas as instalações, maquinários, etc...;

– diz que em seguida o arrendatário vendeu o estabelecimento comercial para terceiros, o qual teria sumido com todas as mercadorias, documentos, e não efetuou o pagamento à fornecedores, funcionários, água, luz, etc...;

– desta forma o intimado não teve como apresentar a documentação solicitada;

– diz que a tributação nos moldes efetuados torna-se notoriamente gravosa e deve ser repudiada, pois, evidencia aplicação de penalidade baseada em valores levantados por amostragem, o que evidencia “presunção”, que não pode embasar a autuação fiscal;

– alega que é patente a ocorrência do lapso prescricional, tendo a Receita Federal decaído do seu direito de cobrar da requerente qualquer parcela a título de tributo até o mês de junho de 2004, uma vez que, o contribuinte somente foi devidamente intimado em julho de 2009;

– combate a quebra de sigilo decorrente da obtenção, pelo fisco, de informações junto às operadoras de cartões de crédito, onde era gerado a movimentação financeira do contribuinte, por entendê-la inconstitucional;

– Alega que a Lei Complementar nº 105, de 2001, regulada pelo Decreto nº 3.724, de 2001, deve obedecer à lei maior do país, qual seja, a Constituição Federal de 1988, sendo que no caso vertente, há uma gritante oposição da primeira em relação à segunda;

– questiona a base de cálculo utilizada para fins de arbitramento do IRPJ e das contribuições sociais, tecendo as seguintes considerações: “ *A autuada, como empresa que desenvolve, entre outras atividades, a compra e venda de aeronaves, teve sua base de cálculo estipulada pela fiscalização da seguinte forma(ano base 2000/20001): - no caso do Imposto de renda- no percentual de 15% sobre a receita bruta, mais adicional de 10% sobre os 15%, tudo a título de lucro arbitrado; no caso da CSLL- 12% da receita bruta assim considerada toda a movimentação financeira; no caso do PIS e da Cofins- utilizou a receita bruta da mesma forma que a utilizada para a CSLL; por outro lado, no caso do imposto de renda, foi aplicado, o percentual sobre toda a movimentação financeira*”;

– discorre sobre o conceito de “receita bruta”, aduzindo que “*se o contribuinte logrou apontar os valores realmente percebidos por ela na sua atividade comercial, que, diga-se de passagem estão bem abaixo aos valores transacionados, torna-se inadmissível a exigência de tributo sobre valores que não representam sua receita*”;

– “*o equívoco perpetrado quanto à apuração da base de cálculo ocasiona a cobrança de imposto sobre valor indevido, ou melhor dizendo, incide sobre base de cálculo a maior. Assim evidencia exigência de imposto sem fato gerador, o que é expressamente proibido pela CF/88*”;

– a seguir faz uma longa exposição sobre o PIS e a Cofins, passando pela Lei Complementar nº 7, de 1970, o art. 195 da CF de 1988, a Lei Complementar nº 70 de 1991, a Lei nº 9.718, de 1998, a Emenda Constitucional nº 20, e art. 110 do CTN, questionando a constitucionalidade da Lei nº 9.718, de 1998, que convalidou a Medida Provisória nº 1.724, de 1998, tecendo críticas sobre a exigência fiscal;

– cita jurisprudência sobre o tema, reproduzindo algumas ementas;

– insurge-se contra a multa aplicada de 150%, que entende como confisco, e a aplicação da taxa Selic como fator de juros, que considera inconstitucional;

– solicita o acolhimento, nesta instância administrativa, de todas as ilegalidades suscitadas em sua defesa.

Ao final requer:

- a nulidade da autuação fiscal;
- alteração da base de cálculo utilizada;
- exclusão da tributação das contribuições sociais pela sua inconstitucionalidade;
- substituição da multa aplicada de 150% por 10%; e
- substituição da taxa Selic por juros não superiores a 1%.

É a síntese do essencial.

Cumpre-nos esclarecer neste ponto que o mencionado Sr. Roberto Otavio Andreiu, juntamente com o Sr. Fábio Ribeiro da Silva, adquiriram a empresa “Supermercado Terranova” dos senhores Sussumu Honda e Shirlei Aparecida Yamasaki Sampaio de Figueiredo na data de 25/10/2006, conforme atesta alteração contratual juntada aos autos às fls.

4.112.

Conforme já informado acima, a Impugnação foi julgada improcedente pela turma da DRJ/SP1, cujo teor da ementa transcrevo abaixo:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO.

Ano-calendário: 2004.

INCONSTITUCIONALIDADE. Falece competência à autoridade julgadora administrativa para a apreciação de aspectos relacionados com a constitucionalidade e/ou legalidade das normas tributárias regularmente editadas, tarefa privativa do Poder Judiciário.

OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES. QUEBRA DE SIGILO.

Atendidas as condições previstas na LC nº 105, de 2001, a obtenção de provas pelo Fisco junto às Administradoras de Cartões de Crédito/Débito não constitui violação as garantias individuais asseguradas na Constituição Federal, nem quebra de sigilo, nem ilicitude, porquanto é um procedimento fiscal amparado legalmente.

PRINCÍPIOS DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DA VEDAÇÃO AO CONFISCO.

O princípio da capacidade contributiva e da vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigido ao legislador, cabendo à autoridade administrativa aplicar a lei, presumidamente sancionada com respeito aos preceitos constitucionais.

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

Ano-calendário: 2004

DECADÊNCIA. CONTAGEM DE PRAZO.

Comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Exegese que direciona para aplicação da regra geral estampada no art. 173, I, do Código Tributário Nacional.

ARBITRAMENTO.

A falta de apresentação de livros contábeis e fiscais e da respectiva documentação que lhe dá suporte A autoridade tributária autoriza o arbitramento dos lucros.

DETERMINAÇÃO DO LUCRO ARBITRADO. RECEITA BRUTA CONHECIDA.

O lucro arbitrado será determinado mediante a aplicação de um percentual previsto em lei, sobre a receita bruta, quando conhecida, preferencialmente.

OMISSÃO DE REGISTRO DE RECEITAS. VENDAS MEDIANTE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO NÃO-REGISTRADAS. Constituem receitas omitidas A tributação o valor das vendas mediante o uso de cartões de crédito/débito não registrado nos livros contábeis e fiscais e nem computado na DIPJ, identificados em extratos emitidos em nome do contribuinte pelas administradoras dos cartões de crédito.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP, COFINS E CSLL.

Tratando-se de lançamentos reflexos, a decisão prolatada no lançamento matriz é aplicável, no que couber, aos decorrentes, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. CARACTERIZAÇÃO DA INTENÇÃO DO AGENTE NA PRÁTICA DA INFRAÇÃO.

A falta de escrituração e a declaração na DIPJ de valores de receitas igual a "0,00"(zero), praticadas de forma reiterada, evidencia a intenção dolosa do agente no cometimento da infração, mormente quando tal prática foi motivada pela sonegação de informações A Receita Federal do Brasil, constando, para o mesmo ano fiscalizado, valores de receitas relevantes nos arquivos das administradoras de cartões de crédito.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo A autoridade administrativa apenas aplicá-la nos moldes da legislação que a instituiu.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Os tributos e contribuições sociais não pagos até o seu vencimento, com fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1995, serão acrescidos de juros de mora, equivalentes, a partir de 1º de abril de 1995, à taxa referencial do Selic para títulos federais.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário (fls. 4.224) ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, alegando o que segue:

- Decadência: A lavratura deste auto sucedeu-se em 23/07/2009, tendo sido o contribuinte notificado em julho de 2009. Os lançamentos ora exigidos tiveram seu vencimento em 2004. Assim, nos termos do artigo 173, I (*sic*), o período compreendido entre janeiro de 2004 a junho de 2004, estaria abrangido pelo prazo decadencial.

- Nulidade do auto de infração em decorrência da quebra de sigilo bancário: O fornecimento das informações oriundas das operadoras de cartões de crédito deveriam preceder de ordem judicial, logo afrontam ao disposto na CF/88.

- Impossibilidade de apresentar documentos: O senhor Roberto Otavio Adreiu arrendou o Supermercado Terranova, razão pela qual não tinha mais acesso às informações e os documentos haviam sido dolosamente extraviados pelo arrendatário.

- Desproporcionalidade da aplicação da multa de 150%: pugna pela aplicação do montante de 10%.

- Inconstitucionalidade dos juros com base na SELIC.

- Base de Cálculo: Impossibilidade de considerar a movimentação dos cartões de crédito/débito como receita bruta para fins de apuração dos impostos.

- Reconhecimento da inconstitucionalidade em sede administrativa.

Como a discussão acerca da constitucionalidade da requisição de movimentação financeira pelas autoridades fiscais estava pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, com declaração de repercussão geral no RE 601.314 e com sobrestamento do feito no RE 410.054 AgRg até o julgamento do processo em repercussão geral (RE 601.314), e ante o disposto no artigo 62-A, §1º, do antigo Regimento Interno do CARF (Portaria MF nº 256, de 22/06/2009), o processo conservou-se sobrestado, inicialmente, até decisão final do STF, conforme Resolução nº 1401-000.176 (fls. 4.295).

Uma vez que o citado dispositivo legal do Regimento Interno do CARF foi revogado pela Portaria MF nº 545/2013, na data de 30/01/2014 foi proferido Despacho de Reinclusão de Processo Sobrestado (fls. 4.298), cujo teor transcrevo abaixo:

“A Portaria MF nº 545, de 28 de novembro de 2013, revogou os §§ 1º e 2º do art.62 do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

Tendo em vista a edição desse ato normativo devem ser incluídos em pauta para julgamento os processos referentes às matérias que estão em repercussão geral no Supremo Tribunal Federal (STF) sem trânsito em julgado, de acordo com o rito do art. 543B do Código de Processo Civil (CPC).

Em vista do exposto, o presente processo deve retornar, para prosseguimento do julgamento, em conformidade com as normas do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972”.

Em razão da renúncia do mandato do antigo conselheiro relator Alexandre Antônio Alkmin Teixeira, o processo foi novamente distribuído a esta Turma.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa, Relator

O Recurso Voluntário apresentado é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

Para melhor elucidação, passarei a discutir cada tópico do Recurso Voluntário em separado:

- Da Decadência.

Alega a Recorrente que a lavratura do auto de infração se deu 23/07/2009, tendo sido o contribuinte notificado em julho de 2009. Os lançamentos tiveram seu vencimento em 2004. Assim, nos termos do artigo 173, I, o período compreendido entre janeiro de 2004 a junho de 2004, estariam abrangidos pelo prazo decadencial.

Esta preliminar confunde-se em partes¹ com a aplicação da multa qualificada de 150%, que será mais detalhada adiante.

Como se pode observar, a própria recorrente apela à aplicação art. 173, I do CTN, que foi exatamente o dispositivo legal utilizado pela fiscalização para a contagem do prazo decadencial.

Mesmo que se argumente que a Recorrente cometera um equívoco na fundamentação legal da contagem do prazo decadencial - pois, para que o período de janeiro a julho de 2004 tivesse sido alcançado pela decadência, assim como alega a autuada, deveria, pois, rogar pela aplicação do art. 150, §4º, do CTN -, entendo que também não cabe razão à Recorrente.

É cediço que os tributos objetos do auto de infração (IRPJ, CSLL, PIS e COFINS) estão sujeitos ao lançamento por homologação, conforme dita o *caput* art. 150 do CTN:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

Exsurge da interpretação do *caput* do artigo a 1ª condição - mas não a única - para que o lançamento por homologação ocorra: o efetivo pagamento do tributo, pelo sujeito passivo, sem o prévio exame da autoridade administrativa.

Posteriormente, para que o lançamento seja homologado, a autoridade administrativa deve validar o pagamento antecipadamente efetuado pelo contribuinte.

Mesmo que a autoridade administrativa não homologue expressamente o pagamento efetuado pelo sujeito passivo, o §4º do mesmo dispositivo legal constituiu um prazo (decadencial) para que o pagamento seja homologado tacitamente:

*§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, **salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.** (grifei)*

Ou seja, na hipótese de lançamento por homologação, a data inicial da contagem do prazo decadencial está condicionada ao pagamento antecipado do tributo e à constatação (mesmo que tácita) da antecipação deste pagamento, pela autoridade administrativa. Logo, em havendo pagamento antecipado, aplica-se a contagem do prazo decadencial conforme disposto no artigo 150, §4º, do CTN.

Por outro lado, não existindo o pagamento, a contagem do prazo decadencial desloca-se para o prazo contido no artigo 173, I do mesmo diploma:

¹A fiscalização aplicou o prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN, também pelo fato de não haver pagamento antecipado dos tributos lançados no auto de infração.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

O próprio STJ já se manifestou quanto à necessidade de pagamento antecipado do tributo para que o prazo decadencial seja contado com base no art. 150, §4º, proferindo o Acórdão no REsp 973.733/SC, que foi submetido à sistemática dos recursos repetitivos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: Resp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário

Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

Mas não é só isso! Mesmo que haja pagamento antecipado do tributo pelo sujeito passivo, há outra possibilidade de aplicação do art. 173, I do CTN na contagem do prazo decadencial, quando comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, conforme se depreende da leitura da parte final do §4º, do art. 150 do CTN.

Quer dizer, o prazo decadencial do art. 150, §4º do CTN é deslocado para o art. 173, I do mesmo diploma legal em duas situações distintas, as quais não são, necessariamente, dependentes: 1) não há pagamento antecipado do tributo por parte do sujeito passivo; e/ou 2) independentemente de pagamento, constata-se a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No caso concreto, a fiscalização fundamentou a exigência do tributo com base no art. 173, I, do CTN a partir das duas situações acima descritas, conforme se observa de trecho extraído do Termo de Verificação Fiscal (fl. 4.003):

Diante dos fatos acima relatados, conclui-se que houve omissão no registro de receitas de vendas e, conseqüentemente, falta de pagamento dos tributos e contribuições incidentes sobre tais receitas.

Primeiramente, a fiscalização constatou o dolo pela prática reiterada de omissão de declaração dos tributos aqui lançados, uma vez que a Recorrente sequer informou valores na DIPJ em relação aos 4 (quatro) trimestres do ano de 2004.

Ainda assim, mesmo que vencida a aplicação da parte final do 150, §4º, "... **salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação**", para o deslocamento do início da contagem do prazo decadencial para o "primeiro dia do exercício seguinte ..." ainda assim deve ser aplicado o art. 173, I do CTN para fins de apuração da contagem do prazo decadencial, visto que a Recorrente deixou de apresentar comprovação de pagamento antecipado dos tributos aqui lançados, não cabendo, por conseguinte, fundamentar o alcance da decadência com a justificativa de que o lançamento havia se concretizado em cada período de apuração dos tributos.

Desta feita, em razão da ocorrência de dolo e fraude e da não comprovação do pagamento antecipado pelo sujeito passivo, e tendo em vista que o lançamento ocorreu em julho de 2009, deve ser afastada a arguição de que parte do lançamento esteja alcançado pela decadência, com base na tabela a seguir:

Tributo	Fato Gerador (2004) (A)	Mês do Lançamento (B)	Decadência (C)
IRPJ e CSLL	31/03, 30/06, 30/09	Abril, julho e outubro/2004	01/01/2010
IRPJ e CSLL	31/12	Janeiro/2005	01/01/2011
PIS e COFINS	31/01 a 30/11/08/2001	Fevereiro a dezembro/2004	01/01/2010

PIS e COFINS	31/12	Janeiro/2005	01/01/2011
---------------------	-------	--------------	------------

(A) - Período de apuração trimestral para IRPJ e CSLL e mensal para PIS e COFINS.

(B) - Período em que deveria ocorrer o lançamento por homologação.

(C) - Um dia após o prazo contado de 5 anos do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

- Da Quebra de sigilo bancário.

Em que pese o argumento da Recorrente sobre a ordem de quebra de sigilo, entendemos que este assunto está superado por conta da decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de repercussão geral, no Recurso Extraordinário nº 601.314, que reconheceu a legalidade do fornecimento de informações sobre movimentação bancária dos contribuintes pelas instituições financeiras para apuração de créditos tributários, confira:

CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA DOS CONTRIBUINTES, PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, DIRETAMENTE AO FISCO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (LEI COMPLEMENTAR 105/2001). POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI 10.174/2001 PARA APURAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A EXERCÍCIOS ANTERIORES AO DE SUA VIGÊNCIA. RELEVÂNCIA JURÍDICA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Dessa forma, descabido o argumento da Recorrente sobre a ilegalidade da aplicação da Lei Complementar nº 105 de 2001 no presente caso.

- Da omissão de receitas

Como já tratado, a omissão de receitas foi apurada a partir do cruzamento das informações contidas nos extratos de cartões de crédito e débito, fornecidas pelas operadoras de cartão de crédito/débito a partir da Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira, e os valores informados na DIPJ pela fiscalizada, que, diga-se, foi entregue com informações 'zeradas'.

Outrossim, a Recorrente deixou de apresentar seus livros contábeis e fiscais que pudessem, mesmo que, previamente, refutar as alegações feitas pela fiscalização.

Como foi feito no brilhante voto condutor do Acórdão da DRJ, reproduzo as várias tentativas, pelo fisco, de se alcançar os documentos e esclarecimentos fundamentais para o esclarecimento da real movimentação da Recorrente.

A ação fiscal teve início em 28/12/2007, com o envio do respectivo Termo de Início de Ação Fiscal fl.98, no qual o Contribuinte foi intimado a apresentar livros contábeis e fiscais, Estatuto Social e devidas alterações e a exibir os *comprovações de repasses efetuados pelas empresas Administradoras de Cartões de Crédito*.

Já no Termo de Ciência e de Continuação de Ação Fiscal de fl. 104, datado de 18/02/2008, o Fiscalizado foi re-intimado a apresentar os documentos solicitados no Termo de Início acima citado.

Posteriormente, em 02/04/2008, fls. 107/108, foi novamente intimado a apresentar os extratos e/ou comprovantes de recebimentos por conta de operações com cartões de crédito/débito; escrituração dos livros contábeis e fiscais e documentação correspondente; e o livro Modelo 6.

Seguiram-se as re-intimações de 17/04/2008 e 04/06/2008, que também não foram atendidas.

Em 04/08/2008, foi enviada nova intimação, desta vez para o domicílio fiscal do sócio Roberto Otávio Andreiu, que retornou com a informação “desconhecido”.

Em 30/12/2008, foram enviadas intimações para os ex-sócios da empresa Shirlei Aparecida Yamasaki Sampaio de Figueiredo e Sussumu Honda, que eram titulares da empresa no ano-calendário sob fiscalização(2004).

Tendo em vista o não atendimento a nenhuma das intimações a Fiscalização lavrou em 02/03/2009, o termo de Embaraço À Ação Fiscal, fls. 139/140.

Não sendo atendidas as intimações acima especificadas, e configurando-se a hipótese prevista nos artigos 6º, da Lei Complementar nº 105, de 2001, e 1º a 3º, do Decreto nº 3.724, de 2001, foram providenciadas as correspondentes Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) encaminhadas às administradoras de cartões de crédito com as quais a empresa operava, o que resultou na juntada dos documentos de fls. 147 a 2016(Visanet) e 2.019 a 2.053(Redecard).

De posse das informações fornecidas, o autor do feito elaborou o Demonstrativo de fl. 2.054, contendo os recebimentos concernentes às vendas mensais realizadas pela empresa em 2004, por meio dos cartões de crédito/débito, e a intimou em 17/06/2009 a “ *Demonstrar e comprovar a escrituração, nos livros contábeis e fiscais, das vendas com cartões de crédito e/ou débito, abaixo demonstradas, cujos valores foram extraídos dos extratos fornecidos pelas administradoras dos cartões*” e a “*Demonstrar e comprovar a inclusão dos valores acima mencionados, na base de cálculo dos impostos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil*”

Ressalte-se que essa intimação foi enviada, concomitantemente, para o domicílio fiscal da empresa; do sócio Fábio Ribeiro da Silva e do ex-sócio Sussumu Honda.

Diante - mais uma vez - do silêncio da Fiscalizada, do sócio e do ex-sócio foi emitido Edital de Intimação nº 97/2009, afixado em 10/06/2009 e retirado em 16/07/2009.

Em 29/06/2009, por meio de sua advogada, o Sr. Sussumu Honda respondeu à Fiscalização, informando que teria se retirado da sociedade em 25 de outubro de 2006, e que os novos proprietários teriam assumido todo ativo e passivo do Interessado, e que ele, desde então, não teria acesso às dependências da empresa.

Em 16/07/2009, por intermédio de procuradora, o Supermercado Terra Nova Ltda., informou que devido a grandes dificuldades financeiras o Sr. Roberto Otávio Andreiu, sócio/representante do supermercado, efetuou o arrendamento do mesmo transferindo o seu estabelecimento comercial a um determinado arrendatário com a cessão total do supermercado. Alega que ato contínuo o arrendatário vendeu o estabelecimento comercial para terceiros, que teria sumido com todas as

Documentos assinados digitalmente conforme o artigo 7º, inciso II, da Lei nº 11.343/2006, e desta forma não tem como apresentar a

documentação solicitada, pois seu estabelecimento comercial encontra-se com as portas fechadas e a documentação extraviada. Juntou os documentos de fls. 2.078/2.081 (Instrumento Particular de Arrendamento) e 2.082/2.083 (Representação Criminal).

Pelo acima exposto, verifica-se que, regularmente intimada e re-intimada, a empresa deixou de apresentar ao Fisco os livros contábeis e fiscais, a documentação respectiva, e tampouco informou os valores recebidos por meio de cartões de crédito/débito que permitissem o cotejo com os valores consignados nos extratos dos cartões de crédito/débito fornecidos pelas administradoras, nem se manifestou sobre os dados coletados acerca dos valores a ela repassados pelas citadas administradoras.

Preferiu, na fase impugnatória, contestar a exigência com base em argumentos que, diante dos passos procedimentais do feito, denota a intenção de somente protelar a realização do crédito tributário, ao levantar questões que estariam a viciar as exigências formalizadas.

O fato é que a empresa não possui os livros contábeis/fiscais ou qualquer documentação, e na sua impugnação manteve-se no campo das alegações não trazendo à colação nenhum documento que pudesse infirmar a autuação fiscal.

Registre-se o equívoco do contribuinte ao afirmar “*que desenvolve entre outras atividades, a compra e venda de aeronaves*”(fl. 2.153), pois segundo seu objeto social(Cláusula 3ª da Consolidação da Alteração Contratual, fl.2.074) suas atividades são de “supermercado e importação de produtos alimentícios e bebidas em geral”. Da mesma forma equivocou-se ao citar “ano base 2000/2001”(fl. 2.154), pois, o ano-calendário fiscalizado é 2004.

Como visto, a Recorrente sequer apresentou algum documento durante o procedimento fiscal. Somente a partir do cruzamento das informações fornecidas por terceiros (operadoras de cartão) com a DIPJ é que a fiscalização teve a plena convicção de que a Recorrente omitira todas as informações decorrentes de sua real movimentação, razão pela qual fundamentou, acertadamente, seu auto de infração com base na omissão de receitas (e arbitramento) constantes nos artigos 224, 283, 285, 288, 528, 532 e 537 do RIR/99.

- Da falta de apresentação de documentos

Alega a Recorrente que, por ter arrendado o estabelecimento comercial, não havia como cumprir as intimações da Receita Federal, muito embora as tenha recebido.

Por mais que este Relator entenda que tal argumento não tenha o condão de alterar a constituição do crédito, impende salientar que a legislação tributária prevê situações como esta, conforme preconiza o artigo 195 do Código Tributário Nacional:

Art. 195. *Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.*

Parágrafo único. *Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.*

Como amplamente citado no Termo de Verificação Fiscal, a Recorrente e todos os sócios foram intimados e reintimados a apresentar os documentos e esclarecimentos necessários ao deslinde da questão argüida pela fiscalização, qual seja, se os valores constantes nos extratos de cartão de crédito/débito haviam sido oferecidos à tributação, solicitando à Recorrente que demonstrasse sua real movimentação com base em seus livros contábeis e fiscais, uma vez que na DIPJ a Recorrente havia informado que apurava o IRPJ pelo regime de tributação do lucro real trimestral.

Caso a Recorrente verdadeiramente desejasse comprovar que não praticou a referida omissão, e em sendo extraviados seus documentos, deveria ao menos solicitar à fiscalização prazo para que preparasse e encaminhasse seus livros contábeis e fiscais, uma vez que a apuração do IRPJ com base no lucro real trimestral exige a manutenção, pela empresa, em boa guarda dos livros comerciais e fiscais. Ao contrário, a Recorrente e seus sócios permaneceram inertes, acreditando que este seria o melhor caminho para se evadir de suas obrigações.

Nesse sentido, entendo que não tem razão a Recorrente.

- Da base de cálculo (Lucro Arbitrado)

A Recorrente alega que houve erro na apuração da base de cálculo dos tributos lançados.

Argumenta que o Imposto sobre a Renda foi aplicado sobre toda a movimentação financeira, e não sobre sua receita bruta, que, segundo a Recorrente, é obtida pela diferença entre o valor de face do título adquirido e o montante pago pela sua aquisição, condicionando ainda na efetiva liquidação do título. Diz ainda que demonstrou, com base em documentos, que os valores realmente percebidos por ela estão bem abaixo daqueles levantados pela fiscalização. Cita que a receita das empresas de *factoring* decorrem da diferença entre a quantia expressa no título de crédito adquirido e o valor pago. Por fim, em relação ao Pis e à Cofins, aduz que a diferença entre bases é mais gritante porque a legislação define o que é receita bruta.

Entendo que as argumentações da recorrente não merecem ser acolhidas.

De plano, deve-se afastar a comparação da apuração da base de cálculo da Recorrente com as atividades de *factoring*. Ora, a atividade da Recorrente - (re) venda de mercadorias - não tinha qualquer similaridade com a atividade de *factoring*, trazida aqui pela Recorrente com objetivo de confrontar e, conseqüentemente, reduzir a base de cálculo dos tributos lançados no auto de infração.

Vencido isto, impende ressaltar que a Recorrente informou na DIPJ que apurava o IRPJ com base no lucro real trimestral. Logo, como dita a legislação de regência do imposto de renda, deveria manter e apresentar, quando solicitados, seus livros contábeis (diário e razão) e seu livro fiscal de apuração do lucro real (Lalur), que demonstrassem todas as suas movimentações, independentemente das atividades por ela exercidas.

Não foi o que ocorreu!

A Recorrente escolheu permanecer imóvel, omitindo inclusive informações básicas solicitadas pelo fisco, as quais não dependeriam de grandes esforços para que fossem apresentadas.

Desta forma, não houve outra alternativa ao Fisco a não ser lavrar o competente Termo de Embaraço à Fiscalização, que lhe permitiu solicitar as informações sobre os cartões de crédito e débito junto às operadoras de cartões com as quais a Recorrente transacionou, que, assente-se, a própria Recorrente deveria ter em mãos, para apresentação imediata à fiscalização.

Após respostas das operadoras referentes aos pagamentos decorrentes de cartões de crédito e débito, a Recorrente (via Edital), o ex-sócio, à época dos fatos, Sussumu Honda, e o atual sócio, na época da lavratura do auto de infração, Fábio Ribeiro da Silva, ambos via postal, foram intimados *a demonstrar e comprovar a escrituração, nos livros contábeis e fiscais, das vendas acima demonstradas, assim como a inclusão desses valores na apuração dos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil*. Porém, apesar de regularmente intimados, a Recorrente e seus sócios preferiram a inércia.

Em decorrência desta conduta, a fiscalização não teve acesso aos livros contábeis e fiscais da Recorrente para que convalidasse a apuração do resultado fiscal da empresa com base no lucro real trimestral, que fora indicado pela Recorrente na DIPJ.

Nesse sentido, perfeitamente cabível a apuração do lucro arbitrado, com base nos elementos de posse da fiscalização, que, frise-se, foram levantados junto a terceiros.

Reproduzo abaixo a fundamentação e os motivos para o arbitramento constantes no Acórdão da DRJ/SP1, os quais adoto como razões de decidir do meu voto:

Diante de tal fato, agiu corretamente a autoridade fiscal, pois, outra não é a determinação, devidamente atendida pelo autuante, trazida pelo art. 530, incisos I e III, do mencionado RIR/1999, que dispõe:

Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

I- o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

(...)

III- o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;

Aliás, outro não é o entendimento da jurisprudência administrativa, conforme se pode ver por meio da ementa, abaixo reproduzida, do seguinte Acórdão:

ARBITRAMENTO – A falta de escrituração na forma das leis comerciais e fiscais autoriza o arbitramento do lucro para efeito de tributação pelo imposto de renda (Ac. 101-92.692/1999 – DOU 29/07/1999)

A tributação das receitas omitidas, em vigor no ano-calendário de 2004, e adotada pela autoridade fiscal, está prevista nos artigos 532 e 537 do RIR/1999, que assim dispõem:

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. 537. Verificada omissão de receita, o montante omitido será computado para determinação da base de cálculo do imposto devido e do adicional, se for o caso, no período de apuração correspondente, observado o disposto no art. 532 (Lei nº 9.249, de 1995, art. 24).

(...).

No caso concreto, a Alteração Contratual de Sociedade Empresária Limitada, fls. 93/97, informa em sua cláusula 3ª que o objeto da sociedade é “supermercado e importação de produtos alimentícios e bebidas em geral”.

Assim, o coeficiente de determinação do lucro arbitrado aplicado sobre a receita bruta conhecida, ou seja, os valores informados pelas Administradoras de Cartões de Crédito/Débito, no percentual de 9,6% (nove inteiros e seis décimos) está em perfeita sintonia com a legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores em análise.

Portanto, diante do exposto, correto o método utilizado pelo autuante, para fins de apuração dos resultados da interessada, tornando-se, dessa forma, descabidas as alegações trazidas pela defesa quanto a tal tópico.

Convém ainda observar que o trabalho da fiscalização seguiu rigorosamente a legislação tributária quanto à apuração da CSLL e da contribuição para o PIS e da COFINS a partir da apuração do lucro arbitrado, considerando para o IRPJ e CSLL a base de presunção destacada na legislação e para o PIS e COFINS a base de cálculo do regime cumulativo, qual seja, receita bruta decorrente de sua atividade.

- Das penalidades

1) Desproporcionalidade da aplicação da multa de 150%

A Recorrente alega absurda a multa de 150%, que não guarda relação com a atual situação econômica nem com a gravidade da infração (princípio da proporcionalidade razoável) e que tem natureza de confisco. Ainda, como prega que a multa tem caráter moratório, cita processo judicial em que o juízo *a quo*, segundo a recorrente, reduziu uma multa de 30% para 10%, concluindo (e solicitando no recurso) que esta multa (10%) é que deveria ser aplicada.

Ab initio, convém advertir que não cabe a este tribunal administrativo emitir juízo de valor quanto à aplicação de multa(s) diversa(s) daquela(s) estabelecida(s) em lei, devendo observar estritamente os fatos e o seu respectivo enquadramento na legislação tributária.

No caso concreto, a multa aplicada têm fundamento no inciso II do art. 44 da Lei 9.430/96, que posteriormente foi alterado para o § 1º do mesmo artigo, que prescreve que a multa de ofício (75%) - que é a multa aplicável em decorrência de um procedimento fiscalizatório - deve ser aplicada em dobro (150%) nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64:

Lei nº 9.430, de 1996: (à época dos fatos)

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I – de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II – cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

No Recurso Voluntário, a Recorrente requer que a multa de 150% seja reduzida para o montante de 10%. Entretanto, conforme se depreende do artigo mencionado acima, não há fundamento legal que autorize o pretendido.

A Recorrente tampouco requer em seu Recurso Voluntário que a multa seja reduzida nos montantes previstos em Lei, qual seja 75%. Dessa forma, é de rigor a manutenção da multa de ofício qualificada.

Não obstante o requerimento inadequado da Recorrente, cabe tecer alguns comentários sobre a necessidade da manutenção da multa qualificada, veja:

Como restou comprovado no auto de infração, a Recorrente omitiu todas as informações sobre a receita de (re)venda de mercadorias, apresentando DIPJ com informações 'zeradas' em relação aos 4 trimestres do ano de 2004 (fls. 15 a 92), apesar de ter movimentado a cifra de R\$ 10.997.300,95.

Esta movimentação decorre, a meu ver, de receita da atividade de revenda de mercadorias da fiscalizada, pois, como as informações foram fornecidas pelas operadoras de cartão de crédito e débito, não vislumbro outra possibilidade a não ser de elementos decorrentes de pagamentos efetuados pelos clientes da fiscalizada ao efetuarem suas compras nos estabelecimentos da empresa Recorrente.

Isto porque as informações fornecidas pelas operadoras de cartão de crédito e débito diferem das informações constantes nos extratos bancários das entidades financeiras, que, por vezes, podem apresentar valores que não necessariamente decorrem do exercício da própria atividade empresarial, como, por exemplo, empréstimos tomados, resgates de

aplicação, transferências de mesma titularidade e outros valores que não advém, necessariamente, do exercício da atividade empresarial.

Aliás, os extratos dos cartões de crédito e débito (fls. 163 a 3.965) se referem à movimentação financeira de 7 estabelecimentos da empresa fiscalizada (CNPJ 43.043.918/0001-20, 0002-01, 0003-92, 0005-54, 0006-35, 0007-16, 0009-88), o que afasta qualquer alegação da Recorrente de que houve um lapso na apuração e pagamento de tributos, diante da relevante movimentação financeira.

Soma-se a isso o fato de que a Recorrente, apesar de regularmente intimada e reintimada, sequer apresentou um livro contábil/fiscal - nem mesmo com resultado deficitário (prejuízo contábil e/ou fiscal) - com fins de afastar as acusações da fiscalização.

Pelo contrário, conforme conta dos autos, a empresa permaneceu inerte, sendo que, a partir da autuação, não restou outra alternativa a não ser atacar as medidas tomadas pelo fisco (inconstitucionalidade da RMF, multa confiscatória, desenvolvimento de outras atividades não verificadas pelo fisco) para tentar se desprender da exação lhe imposta.

É de se reparar que o próprio ex-sócio da empresa, Sr. Sussumu Honda, em resposta apresenta a posteriori, mas ainda antes da lavratura do auto de infração, confessa que será responsabilizado penalmente pela ocorrência da omissão da receita objeto da presente autuação:

Já concluída a digitação do presente Termo, foram recebidas duas respostas à intimação de 16/06/2009, a saber: 1) a primeira de SUSSUMU HONDA, alegando, através de sua advogada, que, pelo fato de ter-se retirado da sociedade em 25/10/2006, e transferido todo o ativo e passivo aos novos sócios, não teria acesso As dependências da empresa, bem como a nenhum tipo de documentação; deve-se ressaltar que SUSSUMU HONDA era sócio da empresa no ano-calendário de 2004, época da ocorrência da omissão de receita objeto da presente autuação, e que, por isso, será responsabilizado penalmente; (gn)

Assim, entendo que a postura da Recorrente tinha fim específico de fraudar o Fisco, sendo cabível portanto a multa no montante aplicado pela fiscalização, que deve se manter pelos seus próprios fundamentos aqui narrados.

2) Selic

A Recorrente alega inconstitucionalidade da aplicação da Selic.

Conforme já mencionado acima, não cabe ao julgador administrativo inferir acerca de inconstitucionalidade de lei até que esta seja declarada pelo Tribunal competente.

Não obstante, este E. Conselho possui entendimento consubstanciado na Súmula nº 04 no sentido de que “A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais”.

Dessa forma, descabido o argumento da recorrente pela ilegalidade da aplicação da SELIC.

- Multa

A Recorrente também alega inconstitucionalidade da aplicação da multa. Em relação às supostas inconstitucionalidades alegadas, é vedado ao julgador administrativo negar aplicação de lei sob alegação de inconstitucionalidade em sede de recurso administrativo. O tema é pacificado no âmbito deste Conselho Administrativo, nos termos da Súmula 02:

“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de Lei Tributária”.

A autoridade administrativa é vinculada à legalidade estrita, seja nos termos da Lei 8.112 de 1990, em seu artigo 116, III, como bem assinalou a decisão recorrida, seja pelo artigo 41, inciso IV, do Anexo II, do atual Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015.

Assim, a partir do momento em que a norma é inserida em nosso sistema legislativo, esta é dotada de presunção de legitimidade, legalidade e constitucionalidade, e é obrigação da autoridade administrativa a sua aplicação, não cabendo ao julgador administrativo apontar eventuais vícios desta norma, papel este incumbido ao Poder Judiciário pelo princípio da unidade da jurisdição.

- Lançamentos Reflexos (CSLL, PIS e COFINS):

Quanto ao lançamento dos tributos reflexos decorrentes do procedimento de ofício, não havendo nenhum fato que enseje uma conclusão diversa e somado ao fato de decorrerem dos mesmos fatos e mesmas provas, o que restar aplicado em relação ao IRPJ repercutirá no PIS, COFINS e CSLL.

Conclusão

Ante o exposto, nego provimento ao Recurso Voluntário.

(Assinado Digitalmente)

Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa