

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

Processo nº 19515.002885/2005-22
Recurso nº 177.076 Voluntário
Acórdão nº 1802-00.628 – 2ª Turma Especial
Sessão de 31 de agosto de 2010
Matéria IRPJ E OUTROS
Recorrente CHURRASCARIA PONTEIO LTDA. EPP
Recorrida 1ª Turma/DRJ/São Paulo/SPOI

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano calendário: 2003

Ementa: NULIDADE PROCESSUAL - Não se constatando vícios de ilegalidade ou qualquer ofensa às regras processuais estabelecidas a condução do processo a prejudicar a defesa do contribuinte, rejeita-se a preliminar de nulidade suscitada pela recorrente.

DILIGÊNCIA – A admissibilidade de diligência, depende do livre convencimento da autoridade julgadora como meio de melhor apurar os fatos ao deslinde da questão.

LUCRO ARBITRADO. CABIMENTO. O arbitramento é modalidade ou regime de apuração do lucro. O contribuinte que tenha sido excluído do Simples, e, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, está sujeito à tributação com base no lucro arbitrado.

PRESUNÇÃO LEGAL – OMISSÃO DE RECEITAS BASEADA NOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM COMPROVAÇÃO DA ORIGEM.

Não há impedimento na legislação tributária para que a apuração do lucro arbitrado tenha como base as receitas omitidas apuradas com fundamento na **presunção** legal instituída pelo artigo 42 da Lei nº 9.430/96, baseada nos depósitos bancários com recursos de origem não comprovada, considerados, por presunção, como receita bruta da pessoa jurídica.

MULTA DE OFÍCIO - O descumprimento da obrigação tributária impõe a aplicação da multa de ofício no percentual de 75%, conforme prevista no artigo 44, inciso I da Lei nº 9.430/96.

EXAME DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. *Súmula CARF N.º 2 O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

LANÇAMENTO REFLEXO- Contribuições Sociais (CSLL, PIS, Cofins) - Decorrendo a exigência da mesma imputação que fundamentou o lançamento

do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão proferida para o imposto de renda, desde que não presentes arguições específicas ou elementos de prova novos a ensejar decisão diversa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Gilberto Baptista, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Alfredo Henrique Rebello Brandão. Ausente justificadamente o conselheiro João Francisco Bianco.

Ester Marques Lins de Sousa – Presidente e Relatora.

EDITADO EM: 17 SET 2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José De Oliveira Ferraz Corrêa, Gilberto Baptista, Nelso Kichel, Edwal Casoni De Paula Fernandes Junior e Alfredo Henrique Rebello Brandão.

Relatório

Por bem descrever a lide, adoto o relatório da decisão recorrida de fls. /90, que transcrevo a seguir:

Em decorrência de ação fiscal, a contribuinte, acima identificada, foi cientificada de autuações, em 19/10/2005 (fls. 168, 175, 181 e 187), e intimada a recolher o crédito tributário constituído relativo ao IRPJ, à contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), multa proporcional e juros de mora, referentes a fatos geradores ocorridos em 2003.

2. Conforme descrito nos Autos de Infração e no Termo de Verificação Fiscal (fls. 162 a 164), a contribuinte teve, em face de sua exclusão do Simples desde 01/01/2002, da não opção tempestiva pela tributação com base no Lucro Presumido e da não apresentação dos livros de escrituração obrigatória para o Lucro Real (Livros Diário e Livro Caixa), seu lucro arbitrado com base em depósitos e créditos em conta corrente bancária de sua titularidade não escriturados no Livro Caixa apresentado.

3. Tendo em vista o apurado, foram lavrados, conforme preceitua o artigo 9º do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, os Autos de Infração de IRPJ (fls. 168 a 170), de contribuição para o PIS (fls. 175 a 177), de COFINS (fls. 181 a 183) e de CSLL (fls. 187 a 189), com os respectivos enquadramentos legais e demonstrativos dos montantes dos tributos, multas de ofício e juros de mora calculados até 30/09/2005, totalizando R\$384.626,26 (fl. 03).

4. Irresignada, a autuada apresentou em 18/11/2005, representada por procuradores (fls. 228 a 235), a impugnação de fls. 196 a 228, instruída com os documentos de fls. 229 a 270, na qual alega, em síntese, o seguinte:

4.1 a descrição feita pelo auditor fiscal é obscura e imprecisa e não permite identificar os fatos que foram cometidos e que acarretaram o lançamento tributário, e não há descrição dos fatos que dão suporte para a imposição da penalidade agravada em 150%, o que fere a certeza e segurança jurídica, os princípios da legalidade, tipicidade, motivação, devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal) ampla defesa e do contraditório (artigo 50, inciso LV da CF), os incisos III e IV do artigo 10º do Decreto nº 70.235/1972, o artigo 142 do Código Tributário Nacional (CTN) e os artigos 2º e 38 da Lei nº 9.784/1999 e enseja o reconhecimento da nulidade do auto de infração, conforme diversos Acórdãos do Conselho de Contribuintes e do Superior Tribunal de Justiça transcritos;

4.2 o auto de infração também é nulo por estar baseado em presunções, subjetividades e em presumida má-fé da contribuinte, sem qualquer elemento probatório, cujo ônus é da autoridade administrativa, o que contraria a garantia constitucional de presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal),

4.3 o lançamento deve ser cancelado por estar baseado unicamente em depósitos bancários e estes não fazem prova de renda auferida, não podendo, conseqüentemente, gerar o nascimento de obrigação tributária, conforme jurisprudências judicial e administrativa transcritas, a Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos, o artigo 9º, inciso VII, do Decreto 2.471/1988 que determinou, sem estabelecimento de limite temporal para sua aplicação, que fossem cancelados ou arquivados todos os processos fiscais que estivessem baseados em extratos ou comprovantes de depósitos bancários;

4.4 como a fiscalização não comprovou concretamente as supostas omissões, o auto de infração não pode prevalecer, pois presunção de renda não pode ser equiparada a renda, sob pena de afronta aos princípios da tipicidade tributária e da estrita legalidade, este último previsto nos artigos 97 do CTN e 150, inciso I, da Constituição Federal, o que faz com que não nasça a obrigação tributária por ausência de subsunção do fato descrito no auto de infração às normas de incidência tributária radicadas no texto constitucional (artigo 153, inciso III) e no CTN (artigo 43, incisos I e II), conforme acórdãos do Conselho de Contribuintes transcritos,

4.5 o lançamento também é insubsistente, já que os pressupostos de arbitramento do lucro devido (não opção pelo lucro presumido no início do ano-calendário 2003 e não apresentação da DIPJ 2004 com base no lucro real ou presumido) são juridicamente impossíveis, pois no ano-calendário 2003 o regime tributário da recorrente era o Simples, conforme comprovam as cópias de DARFs de fls. 237 a 240;

4.6 foram surpresas para a impugnante, as solicitações e a afirmação do auditor fiscal de que se encontrava excluída do Simples, às quais respondeu que não poderia atender, pois era optante do Simples, o que revela sua própria boa-fé,

4.7 "a inconsistência fiscal é tamanha que no próprio termo de verificação fiscal que por presunção tentou apresentar a descrição fática da infração aponta que a recorrente teria sido excluída do SIMPLES em 17/08/2003".

4.8. além do fato de o auditor ter desconsiderado sua condição de empresa optante de Simples, ter descaracterizado seus livros e documentos dessa condição e ter exigido documentos que sabia que a recorrente não poderia possuir, não esgotou os meios necessários, nem preencheu os requisitos legais para que pudesse validamente efetuar o lançamento com base no lucro arbitrado, de acordo com jurisprudência do Conselho de Contribuintes transcrita,

4.9. o lançamento está comprometido também pelo fato de ter alcançado fatos pretéritos ocorridos antes da vigência da norma

ou ato administrativo que estabeleceu a infração e exclusão do Simples em 17/08/2003, o que transgride o princípio constitucional da irretroatividade de normas punitivas (incisos XXXIX e XL do artigo 5º da Constituição Federal), o princípio da irretroatividade em matéria tributária (artigos 105 a 112 e 150, inciso III, do CTN) e os artigos 15, inciso II, e 16 da Lei nº 9317/1996;

4.10 a jurisprudência administrativa tem sistematicamente afastado lançamento tributário realizado de forma retroativa nas situações de exclusão do Simples, conforme demonstram ementas reproduzidas;

4.11. a multa aplicada no percentual de 150% é indevida, pois, conforme já demonstrado, não há comprovação do ilícito cometido pela recorrente ou de sua má-fé, e também desrespeita o princípio constitucional da capacidade contributiva e a vedação constitucional ao confisco, diante da estabilidade econômica que limitou a 2% as multas nas relações de consumo,

4.12. o Supremo Tribunal federal, em reiteradas decisões, tem afastado a imposição de multa confiscatória,

4.13 conforme diversas decisões administrativas transcritas, m jamais a fiscalização poderia ter imposto multa de 150%, pois deixou de cumprir o artigo 957 do RIR/1999 que estabelece multa de 75% e diz que somente é aplicável a multa de 150% quando ficar comprovados a má-fé e o intuito de fraude definido nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964, o que no caso não foi demonstrado pela autoridade fiscal.

5 Em análise preliminar, o presente relator elaborou o despacho de diligência de fl. 277 e 278, no qual solicitou que a autoridade autuante intimasse a contribuinte a comprovar a origem dos depósitos bancários, nos termos do artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, e identificasse os depósitos bancários cuja origem não fosse comprovada e os depósitos bancários cuja origem já estivesse ou fosse comprovada.

6 Com o objetivo de cumprir a diligência solicitada, a autoridade autuante elaborou o termo de fls. 283 e 284 com prazo para atendimento de dez dias, cientificado à fiscalizada em 23/01/2008 (fl. 285) e acompanhado de cópias das folhas do presente processo nas quais se encontram o Livro Caixa, os extratos bancários e o demonstrativo de movimentação financeira, por meio do qual intimou a contribuinte a identificar os depósitos bancários que integram o valor das vendas registradas no Livro Caixa, a identificar os depósitos bancários não registrados no Livro Caixa e a apresentar original e cópia dos documentos que comprovam a origem dos créditos bancários não registrados no Livro Caixa.

7. Diante do silêncio da fiscalizada, a autoridade diligenciante elaborou em 12/02/2008 o Relatório Fiscal — Conclusão da Diligência (fls. 286 a 288), no qual relata a intimação de diligência e seu não atendimento no prazo fixado e conclui que a

contribuinte não comprovou a origem dos créditos demonstrados nos extratos bancários e que os lançamentos com a infração tributária de omissão de receitas seriam mantidos. A contribuinte tomou ciência deste relatório em 14/02/2008, conforme Aviso de Recebimento de fl. 289.

8. Contudo, a fiscalização desconhecia que a contribuinte havia respondido o Termo de Diligência Fiscal em 06/02/2008, pois a resposta de fls. 291 a 298 havia sido protocolada e entregue no Centro de Atendimento ao Contribuinte (CAC) Luz e não na Delegacia de Fiscalização (DEUS). Nesta resposta, a contribuinte afirma, em síntese, que:

8.1 o Termo de Diligência Fiscal - Solicitação de Documentos é nulo de pleno direito, pois não há neste documento a eventual decisão exarada pela autoridade administrativa competente que, em tese, pudesse fundamentar ou motivar fática e juridicamente a intimação para apresentação de documentos da forma solicitada, o que ofende os princípios da legalidade, finalidade, moralidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e eficiência, previstos no artigo 2º da Lei 9.784/1999, em prejuízo das garantias e direitos (ampla defesa, contraditório, devido processo legal e segurança jurídica) da recorrente;

8.2 não resta à autoridade julgadora alternativa além de reconhecer a procedência da defesa fiscal apresentada, já que é vedado, por contrariar as normas que regem o processo administrativo, à administração pública exigir no atual momento que a recorrente apresente documentos, nem pode, na tentativa de emendar ato de lançamento tributário que nasceu viciado, supri-lo por meio do malsinado Termo de Diligência Fiscal; 83. se prevalecer a exigência contida no Termo de Diligência para a apresentação de relatórios e documentos ali solicitados, estar-se-á diante de inconstitucional e ilegal transferência de função privativa, exclusiva, irrenunciável e indelegável da autoridade administrativa, a quem compete realizar o lançamento tributário, conforme artigo 142 do CTN;

8.4. diante dos fatos e fundamentos jurídicos acima expostos, "a Autoridade Julgadora não mais reúne condições para analisar e julgar presente processo administrativo";

8.5 requer, com base no artigo 53 da Lei nº 9.784/1999, que seja reconhecida e declarada a nulidade de todas as obrigações inseridas no Termo de Diligência Fiscal e, por conseguinte, dos autos de infração.

9. Em 26 de fevereiro de 2008, a diligenciada apresentou a manifestação ao Relatório Fiscal de Conclusão da Diligência (fls. 306 a 312), na qual alega em síntese:

9.1. reitera que, ao receber o Termo de Diligência Fiscal — Solicitação de Documentos, apresentou tempestivamente a manifestação de fls. 291 a 298 na qual demonstrou e comprovou a nulidade do Termo de Diligência por ofender e contrariar as normas que regem o processo administrativo federal, principalmente aquelas que garantem a proteção dos direitos dos administrados e o cumprimento dos fins da Administração;

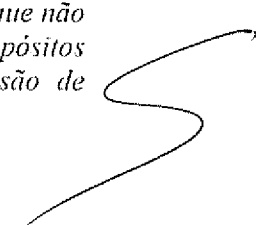
9.2 o Termo de Diligência Fiscal - Solicitação de Documentos é nulo de pleno direito, pois não há neste documento a eventual decisão exarada pela autoridade administrativa competente que, em tese, pudesse fundamentar ou motivar fática e juridicamente a intimação para apresentação de documentos da forma solicitada, o que ofende os princípios da legalidade, finalidade, moralidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e eficiência, previstos no artigo 2º da Lei 9 784/1999, em prejuízo das garantias e direitos (ampla defesa, contraditório, devido processo legal e segurança jurídica) da recorrente;

9.3 é vedado, por contrariar as normas que regem o processo administrativo, a administração pública exigir no atual momento que a recorrente apresente documentos, nem pode, na tentativa de emendar ato de lançamento tributário que nasceu viciado, supri-lo por meio do malsinado Termo da Diligência Fiscal;

9.4. para seu total espanto, no "Relatório Fiscal Conclusão de Diligência" foi informado que não apresentou no prazo fixado os documentos solicitados no Termo de Diligência Fiscal — Solicitação de Documentos, o que revela tratar-se de novo ato administrativo nulo de pleno direito, pois, segundo o caput e o § 1º do artigo 66 da Lei nº 9.784/1999, os prazos começam a correr a partir da data de cientificação, excluindo-se da contagem o dia de começo e incluindo-se o do vencimento, considerando-se prorrogado, o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houve expediente normal, e no presente caso o prazo final caiu no dia 02 de fevereiro de 2008 (sábado de carnaval), prorrogando-se, desta forma, para o dia 06 de fevereiro de 2008 (quarta-feira de cinzas), data em que foi apresentada a resposta de fls. 291 a 298;

9.5. o artigo 3º, inciso III, da Lei nº 9 784/1999 estabelece que o contribuinte possui o direito de formular alegações e apresentar documentos antes da decisão que deverão ser objeto de análise e, consideração do órgão competente, o que não ocorreu no presente caso, representando mais uma ilegalidade, o que torna, como já dito, o "Relatório Fiscal Conclusão de Diligência" nulo de pleno direito e vicia o processo administrativo em sua plenitude;

9.6. é claro o comprometimento da autoridade administrativa que não reúne condições para analisar e julgar o presente processo administrativo, pois ao elaborar o "Relatório Fiscal Conclusão de Diligência", afastou-se da Lei e da Constituição Federal, prejudicou o direito ampla defesa, contraditório e devido processo legal do administrado e realizou ato sem qualquer causa motivação e fundamento legal, pré-julgando o processo administrativo ao afirmar que "o auto de infração lavrado em 19 de outubro de 2005 não será alterado, porque não foram comprovadas as escriturações contábeis dos depósitos bancários, ficando mantida a infração fiscal de omissão de receita";



9 7, diante do exposto, reitera, com base no artigo 53 da Lei nº 9 784 que seja reconhecido o vício na decisão que não analisou a manifestação apresentada em resposta ao "Termo de Diligência Fiscal —Solicitação de Documentos" e a nulidade do auto de infração que contempla inúmeros e sucessivos vícios.

Em 27 de agosto de 2008, a 1ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo I/SP, conheceu da impugnação e julgou procedente em parte os lançamentos, reduzindo a multa de ofício de 150% para 75% prevista no inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996. nos termos do ACÓRDÃO DRJ/REC Nº 16-18.258 (fls.319/339), assim ementado:

ASSINTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

INFRAÇÃO ATRIBUÍDA CIÊNCIA E DESCRIÇÃO CLARA CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE.

A ciência à contribuinte de auto de infração acompanhado de Termo de Verificação Fiscal que descreve claramente a infração que lhe é atribuída e a inexistência de fato que impeça a autuada de se defender plenamente afastam a caracterização de preterição do direito de defesa e ofensa aos princípios constitucionais do devido processo, contraditório e ampla defesa.

AUTORIDADE JULGADORA DILIGÊNCIA NECESSÁRIA. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO POSSIBILIDADE.

A autoridade julgadora de primeira instância pode determinar de ofício a realização de diligência necessária.

PRESUNÇÃO LEGAL ÔNUS DA PROVA INVERSÃO.

A instituição de uma presunção pela lei tributária transfere ao contribuinte o ônus de provar que o fato - presumido pela lei não aconteceu em seu caso particular.

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

O decidido quanto à infração que, além de implicar o lançamento de IRPJ implica os lançamentos da contribuição para o Programa de Integração (PIS), da Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), também se aplica a estes outros lançamentos naquilo em que for cabível

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Data do fato gerador: 31/03/2003, 30/06/2003, 30/09/2003, 31/12/2003

EXCLUSÃO DO SIMPLES. LUCRO PRESUMIDO FALTA DE OPÇÃO. LUCRO REAL OBRIGATORIEDADE



O contribuinte regularmente excluído do Simples que não opta, por meio de pagamento tempestivo, pelo lucro presumido deve apurar o lucro real.

LUCRO REAL. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. ARBITRAMENTO. LUCRO

O contribuinte obrigado a apurar o lucro real que deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal deve ter seu lucro arbitrado.

DEPÓSITO BANCÁRIO. ORIGEM NÃO COMPROVADA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. RECEITA OMITIDA

Depósito bancário não escriturado, nem oferecido à tributação, cuja origem a contribuinte não comprova, deve ser considerado receita omitida

*ASSUNTO. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003.*

MULTA MAJORADA DOLO.

Descabe a aplicação de multa de ofício majorada se não está demonstrada a presença de ação ou omissão dolosa do contribuinte.

Cientificada, em 27/11/2008, do Acórdão acima mencionado (AR à fl. 346), a empresa interpôs, em 19/12/2008, o Recurso de fls.352 a 395, com os mesmos argumentos expendidos na impugnação, que, em síntese, são as seguintes:

- DA AUSÊNCIA DE ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DE DEFESA SUSCITADOS PELA RECORRENTE NO SENTIDO DE RECONHECER E DECLARAR A NULIDADE DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO.

A Recorrente alega que o Auditor Fiscal ao lavrar o auto de infração, que constitui lançamento tributário, não observou o artigo 142 do CTN, pois, dentre outras questões, deixou de descrever minuciosamente os fatos que dão suporte a autuação, bem como, de apresentar os motivos e fundamentos, baseados nos respectivos fatos, que fariam incidir a imposição e penalidade aplicada o que contraria o princípio da legalidade, tipicidade, motivação e o da própria ampla defesa e o contraditório.

Portanto, tem a autoridade administrativa o dever de proceder ao lançamento, incumbindo-lhe, ainda, o Ônus de demonstrar por que a imputação se fez desta ou daquela maneira, vale dizer, quem deve suportar a carga tributária e por que deve fazê-lo.

A Recorrente afirma que diante da falta de descrição precisa e indubitosa dos fatos que caracterizam a infração descrita na norma que supostamente teria sido cometida pela Recorrente, além de contrário, como demonstrado, à garantia do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório, também é contrário ao próprio princípio da legalidade por falta de tipificação e motivação, em razão da ausência da inequívoca demonstração dos fatos que supostamente teriam sido cometidos pela recorrente que se subsumissem à descrição hipotética

da norma que ensejaria a autuação e aplicação da sanção, o que acarreta a nulidade do ato administrativo exarado pelo Sr. AFRFB.

Após transcrever vários atos legais e jurisprudências, aduz a Recorrente que a decisão proferida pela 1ª Turma da DRJ/SPOI está ao arrepio da legislação de regência.

Em seguida, com a transcrição dos artigos 31, 59, 60 e 61 do Decreto nº 70.235/72, argúi que a decisão que deixa de analisar a defesa do contribuinte viola-lhe o direito à ampla defesa, contraditório e ao devido processo legal, ofendendo e contrariando a própria legislação específica de regência, tomando-se nula de pleno direito, devendo assim ser declarada e reconhecida através do presente apelo recursal.

- DA NULIDADE PELA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO, MOTIVAÇÃO E DESCRIÇÃO MINUCIOSA E INDIVIDUALIZADA DOS FATOS QUE DÃO SUPORTE À AUTUAÇÃO.

A Recorrente afirma que analisando a descrição dos fatos ofertados pelo Sr. AFRFB que ensejaram a lavratura do auto de infração não é possível identificar os fatos que foram cometidos pela Recorrente que acarretaram a lavratura do auto de infração e a imposição da penalidade a ela imposta. E que, pela descrição constante do termo de verificação, facilmente percebe a completa ausência de descrição dos fatos cometidos que dão suporte para a imposição da penalidade, além de manifesta imprecisão quanto aos fatos.

Transcreve jurisprudência administrativa (fls.366/367), bem como o artigo 10 do Decreto nº 70.235/72, aduzindo, que a decisão guerreada deixou de observar o referido dispositivo o qual estabelece que o Auto de Infração deve descrever os fatos.

A Recorrente repete que por tais motivos, resta claro que a decisão administrativa deve ser reformada, posto que deixou de reconhecer a evidente nulidade da autuação fiscal, diante da falta de descrição, motivação e fundamentação minuciosa e individualizada dos fatos que são imputados a Recorrente que caracterizam a infração e que deram ensejo à penalidade agravada de 150%.

- DA NULIDADE DO TERMO DE INTIMAÇÃO / SOLICITAÇÃO DE DOCUMENTOS CONTRARIANDO AS NORMAS QUE REGEM O PROCESSO ADMINISTRATIVO. EVIDENTE TENTATIVA DE SUPRIR AS DEFICIÊNCIAS E OS VÍCIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E DO PRÓPRIO AUTO DE INFRAÇÃO.

A Recorrente alega que após a lavratura do Auto de Infração e da apresentação de sua defesa, foi surpreendida ao ser intimada do Termo de Diligência Fiscal / Solicitação de Documentos para que apresentasse os documentos nele relacionados, fl.368.

Argúi a nulidade do referido Termo de Intimação / Solicitação de Documentos, por ofender e contrariar as normas que regem o processo administrativo federal, mormente àquelas que garantem a proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. Diz que se manifestou nos autos deduzindo todas as razões e fundamentos jurídicos no sentido de que fosse reconhecida e declarada a nulidade do Termo de Intimação, com esteio no artigo 53, da Lei nº 9.784/99, por conseguinte, declarando-se a nulidade do próprio Auto de Infração.

A Recorrente destaca que não havia no Termo de Diligência Fiscal a eventual decisão exarada pela D. Autoridade Administrativa competente que em tese pudesse fundamentar ou motivar a intimação para apresentação de documentos na forma determinada. E que, a falta ou ausência da referida decisão motivadora do presente Termo de Diligência Fiscal prejudicou o seu direito à ampla defesa, contraditório e segurança jurídica.

Afirma que a diligência não tinha o fito de colheita de provas para formar a convicção da autoridade administrativa julgadora, e sim, ato deliberado de tentativa a qualquer custo, mesmo que em total ofensa a legislação de regência de "emenda" do Auto de Infração como se fosse possível àquela altura corrigi-lo ou validá-lo.

- DA IMPOSSIBILIDADE DA RETROATIVIDADE PARA FUNDAMENTAR ARBITRAMENTO DO LUCRO, INFRAÇÃO E IMPOR PENALIDADES.

A Recorrente alega que tendo a exclusão do SIMPLES sido realizada em 17/08/2003, somente a partir de então é que os fatos, pelo menos em tese, poderiam ficar sujeitos a fundamentar infração ou impor penalidades. Nesse sentido, qualquer fato ou ato pretérito não pode servir de prova ou indício para tentar fundamentar a ocorrência de infrações e a aplicação de penalidades.

Diz a Recorrente que os Julgadores Administrativos ao decidirem pela procedência do lançamento tributário deixaram de observar que não há pena ou infração sem prévia cominação legal (incisos XXXIX e XL do art. 5º da CF) bem como o princípio da irretroatividade (incisos XXXIX e XL do art. 5º da CF), visto que o Ato Declaratório de exclusão do Simples da recorrente exarado apenas em 17/08/2003, é que a partir daí passou a Recorrente a saber da exclusão, portanto, não poderia ter sido efetuado o lançamento tributário de todo o ano-calendário de 2003, especialmente aos fatos anteriores ao ato declaratório de exclusão do Simples. E que, nesse ponto, além da ofensa aos dispositivos constitucionais e do CTN, fora contrariada a própria norma dos artigos 15, II e 16 da Lei 9.317/96 que trata do Simples.

A recorrente transcreve jurisprudência administrativa (fls.374/376), asseverando que deveria, no mínimo, ter sido mantida a sua situação e os respectivos recolhimentos e apuração de empresa optante pelo SIMPLES até a data de sua exclusão, ou seja, até 17/08/2003 data de publicação do ato administrativo de exclusão, o que não foi analisado e reconhecido na decisão administrativa.

- DA IMPOSSIBILIDADE DE LANÇAMENTO ARBITRADO.

A recorrente alega que o lançamento com base no lucro arbitrado é excepcional e como tal deve ser tratado e, somente nos casos em que perfeitamente preenchidos os requisitos legais, é que poderá ser realizado o lançamento com base no lucro arbitrado. Indaga, como poderia ter realizado a Recorrente a opção pelo lucro real ou presumido no início do ano-calendário 2003 se o seu regime tributário era o SIMPLES?

Aduz que, a decisão que ora se requer a reforma, deixou de analisar os argumentos da Recorrente de que não houve por parte do Sr.AFRFB o esgotamento de todos os meios necessários e o preenchimento dos requisitos legais para que pudesse, validamente, efetuar o lançamento com base no lucro arbitrado. Para tanto, transcreve jurisprudência administrativa (fls.378/380).

- DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA TRIBUTÁRIA COM BASE EM LANÇAMENTO PRESUNTIVO.

Afirma a Recorrente que a fiscalização baseada unicamente em depósitos bancários contraria frontalmente o (art. 153, inciso III da CF e o art.43 do CTN) arquétipo constitucional do imposto sobre a renda, cuja incidência atinge somente a renda ou proventos real e objetivamente comprovados, logo, não se configurando hipótese de incidência do tributo a mera presunção de renda percebida.

Aduz que, Renda presumida, portanto, não pode ser tomada como fato imponible, razão pela qual, improcede totalmente o auto de infração, dada a impossibilidade de tributar-se alguém por renda hipotética, pois, os depósitos bancários que fundamentaram a lavratura do auto de infração, por si só não revelam a existência de rendimentos tributáveis.

Transcreve jurisprudência do E. Conselho de Contribuintes, fls:386/388.

- DA IMPOSSIBILIDADE DE ACUSAÇÃO FISCAL FUNDADA EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS — DO DEVER DE CANCELAR E ARQUIVAR O RESPECTIVO PROCESSO ADMINISTRATIVO.

A Recorrente alega que os depósitos bancários não fazem prova de renda auferida e, conseqüentemente, não podem gerar o nascimento de obrigação tributária deles decorrentes. Assim, a autuação fiscal resultante de depósitos bancários é insuficiente para exigir tributação sobre a renda, sendo inconcebível considerá-los como rendimentos omitidos pela via presuntiva.

Transcreve decisões judiciais, fls.388/390.

- DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE E RESTRIÇÕES COM BASE EM PRESUNÇÃO.

A recorrente alega que competia à fiscalização demonstrar e comprovar inequivocamente a infração cometida pela Recorrente e a pena que incidiria em decorrência desse ato, e não comodamente com base em subjetivismo e presunções lavrar o auto e aplicar multa agravada de 150%. E que, o procedimento administrativo realizado com base em presunções e subjetividades contrariam a garantia constitucional da presunção de inocência da recorrente, devendo ser declarada a sua nulidade e insubsistência através do presente apelo recursal.

- DA MULTA INDEVIDA E CONFISCATÓRIA.

A recorrente afirma que a prevalecer a imputação de multa excessiva, mesmo no patamar reduzido de 75%, estará avalizando o confisco e a atividade predatória do fisco, fazendo tabula rasa das garantias constitucionais e comprometendo a manutenção do próprio Estado de Direito. Além disso, tal imposição também fere o princípio constitucional da capacidade contributiva.

Transcreve decisões judiciais, fls.393/395.

Finalmente requer integral provimento ao recurso.

É o relatório.



Voto

Conselheira Relatora, Ester Marques Lins de Sousa

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72. Assim, dele conheço.

Em sua impugnação a defesa argumenta que o auto de infração é obscuro e impreciso e não identifica os fatos que foram cometidos e que acarretaram o lançamento.

De início a Recorrente alega que a decisão de primeira instância, peca por “AUSÊNCIA DE ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DE DEFESA SUSCITADOS PELA RECORRENTE NO SENTIDO DE RECONHECER E DECLARAR A NULIDADE DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO”.

Tal argumentação não merece acolhida.

Como se vê, consta do voto condutor do acórdão, itens 10 a 14, das fls.326/327, os fundamentos que demonstram os fatos imputados na autuação, e conclui ao enfrentar os argumentos da defesa, que a autuada recebeu todos os demonstrativos, termos e elementos mencionados nos lançamentos e teve inteira ciência de como a infração que lhe foi imputada foi constatada, não havendo que se falar em cerceamento do direito de defesa, nem em conseqüente nulidade dos lançamentos.

O fato de no julgamento não serem acolhidos os argumentos da defesa não significa a falta de análise dos argumentos apresentados pela defesa.

Registre-se que, o julgador não se obriga a contestar item por item os argumentos expendidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. É o caso.

Preliminar rejeitada.

Na fase recursal o Recorrente traz novamente a questão da AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO, MOTIVAÇÃO E DESCRIÇÃO MINUCIOSA E INDIVIDUADA DOS FATOS QUE DÃO SUPORTE À AUTUAÇÃO.

A recorrente, apesar do alegado cerceamento ao direito de defesa, defende-se exaustivamente em 43 páginas, demonstrando pleno conhecimento de tudo que lhe fora imputado.

Com efeito, o autuante fundamentou, materialmente, a exação de IRPJ, autuação principal) fazendo constar a razão do arbitramento do lucro, de forma indubitosa, tanto do Auto de Infração quanto do Termo de Verificação Fiscal.

Conforme relatado e descrito nos Autos de Infração e no Termo de Verificação Fiscal (fls. 162 a 164 e fls.168/170), a contribuinte teve seu lucro arbitrado, no ano calendário de 2003, em face de sua exclusão do Simples desde 01/01/2002, da não opção tempestiva pela-

tributação com base no Lucro Presumido e da não apresentação dos livros de escrituração obrigatória para o Lucro Real (Livros Diário e Livro Razão). O arbitramento tomou como receita conhecida os depósitos e créditos em conta corrente bancária de titularidade da Recorrente, não escriturados no Livro Caixa apresentado.

O enquadramento legal para a autuação, se deu com fundamento nos artigos: 530, inciso I, 532 e 537 do RIR/99.

Portanto, presentes os requisitos legais da autuação sem qualquer desobediência aos dispositivos legais indicados pela Recorrente, não se constatando vícios de ilegalidade ou qualquer ofensa às regras processuais estabelecidas a condução do processo a prejudicar a defesa do contribuinte, rejeita-se a preliminar de nulidade suscitada pela recorrente.

A recorrente argúi a NULIDADE DO TERMO DE INTIMAÇÃO / SOLICITAÇÃO DE DOCUMENTOS CONTRARIEDADE AS NORMAS QUE REGEM O PROCESSO ADMINISTRATIVO. EVIDENTE TENTATIVA DE SUPRIR AS DEFICIÊNCIAS E OS VÍCIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E DO PRÓPRIO AUTO DE INFRAÇÃO.

A Recorrente alega que após a lavratura do Auto de Infração e da apresentação de sua defesa, foi surpreendida ao ser intimada do Termo de Diligência Fiscal / Solicitação de Documentos para que apresentasse os documentos nele relacionados, fl. 368. A Recorrente insiste na tese de que é vedado, após a formalização do lançamento, exigir que a autuada apresente documentos.

Essencialmente, a diligência requerida pela Delegacia de Julgamento é no seguinte sentido (fls. 277/278):

Versa o presente processo sobre lançamento de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (1122J) e contribuições reflexas (fls. 162 e 189) decorrente de arbitramento do lucro cuja base são receitas omitidas apuradas por meio de depósitos bancários (fls. 30 a 161)

2. A presunção legal que trata de omissão de receitas decorrente de depósitos bancários está prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

(...)

4. No presente lançamento o que se observa é que a fiscalização, apesar de ter afirmado que os depósitos bancários referentes a repasses de administradoras de cartões de crédito não estavam escriturados no Livro Caixa, informa a existência de outros ingressos creditados nos extratos bancários cuja origem não consta no processo (último parágrafo de fl. 162). Contudo, também não consta no processo nenhuma intimação para que a fiscalizada comprove a origem dos depósitos bancários, nos termos do acima transcrito artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, nem estão segregados os depósitos referentes aos repasses de cartões de créditos dos depósitos bancários relativos aos outros ingressos. Observe-se também que, apesar da fiscalização se referir a comprovantes de repasses de administradoras de cartões de créditos (fl. 162), estes documentos não estão no processo

5. Diante disto, proponho o retorno do presente à DEFIC/SPO para que a autoridade autuante:

5.1 intime a contribuinte a comprovar a origem dos depósitos bancários, nos termos do caput do artigo 42 da Lei nº 9 430/1996, e

5.2, identifique os depósitos bancários cuja origem não for comprovada e os depósitos bancários cuja origem já está ou for comprovada, e que se enquadrem, respectivamente, nas hipóteses previstas no caput e no § 2º do artigo 42 da Lei nº9 430/1996

Consta dos autos o Termo de Diligência fls.283/284, intimando ao contribuinte a apresentar no prazo de 10 (dez) dias os documentos nele relacionados.

A contribuinte às fls.291/298, apresenta suas considerações, que em síntese são as seguintes:

... que o malsinado Termo de Intimação / Solicitação de Documentos é nulo de pleno direito por ofender e contrariar as normas que regem o processo administrativo federal, mormente àquelas que garantem a proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração

...

A análise dos comandos normativos acima confrontados com os termos do Termo de Diligência Fiscal / Solicitação de Documentos em epígrafe, traduz de forma clara e inuvidosa que a Administração Pública no presente caso desvia-se de sua finalidade, agindo ao arrepio dos princípios que regem o processo administrativo, especialmente aos da motivação, razoabilidade, moralidade, segurança jurídica e eficiência, em total prejuízo e em detrimento das garantias e direitos da Recorrente.

...

A falta ou ausência da referida decisão motivadora do presente Termo de Diligência Fiscal impede que a Recorrente possa ter plena ciência dos motivos que ensejaram a solicitação e para que possa analisar sua pertinência e os fundamentos que conduziram a D Autoridade Julgadora a expedir a referida decisão, prejudicando o seu direito à ampla defesa, contraditório e segurança jurídica.

Não restam dúvidas que o presente Termo de Diligência Fiscal / Solicitação de Documentos possui claro objetivo de suprir as inúmeras deficiências e vícios constantes no processo administrativo que culminou com a lavratura do Auto de Infração e que foram devidamente apontados pela Recorrente por ocasião de sua defesa fiscal.

...



É vedado a Administração Pública, no caso a Autoridade Julgadora, per contrariar as normas que regem o processo administrativo federal, exigir no atual momento que a Recorrente apresente documentos, situação que é agravada ante a ausência de motivação e da própria decisão que exarou a diligência fiscal

Ante o exposto, uma vez demonstrado a nulidade absoluta do Termo de Diligência Fiscal / Solicitação de Documentos Diligência Proc 19515.002885/2005-22 (MPF 0819000-2007-0841-9), requer seja reconhecida e declarada a sua nulidade e todas as obrigações nele inseridas, com esteio no artigo 53, da Lei nº 9.784/99, por conseguinte, declarando-se a nulidade do Auto de Infração, por ser medida de se promover e prestigiar a mais lúdima Justiça e a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Sobre a matéria em comento, vale esclarecer que a realização de diligência, depende do livre convencimento da autoridade julgadora como meio de melhor apurar os fatos, podendo como tal, quando entender necessária ao deslinde da questão, determinar a juntada de documentos aos autos, de sorte que a autoridade julgadora possa formar a sua livre convicção.

Assim dispõe o artigo 18 do Decreto nº 70.235/1972, ato normativo que regula o Processo Administrativo Fiscal:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine.

O julgador na análise das provas produzidas nos autos, deve decidir conforme o seu convencimento em consonância com o art.29 do Decreto nº 70.235/72, assim estabelecido: “Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias”.

O artigo 29 da Lei nº 9.784/99, argüido pelo Recorrente, vem exatamente no sentido de que devem as autoridades administrativas, de ofício, proceder as atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão.

Conforme demonstrado, a diligência determinada, de ofício, tinha por escopo permitir ao contribuinte a ilidir a presunção legal de omissão de receitas decorrente de depósitos bancários de que trata o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Do Termo de Diligência, constaram os dados necessários ao atendimento do contribuinte.

Nesse passo, não havendo o contribuinte comprovado a origem dos depósitos bancários, a presunção legal nos termos do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 resta consumada em efetiva omissão de receitas.

Assim, tendo-se presente que a execução de diligência não equivale a segundo exame de livros e documentos, nem tampouco configurado que a decisão de primeira instância tenha contrariado as normas que regem o processo administrativo federal, por haver determinado a

diligência para a apresentação de documentos, que cabia ao contribuinte apresentar, há de se rejeitar a preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente.

A Recorrente alega que tendo a exclusão do SIMPLES sido realizada em 17/08/2003, somente a partir de então é que os fatos, pelo menos em tese, poderiam ficar sujeitos a fundamentar infração ou impor penalidades. Nesse sentido, qualquer fato ou ato pretérito não pode servir de prova ou indício para tentar fundamentar a ocorrência de infrações e a aplicação de penalidades. Assim, argúi a IMPOSSIBILIDADE DA RETROATIVIDADE PARA FUNDAMENTAR ARBITRAMENTO DO LUCRO, INFRAÇÃO E IMPOR PENALIDADES.

Consta do Termo de Verificação Fiscal (fl.162) que em 17/08/2003 foi expedido o Ato Declaratório Executivo n.º 0485401 excluindo do SIMPLES o contribuinte acima identificado, com efeito a partir de 01/01/2002. Nos presentes autos não se discute o Ato Declaratório de Exclusão, nem tampouco, qualquer tributação em relação ao ano calendário de 2002.

Sobre os efeitos da exclusão do Simples, a Lei nº 9.317/96, assim dispõe :

Art. 16. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas

No presente processo administrativo fiscal estão em discussão os tributos devidos no ano calendário de 2003, com base no arbitramento do lucro (*norma de tributação aplicável às demais pessoas jurídicas*), portanto em observância ao mencionado dispositivo legal. Qualquer argumentação sobre suposta inconstitucionalidade da lei, em tese, não se discute neste âmbito administrativo, por aplicação da súmula nº 2, desse E.Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, *verbis*:

Súmula CARF N.º 2 O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Assim, diante dos fundamentos acima expostos, tem-se como rejeitada a preliminar suscitada.

A Recorrente alega a IMPOSSIBILIDADE DE LANÇAMENTO ARBITRADO porque somente em casos excepcionais essa forma de tributação seria aplicada, e ainda, porque o autuante não esgotara todos os meios necessários ao preenchimento dos requisitos legais para que pudesse, validamente, efetuar o lançamento com base no lucro arbitrado.

Alega ainda a INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA TRIBUTÁRIA COM BASE EM LANÇAMENTO PRESUNTIVO.

Conforme explicitado no item anterior, o artigo 16 da Lei nº 9.317/1996 também reproduzido acima, é claro ao determinar que a pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Com a exclusão de ofício do SIMPLES o contribuinte no ano calendário de 2003, deveria ter apresentado a Declaração de Informações Econômicas Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ 2004, podendo optar pelo regime de tributação do lucro presumido, ou pelo lucro real, caso mantivesse escrituração com observância das leis comerciais e Fiscais (livros:Diário e

Razão) que o contribuinte declarou não manter por ter optado pelo pagamento dos tributos pelo SIMPLES.

Vale esclarecer que o arbitramento é modalidade ou regime de apuração do lucro que se deu no presente caso em virtude de o contribuinte haver deixado de apresentar os livros e documentos fiscais e comerciais, tal como descrito no auto de infração, e ainda no Termo de Verificação Fiscal, de acordo com o artigo 47 da Lei nº 8.981, de 1995 e artigo 1º da Lei nº 9.430, de 1996, bem como no artigo 530 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99. Vejamos:

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. 12)

Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando:

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;

A hipótese de que cuida o inciso I do artigo acima tem aplicação à empresa que, excluída do Simples fica sujeita ao regime de tributação com base no lucro real trimestral, portanto deverá manter escrituração na forma das leis comerciais e fiscais.

A ausência de elementos concretos que permitam a apuração do lucro real da empresa e a inexistência de livros e documentos da escrituração contábil e fiscal autorizam o arbitramento do lucro tributável.

Registre-se que a autuada **não** fez opção pela tributação com base no lucro presumido. Desnecessário dizer que de acordo com a legislação tributária a opção do lucro presumido é faculdade do contribuinte, portanto tal forma de tributação não pode ser adotada de ofício. Assim, estando a empresa sujeita a apuração do lucro real trimestral, e, não apresentando os livros e documentos contábeis e fiscais, não restou ao Fisco outro procedimento senão o arbitramento do lucro.

À luz dos autos restou à evidência que a autuada não mantinha a escrituração contábil obrigatória, não havendo o Diário e o Razão ou, ainda que existentes, não foram entregues à fiscalização.

Destarte, não restou outra alternativa a autoridade fiscal a não ser adotar as regras de arbitramento para os fins da apuração da base de cálculo nos trimestres de 2003.

Assim, cabível o arbitramento do lucro efetuado pela autoridade fiscal.

Cabe ainda registrar que, entre o início da fiscalização (29/03/2005) e a lavratura do auto de infração (19/10/2005), o sujeito passivo teve tempo suficiente para providenciar a regularização de sua contabilidade. O prazo concedido pela autoridade fiscal demonstra claramente o seu intuito em buscar a verdade material e tentar todos os meios possíveis para a apuração do lucro real antes de proceder ao arbitramento.

Portanto, a não apresentação dos livros e documentos necessários à apuração do lucro real trimestral implica no arbitramento do lucro e conseqüente apuração do IRPJ e CSLL.

A apuração do lucro arbitrado teve como base as receitas omitidas apuradas com fundamento na **presunção** legal instituída pelo artigo 42 da Lei nº 9.430/96, baseada nos depósitos bancários com recursos de origem não comprovada, considerados, por presunção, como receita bruta da pessoa jurídica.

De sorte que, o lucro arbitrado das pessoas jurídicas, quando conhecida à receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 - e seus parágrafos do RIR/1999, acrescidos de vinte por cento, em consonância com o artigo 532 do RIR/99.

A apuração do IRPJ e da CSLL com base no lucro arbitrado está demonstrada nos autos de infração, fls.168 e 174, respectivamente.

Desta forma, havendo o contribuinte sido excluído do Simples, e, não mantendo a escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, está sujeito à tributação com base no lucro arbitrado.

A Recorrente alega IMPOSSIBILIDADE DE ACUSAÇÃO FISCAL FUNDADA EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. Afirma que a autuação fiscal resultante de depósitos bancários é insuficiente para exigir tributação sobre a renda, sendo inconcebível considerá-los como rendimentos omitidos pela via presuntiva.

Sobre o assunto, para evitar redundância, adoto também as razões de decidir do acórdão recorrido que bem explicou a situação fática diante da legislação tributária, fl.333, vejamos:

31 Como visto no item 27 acima, a lei é clara ao exigir que as pessoas jurídicas sujeitas à apuração do lucro real escrevem todas as suas operações nos livros comerciais e fiscais obrigatórios. Entre os primeiros está o livro Diário no qual devem ser lançados os atos ou operações que modifiquem ou possam vir a modificar a situação patrimonial da contribuinte como visto acima. Não há dúvida que o recebimento de depósitos bancários nos valores totais de R\$2.186.044,33 em 2003 modificam ou podem modificar a situação patrimonial de qualquer pessoa, repercutindo no montante do lucro que é, após os devidos ajustes determinados e autorizados pela legislação tributária, a base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

32 Em 23/01/2008 (fls. 283/285), a fiscalizada foi intimada a apresentar documentos que comprovassem a origem dos créditos realizados em seu favor e não registrados no Livro Caixa apresentado (fls 12 a 25). Nenhum documento comprobatório ou explicação sobre a origem acompanhou a resposta apresentada

(fls 291 a 303). A manifestação (fls 306 a 312) sobre o Relatório Fiscal de conclusão da diligência também é desacompanhada de qualquer explicação ou documento comprobatório da origem destes valores

33. Portanto, o que está provado, segundo os documentos contidos no processo, é que a autuada recebeu, por meio de depósitos em conta corrente bancária de sua titularidade, R\$2 186 044,33 em 2003. Este fato combinado com o descumprimento por parte da contribuinte de sua obrigação acessória em escriturar todas as suas operações (artigos 251 e 258 do RIR/1999), e com a falta de comprovação por parte da impugnante de que estes recursos já lhe pertenciam, já teriam sido tributados ou que seriam isentos ou não tributáveis, somente permite a conclusão de que estes recursos são receita omitida, conforme preceitua o artigo 42 da Lei nº 9430/1996.

(..)

Como se vê, trata-se, na hipótese, de indícios que conduzem à presunção **juris tantum** de omissão de receita, com fulcro no art. 42 da Lei nº 9.430/96, tendo em vista que o contribuinte não informou a real proveniência dos recursos depositados em conta corrente da empresa.

A hipótese de arbitramento trimestral estribado nesta receita, encontra amplo abrigo e visibilidade na legislação de regência expandida no auto de infração, complementada pela reprodução de outros dispositivos legais que enfeixam a mesma matéria.

Diante dos fundamentos acima, cai por terra a argumentação da recorrente.

Vencida a questão do cabimento do arbitramento e da base de cálculo “presuntiva”, passo a análise da aplicação da multa de ofício lembrando que a decisão de primeira instância considerou devida apenas no percentual de 75%.

A Recorrente discorre sobre o caráter confiscatório da multa ainda que reduzido para 75% .

A multa de ofício no percentual de 75%, escora-se no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, *verbis*:

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;

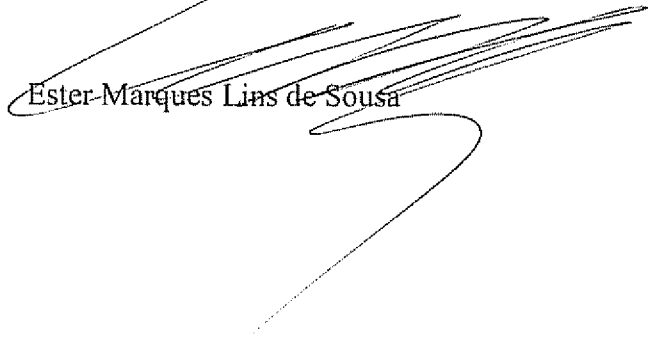
(..)

O descumprimento da obrigação tributária impõe a aplicação da multa de ofício no percentual de 75%, conforme prevista no inciso I do dispositivo legal acima transcrito.

Com efeito, a aplicação da multa de ofício decorre de expressa disposição legal, não cabendo aos órgãos do Poder Executivo deixar de aplicá-la, encontrando óbice, inclusive na Súmula nº 2, desse E. Conselho Administrativo, consolidada no Anexo III da Portaria nº 106 de 21/12/2009, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 22/12/2009, conforme se transcreveu acima em outro momento deste voto.

Quanto ao LANÇAMENTO REFLEXO das Contribuições Sociais: CSLL, PIS e Cofins: Decorrendo as exigências da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão proferida para o imposto de renda, desde que não presentes arguições específicas ou elementos de prova novos.

Isto posto, e, considerando que a decisão de primeira instância já julgou PROCEDENTE EM PARTE os lançamentos, reduzindo a multa de ofício de 150% para 75%, voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso.



Ester Marques Lins de Sousa