



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

Processo nº 19515.003094/2007-81
Recurso nº 503.308 Voluntário
Acórdão nº **1103-00.363 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 14 de dezembro de 2010
Matéria IRPJ-Depósitos bancários
Recorrente SVC JARAGUA COMERCIAL LTDA
Recorrida 8.a TURMA DA DRJ DE SP I

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003

DEPÓSITOS. OMISSÃO DE RECEITAS.

Os depósitos em conta-corrente da empresa cujas operações que lhes deram origem restem incomprovadas presumem-se advindos de transações realizadas à margem da contabilidade.

FORMA DE TRIBUTAÇÃO

Verificada a omissão de receita, a autoridade determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida à pessoa jurídica no período de apuração a que corresponder a omissão. A falta de escrituração de contas correntes bancárias, por si só, não autoriza ao fisco proceder ao arbitramento do lucro, competindo-lhe demonstrar cabalmente, que essa falha na escrituração constitui vício insanável, que a torna imprestável para determinar o lucro real.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal em face da estreita relação de causa e efeito.

PIS E COFINS RECEITA FINANCEIRA

Em face do STF ter declarado a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins, não se pode cobrar PIS e Cofins sobre receitas financeiras.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **1ª câmara / 3ª turma ordinária** do primeira **SEÇÃO DE JULGAMENTO**, [Por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e, no mérito, **DAR provimento parcial ao recurso para: (i) excluir das bases de cálculo de PIS e Cofins o**

valor da receita financeira omitida e (ii) afastar o agravamento em 50% do percentual da multa de ofício.]

Aloysio José Percínio Da Silva

Presidente

Mário Sérgio Fernandes Barroso

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros, Marcos Shigeo Takata, Gervásio Nicolau Recktenvald, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo, Hugo Correa Sotero (vice-presidente).

Relatório

Trata o presente processo de recurso voluntário interposto pela contribuinte acima qualificada a respeito da decisão da DRJ que negou a impugnação da contribuinte.

Conforme consta no **Termo de Verificação Fiscal – IRPJ** (fls. 505/536), em cumprimento ao determinado no MPF 0819000-2005-00174-8 (fls. 01/22), a autoridade fiscal intimou e re-intimou o contribuinte a prestar diversos esclarecimentos acerca dos anos-calendário de 2002 e 2003, relativamente às fontes pagadoras constantes em DIRF, aos registros fiscais e contábeis referentes aos recursos financeiros depositados junto a instituições financeiras, às divergências constatadas na receita escriturada, bem como analisou os livros fiscais do contribuinte, relacionados às fls. 508. Foram constatadas as seguintes irregularidades:

I - DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO CONTABILIZADOS

A partir de elementos disponibilizados pela fiscalizada (extratos bancários de instituições financeiras, reunidos nos 20 volumes do Anexo I ao presente processo), a autoridade fiscal apurou a movimentação financeira em contas bancárias de titularidade da fiscalizada, nos anos-calendário de 2002 e 2003. Em razão do grande volume de operações diárias, foram considerados para análise apenas os valores maiores ou iguais a R\$10.000,00. Contudo, intimado e re-intimado a comprovar, mediante apresentação de documentação hábil, o registro fiscal e contábil dos recursos depositados e/ou creditados (Intimações Nº 10 de 24.11.2006 – fls. 297/300, Nº 12 de 11.12.2006 – fls. 432, Nº 16 de 17.05.2007 – fls. 447/450), o contribuinte não havia atendido, até aquele momento, o quanto solicitado nas intimações fiscais.

Após devidamente excluídos os créditos de resgates de aplicações financeiras, os valores relativos a DOC e TED da mesma titularidade (transferências), os estornos de lançamentos e as devoluções de cheques, foram identificadas diversas operações de

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 04/03/2011 por MÁRIO SÉRGIO FERNANDES BARROSO, Assinado digitalmente em

09/03/2011 por ALOYSIO JOSE PERCINIO DA SILVA, Assinado digitalmente em 04/03/2011 por MÁRIO SÉRGIO

FERNANDES BARROSO

Impresso em 12/08/2013 por MARIA MADALENA SILVA

crédito nas movimentações financeiras, conforme detalhado às fls. 512/519, e, considerando que tais valores movimentados correspondem a valores ativos, que “deveriam constar escrituradas em contas do ativo circulante da empresa, e, ainda, que os demonstrativos de resultado da empresa levantados em 31/12/2002 e 31/12/2003 indicam que as receitas da atividade são consumidas pelos respectivos custos e despesas, os montantes acima apurados, não comprovadas a origem dos recursos utilizados nessas operações, embora regularmente intimada para comprovar, caracterizam-se omissão de receita”.

Os valores apurados pela fiscalização relativos à infração “DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO CONTABILIZADOS” estão resumidos às fls. 519/520, e totalizam R\$287.417.779,23, no ano-calendário de 2002, e R\$33.407.999,50, relativos a 2003.

II - OMISSÃO DE RECEITAS – RECEITA DA ATIVIDADE DECLARADA A MENOR

A diferença apurada totalizou R\$76.699.912,55 e R\$69.746.043,73, nos anos-calendário de 2002 e 2003, respectivamente, conforme detalhado às fls. 520/521.

Tendo sido devidamente intimado (Intimações Nº 13 de 11.01.2007 – fls. 436/438, Nº 14 de 26.01.2007 – fls. 440/441, Nº 15 de 21.02.2007 – fls. 444/445, e Nº 16 de 17.05.2007 – fls. 447/450), o interessado não apresentou os elementos solicitados para o devido esclarecimento quanto às divergências apuradas, a fiscalização concluiu: “Considerando que a diferença aqui constatada se refere ao batimento entre a escrituração fiscal / contábil e a DIPJ 2003 e 2004, AC 2002 e 2003, e essas receitas estão reconhecidas na escrituração é de se considerar essa diferença apurada como omissão de receitas.”

Pondera a autoridade fiscal que, por tentar impedir ou retardar, ainda que parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, e considerando que essa prática foi sistemática, restou configurado que o contribuinte incorreu na conduta descrita no art. 71, inc. I, da Lei nº 4.502/64, e, em consequência, sujeita-se à penalidade prevista no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96.

III - OMISSÃO DE RECEITAS – VENDAS COM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO E OUTRAS OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS

A partir dos extratos bancários do Banco Bradesco S/A (agência 1416-8, conta 27900-5) e do Banco do Brasil S/A (agência 3221-2, conta 7000-9) disponibilizados pela fiscalizada, relativos aos anos-calendário de 2002 e 2003, foram identificadas operações de vendas com cartão de crédito e débito e antecipação, liquidação de cobrança, operação desconto e recebimento por fornecimento, conforme detalhado às fls. 523.

Os valores apurados, nos montantes de R\$25.120.053,71 (AC 2002) e R\$ 35.477.218,07 (AC 2003), e não comprovadas as devidas escriturações, foram considerados omissão de receitas pela fiscalização. E, nos mesmos moldes da infração anterior, acima descrita, por corresponder a prática sistemática ocorrida nos anos-calendário em questão, configura a conduta descrita no art. 71, inc. I, da Lei nº 4.502/64, sujeita à penalidade prevista no art. 44, inc. II, da Lei nº 9.430/96.

IV - OMISSÃO DE RECEITAS FINANCEIRAS

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 04/03/2011 por MARIO SERGIO FERNANDES BARROSO, Assinado digitalmente em 09/03/2011 por ALOYSIO JOSE PERCINIO DA SILVA, Assinado digitalmente em 04/03/2011 por MARIO SERGIO FERNANDES BARROSO

Impresso em 12/08/2013 por MARIA MADALENA SILVA

Pela Intimação Nº 11 de 06.12.2006 (fls. 425/427), a fiscalizada foi intimada a apresentar esclarecimentos acerca das receitas financeiras apuradas em DIRF de diversas fontes pagadoras, tendo em vista que apenas na DIPJ 2003 (AC 2002) constou o irrisório valor de R\$4.859,98 a título de Outras Receitas Financeiras (Ficha 06A, Item 24). Re-intimado (Intimação Nº 16 de 17.05.2007 – fls. 447/450), o contribuinte não havia se manifestado, até o momento, sobre o fato intimado.

Foram apuradas diferenças entre os rendimentos constantes nas DIRF e nas DIPJ, nos valores de R\$13.463.313,05 e de R\$8.906.680,78, nos anos-calendário de 2002 e 2003, respectivamente. “Considerando que esses rendimentos de aplicação financeira decorrem dos valores de crédito detectados na movimentação financeira não contabilizada como produto dessas operações e sendo a regra de que toda a movimentação de aplicação financeira deve ser transitada em conta-corrente bancária, e, ainda, o valor ínfimo declarado, é de se considerar esses valores apurados como omissão de rendimentos de aplicação financeira e os valores do Imposto de Renda Retido na Fonte serão compensados na apuração do tributo de ofício”.

De forma semelhante às duas infrações anteriores, a autoridade fiscal entendeu configurada a conduta a que alude o art. 71, inc. I, da Lei nº 4.502/64 e, conseqüentemente, cabível a penalidade prevista no art. 44, inc. II, da Lei nº 9.430/96.

Verificou-se nas respectivas DIPJ apresentadas pelo contribuinte que foram apurados prejuízos fiscais nos montantes de R\$38.405.616,38 e R\$9.280.612,59, referentes aos anos-calendário de 2002 e 2003, respectivamente. Foram também declarados, nestes anos-calendário, idênticos valores relativos à base de cálculo negativa da CSLL. Tais prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas foram considerados para fins de apuração da base tributável, conforme demonstrado às fls. 532, sobre a qual a autoridade fiscal efetuou o lançamento de ofício de IRPJ, bem como dos reflexos de CSLL, PIS e Cofins.

Considerando que a fiscalizada não atendeu as intimações nos prazos marcados, não obstante os prazos concedidos, a fiscalização procedeu, ainda, ao agravamento da penalidade nos termos do art. 959, inciso I, do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 29.03.1999 (RIR/99).

A empresa foi intimada a proceder aos devidos ajustes nos controles de prejuízos fiscais compensados no LALUR, de forma a refletir as compensações consignadas de ofício pela autoridade fiscal (fls. 535).

Nos termos do art. 124, c/c os arts. 135 e 137 do Código Tributário Nacional (CTN), e do art. 207, inc. V, e seu parágrafo único, inc. III, do RIR/99, e ante os fatos descritos no Termo de Verificação Fiscal, tipificados, em tese, como Crimes contra a Ordem Tributária (Lei nº 8.137/90, art. 1º), concluiu a autoridade fiscal estar caracterizada a sujeição passiva solidária de cada um dos sócios, pessoalmente responsáveis pelas infrações à lei cometidas na direção da empresa S.V.C. Jaragua Comercial Ltda., CNPJ 03.000.484/0001-67, que, conforme alterações contratuais registradas na JUCESP eram os seguintes:

Nome empresarial	CNPJ/CPF
Nasser Fares	040.849.878-16
Jamel Fares	040.849.888-98
Adiel Fares	032.514.298-09

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 04/03/2011 por MARIO SERGIO FERNANDES BARROSO, Assinado digitalmente em 09/03/2011 por ALOYSIO JOSE PERCINIO DA SILVA, Assinado digitalmente em 04/03/2011 por MARIO SERGIO FERNANDES BARROSO

Impresso em 12/08/2013 por MARIA MADALENA SILVA

Ante o constatado, conforme acima descrito, a autoridade fiscal lavrou os seguintes **Autos de Infração**:

Imposto de Renda Pessoa Jurídica (fls. 540/547) – crédito tributário total de **R\$388.794.926,50**, já incluídos os juros de mora calculados até 31.10.2007 e a multa de ofício (112,5% ou 225%, conforme a infração). Enquadramentos legais:

001 – *Omissão de Receitas – Receitas Não Contabilizadas*: art. 24 da Lei nº 9.249/95; arts. 249, inc. II, 251 e parágrafo único, 278, 279, 280, 283 e 288, do RIR/99;

002 – *Omissão de Receitas – Depósitos Bancários Não Contabilizados*: art. 24 da Lei nº 9.249/95; art. 42 da Lei nº 9.430/96; arts. 249, inc. II, 251 e parágrafo único, 279, 282, 287, e 288, do RIR/99;

003 – *Omissão de Receitas*: art. 24 da Lei nº 9.249/95; arts. 249, inc. II, 251 e parágrafo único, 278, 279, 280, e 288, do RIR/99;

004 – *Omissão de Receitas Financeiras*: arts. 247, 248, 251 e parágrafo único, 272, 277, 288, 373 e 773, do RIR/99.

Contribuição para o PIS/Pasep (fls. 557/565) – crédito tributário total de **R\$18.736.174,83**, já incluídos os juros de mora calculados até 31.10.2007 e a multa de ofício (112,5% ou 225%, conforme a infração). Enquadramentos legais:

001 – PIS – Falta/Insuficiência de Recolhimento do PIS: arts. 1º e 3º da LC nº7/70;

002 – *PIS sobre Omissão de Receita – Falta/Insuficiência do PIS*: arts. 1º e 3º da LC nº7/70; art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249/95; arts. 2º, inc. I, 8º, inc. I, e 9º da Lei nº 9.715/98; arts. 2º e 3º, da Lei nº 9.718/98;

003 – PIS – Incidência Não-Cumulativa – Apuração Reflexa – Falta de Recolhimento do PIS – Incidência Não-Cumulativa: arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 10.637/02.

Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins (fls. 575/582) – crédito tributário total de **R\$55.793.816,96**, já incluídos os juros de mora calculados até 31.10.2007 e a multa de ofício (112,5% ou 225%, conforme a infração). Enquadramentos legais:

001 – *Cofins – Falta/Insuficiência de Recolhimento da Cofins*: art. 1º da LC nº70/91; arts. 2º, 3º e 8º, da Lei nº 9.718/98, com as alterações da MP nº 1.807/99 e suas reedições, com as alterações da MP nº 1.858/99 e suas reedições; arts. 2º, inc. II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/02.

002 – *Cofins – Omissão de Receita*: : art. 1º da LC nº70/91; art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249/95; arts. 2º, 3º e 8º, da Lei nº 9.718/98, com as alterações da MP nº 1.807/99 e suas reedições, com as alterações da MP nº 1.858/99 e suas reedições; arts. 2º, inc. II e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524/02.

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 586/593) – crédito tributário total de **R\$146.156.372,56**, já incluídos os juros de mora calculados até 31.10.2007 e a multa de ofício (112,5% ou 225%, conforme a infração). Enquadramentos legais:

001 – CSLL – *Falta de Recolhimento da CSLL*: art. 2º e §§, da Lei nº 7.689/88; art. 19 da Lei nº 9.249/95; art. 1º da Lei nº 9.316/96 e art. 28 da Lei nº 9.430/96; art. 6º da MP nº 1.858/99 e reedições; art. 37 da Lei nº 10.637/02;

002 – CSLL – *Omissão de Receita – CSLL sobre Receitas Omitidas*: art. 2º e §§, da Lei nº 7.689/88; art. 19 e 24 da Lei nº 9.249/95; art. 1º da Lei nº 9.316/96 e art. 28 da Lei nº 9.430/96; art. 6º da MP nº 1.858/99 e reedições; art. 37 da Lei nº 10.637/02.

O crédito tributário lançado perfaz um montante de **R\$ 609.481.290,85**, consoante demonstrativo consolidado às fls. 23, e o contribuinte foi cientificado por via postal (Aviso de Recebimento – AR – às fls. 595) em 14.11.2007.

Os sujeitos passivos solidários indicados pela autoridade fiscal, já qualificados retro, foram cientificados em 17.11.2007 por via postal, pelos Termos de Sujeição Passiva Solidária Ns 01, 02 e 03 (fls. 602/603, 606/607 e 610/611), conforme se verifica nos ARs às 605, 609 e 613.

Foi formalizado processo de **Representação Fiscal para Fins Penais**, nos termos do art. 1º, da Portaria SRF nº 326/05, que ganhou o nº 19515.003096/2007-71 e foi apensado aos presentes autos (fls. 621).

Irresignados, a autuada, S.V.C. Jaragua Comercial Ltda., e seu sócio Nasser Fares, na qualidade de sujeito passivo solidário, devidamente representados por seus procuradores (docs. de fls. 727/728), apresentaram em 12.12.2007 a **Impugnação** de fls. 632/726 na qual alegam, em apertada síntese:

Preliminarmente, que houve cerceamento do seu direito de defesa, pois ao analisar as cópias obtidas do presente processo fiscal, no total de mais de 5.000 (cinco mil) folhas, verificou que não lhe foi fornecida a cópia do “dossier do contribuinte”, anteriormente solicitada à autoridade fiscal;

Que o “dossier” contém material que diz respeito diretamente ao impugnante, e que a negativa de vista de tal documento contraria os princípios do *due process of law* (devido processo legal) e da ampla defesa, bem como os preceitos da Lei nº 9.784/99;

Que o “dossier” não pode ser considerado um documento secreto, nos termos do Decreto nº 2.134/97, de sorte que o seu não fornecimento pelo Poder Público implica em violação dos princípios da legalidade, da publicidade, do contraditório e da ampla defesa, constituindo vício insanável do ato administrativo, sendo este, portanto, nulo de pleno direito;

No mérito, que o lançamento com base em extratos bancários vem sendo rechaçado pela jurisprudência, pois o fato gerador do imposto de renda é a obtenção de renda e de proventos de qualquer natureza, que não corresponde aos valores depositados nas contas correntes, já que a fiscalização não levou em conta todas as despesas incorridas para a obtenção das respectivas receitas;

A autuação revela-se inconsistente ao desconsiderar as saídas da conta corrente, tomando por base somente as entradas, haja vista que a base de cálculo do IR é o *plus* que se agrega ao patrimônio do contribuinte;

À fiscalização caberia o ônus de investigar e provar a ocorrência do fato gerador, ou seja, que os depósitos bancários não explicados representariam rendas não declaradas, não se podendo considerar provados os fatos com base em presunção legal;

Conforme o art. 36 da Lei nº 9.784/99, bem como o art. 9º do Decreto nº 70.235/72, o ônus da prova é de quem alega, sendo inadmissível a exigência de tributos com base em simples presunções, sem que a fiscalização apresente elementos comprobatórios seguros da omissão de receitas;

No presente caso, a conclusão da fiscalização decorre de meros indícios, e mesmo que houvesse uma presunção legal da suposta infração, ainda assim não subsistiria a autuação, pois “ao estabelecer requisitos inafastáveis para a caracterização da ‘verdade legal’, as considerações dos Srs. Agentes Fiscais substituíram a verdade material pela verdade legal, o que é absolutamente inaceitável”;

Por força do princípio da verdade material, o exame da existência (ou não) dos fatos alegados pela fiscalização deve ser fixado através de uma livre e completa investigação no caso concreto, independentemente de regras pré-determinadas;

A fiscalização preferiu fundamentar-se nos extratos bancários, como se a escrita fosse imprestável; sendo assim, caberia o arbitramento de seu lucro, nos termos dos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.249/95 e art. 532 do RIR;

Caberia, ainda, a dedução dos custos da atividade desenvolvida pelo Impugnante, que, obviamente, não são lucro, bem como a dedução dos valores objeto de transferências bancárias;

O arbitramento do lucro haveria de tomar como base de cálculo o montante dos depósitos após a dedução dos custos da operação mercantil praticada e das transferências bancárias;

Há que se considerar também que parte expressiva dos depósitos bancários efetuados em janeiro/2002 representam receitas que foram faturadas no mês anterior, fato esse não levado em conta durante a fiscalização; uma significativa parcela destes depósitos, portanto, corresponde a receitas da atividade de dezembro/2001, já tributadas;

No que se refere aos lançamentos de PIS e de Cofins, a exigência fiscal peca por incorporar as receitas financeiras à base de cálculo dessas contribuições, o que já foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal; a tributação das receitas financeiras ficou proibida até o advento da Lei nº 10.637/2002, para o PIS, e da Lei nº 10.833/2003, para a Cofins;

Há duplicidade de exigência, uma vez que nos quadros elaborados às fls. 28 do Termo de Constatação Fiscal as colunas “Depósitos/créditos não contabilizados” e “Receita escriturada” foram somadas; tal forma de apuração seria equivocada, uma vez que a fiscalização não considerou a existência, nas suas receitas escrituradas, de receitas correspondentes aos depósitos bancários objeto de autuação; tais receitas, portanto, estariam tributadas em duplicidade;

Ademais, os valores constantes dos extratos bancários não pertencem integralmente à fiscalizada, pois é prática rotineira da empresa concentrar o movimento

financeiro de todas as suas lojas em contas bancárias de um mesmo CNPJ; a fiscalização, embora avisada do fato, não teria excluído da base tributada as receitas de terceiros incluídas nos depósitos bancários tributados;

As multas agravadas de 112,5% e de 225% seriam incabíveis, por falta de amparo fático e legal, uma vez que, quando se trata de imputação de multa punitiva, necessário se faz a prova *in concreto* da conduta lesiva ao Erário; a fiscalização não teria prova, somente indícios, suposições e presunções, inexistindo fraude, simulação ou intenção de lesar o fisco, não restando caracterizada a vontade do agente (conduta dolosa) a justificar o agravamento da multa, consoante se verifica em precedentes do Conselho de Contribuintes;

A multa de 150% é confiscatória, o que é vedado pelo art. 150, inc. IV, da Constituição Federal de 1988; quando muito, seria aplicável a multa de 20%, nos termos do art. 61, § 2º, da Lei nº 9.430/96;

É incabível a utilização da taxa SELIC no cômputo dos juros de mora, devido à sua natureza remuneratória, e porque não pode a fixação do seu percentual ser delegada a órgão da administração federal, pois a estipulação de percentual superior a 1% há de ser feita mediante lei;

Pleiteia o impugnante, ainda, para a apuração da correta base tributável, nos moldes acima descritos, a realização de diligências, bem como protesta por provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidas, inclusive a juntada posterior de documentos que, eventualmente, venha a obter;

e requer, por fim, seja o interessado notificado da data e local da sessão de julgamento por esta DRJ/SP1, para que possa assistir à sessão, pessoalmente ou por seu advogado, entregar memoriais, sustentar oralmente, etc.

A DRJ decidiu (ementa):

DILIGÊNCIA. DESNECESSIDADE. INDEFERIMENTO.

Estando o processo devidamente instruído para o julgamento administrativo, resta desnecessária a conversão do julgamento em diligência, que deve ser indeferida.

NOTIFICAÇÃO PARA ASSISTIR À SESSÃO DE JULGAMENTO. SUSTENTAÇÃO ORAL. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

Inexiste previsão legal para que o contribuinte seja notificado para assistir às sessões de julgamento ou para fazer sustentação oral. Segundo as normas vigentes a impugnação administrativa deve ser formalizada por escrito e o seu julgamento em primeira instância é realizado pelas Delegacias de Julgamento - DRJ, que são órgãos de deliberação interna.

PRELIMINAR. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

A falta de vistas ao dossiê formalizado pela fiscalização não caracteriza cerceamento ao direito de defesa, na medida em que todos os elementos necessários à elaboração da impugnação

estão presentes no conteúdo do processo administrativo de cobrança do crédito tributário.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL.

Conforme prevê a legislação de regência, caracterizam-se como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Trata-se de presunção legal, cujo efeito é inverter o ônus da prova. A exigência fiscal apenas poderá ser elidida se o contribuinte demonstrar a origem dos recursos depositados em conta corrente, conforme exige a lei.

OMISSÃO DE RECEITAS. REGIME APLICÁVEL. ARBITRAMENTO DO LUCRO.

Segundo expressa previsão legal, verificada a omissão de receita, o lançamento há de ser efetuado de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período de apuração a que corresponder a omissão, que, no caso, era o regime de lucro real anual. Descabe o arbitramento do lucro da pessoa jurídica, pois não foi considerada imprestável a escrituração do contribuinte, e por não configurada nenhuma das hipóteses legais do arbitramento.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DE DESPESAS E DE TRANSFERÊNCIAS. DUPLICIDADE DE RECEITAS. MÊS DE AUFERIMENTO DAS RECEITAS CONSIDERADAS OMITIDAS.

Não há reparos a fazer na exigência fiscal quando não demonstrada a existência das alegadas despesas que teriam deixado de ser deduzidas na apuração da base de cálculo autuada, e porque as transferências entre contas de titularidade da pessoa jurídica foram devidamente excluídas pela autoridade fiscal. Não ficaram caracterizadas as duplicidades apontadas, já que a própria falta de comprovação quanto aos depósitos bancários, fato que ensejou a autuação, impossibilita a análise da suposta duplicidade. Segundo a norma legal que instituiu a presunção legal de omissão de receitas, as receitas são consideradas auferidas no mês em que creditados os recursos nas contas bancárias.

AUTUAÇÃO REFLEXA.

O decidido quanto à exigência do IRPJ repercute, naquilo que aplicável, às autuações reflexas de CSLL, PIS e Cofins.

PIS E COFINS. RECEITAS FINANCEIRAS.

Segundo a legislação de regência, as receitas financeiras compõem a base de cálculo do PIS e da Cofins.

CONSTITUCIONALIDADE.

Não compete à DRJ apreciar alegações de ilegalidade ou inconstitucionalidade de dispositivo da legislação tributária.

FRAUDE. MULTA QUALIFICADA DE 150%.

Constatado que o contribuinte declarou a menor seus rendimentos, subtraindo sistemática e reiteradamente vultosas receitas em suas DIPJ referentes ao período autuado, resta caracterizado o evidente intuito de fraude, e cabível a multa qualificada de 150%.

FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO. AGRAVAMENTO PARA OS PERCENTUAIS DE 112,5% E DE 225%.

A falta de atendimento, no prazo marcado, às intimações para prestar esclarecimentos à fiscalização, autorizam o agravamento dos percentuais da multa de ofício.

TAXA SELIC.

Utilização da taxa SELIC para o cálculo dos juros de mora decorre de lei, que deve ser observada no lançamento efetuado pela autoridade fiscal.

A contribuinte recorre 844/938 (resumo):

Pede a nulidade do julgamento de 1.^a instância, por não ter podido fazer sustentação oral;

Houve cerceamento do seu direito de defesa, pois ao analisar as cópias obtidas do presente processo fiscal, no total de mais de 5.000 (cinco mil) folhas, verificou que não lhe foi fornecida a cópia do “dossier do contribuinte”, anteriormente solicitada à autoridade fiscal;

Que o “dossier” contém material que diz respeito diretamente ao impugnante, e que a negativa de vista de tal documento contraria os princípios do *due process of law* (devido processo legal) e da ampla defesa, bem como os preceitos da Lei nº 9.784/99;

DO MÉRITO**DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS — DA PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS**

Que o lançamento com base em extratos bancários vem sendo rechaçado pela jurisprudência, pois o fato gerador do imposto de renda é a obtenção de renda e de proventos de qualquer natureza, que não corresponde aos valores depositados nas contas correntes, já que a fiscalização não levou em conta todas as despesas incorridas para a obtenção das respectivas receitas;

À fiscalização caberia o ônus de investigar e provar a ocorrência do fato gerador, ou seja, que os depósitos bancários não explicados representariam rendas não declaradas, não se podendo considerar provados os fatos com base em presunção legal;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 04/03/2011 por MARIO SERGIO FERNANDES BARROSO, Assinado digitalmente em 09/03/2011 por ALOYSIO JOSE PERCINIO DA SILVA, Assinado digitalmente em 04/03/2011 por MARIO SERGIO FERNANDES BARROSO

Impresso em 12/08/2013 por MARIA MADALENA SILVA

Conforme o art. 36 da Lei nº 9.784/99, bem como o art. 9º do Decreto nº 70.235/72, o ônus da prova é de quem alega, sendo inadmissível a exigência de tributos com base em simples presunções, sem que a fiscalização apresente elementos comprobatórios seguros da omissão de receitas;

A fiscalização preferiu fundamentar-se nos extratos bancários, como se a escrita fosse imprestável; sendo assim, caberia o arbitramento de seu lucro, nos termos dos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.249/95 e art. 532 do RIR;

Caberia, ainda, a dedução dos custos da atividade desenvolvida pelo Impugnante, que, obviamente, não são lucro, bem como a dedução dos valores objeto de transferências bancárias;

O arbitramento do lucro haveria de tomar como base de cálculo o montante dos depósitos após a dedução dos custos da operação mercantil praticada e das transferências bancárias;

Que se considerar também que parte expressiva dos depósitos bancários efetuados em janeiro/2002 representam receitas que foram faturadas no mês anterior, fato esse não levado em conta durante a fiscalização; uma significativa parcela destes depósitos, portanto, corresponde a receitas da atividade de dezembro/2001, já tributadas;

No que se refere aos lançamentos de PIS e de Cofins, a exigência fiscal peca por incorporar as receitas financeiras à base de cálculo dessas contribuições, o que já foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal; a tributação das receitas financeiras ficou proibida até o advento da Lei nº 10.637/2002, para o PIS, e da Lei nº 10.833/2003, para a Cofins;

Há duplicidade de exigência, uma vez que nos quadros elaborados às fls. 28 do Termo de Constatação Fiscal as colunas “Depósitos/créditos não contabilizados” e “Receita escriturada” foram somadas; tal forma de apuração seria equivocada, uma vez que a fiscalização não considerou a existência, nas suas receitas escrituradas, de receitas correspondentes aos depósitos bancários objeto de autuação; tais receitas, portanto, estariam tributadas em duplicidade;

Os valores constantes dos extratos bancários não pertencem integralmente à fiscalizada, pois é prática rotineira da empresa concentrar o movimento financeiro de todas as suas lojas em contas bancárias de um mesmo CNPJ; a fiscalização, embora avisada do fato, não teria excluído da base tributada as receitas de terceiros incluídas nos depósitos bancários tributados;

As multas agravadas de 112,5% e de 225% seriam incabíveis, por falta de amparo fático e legal, uma vez que, quando se trata de imputação de multa punitiva, necessário se faz a prova *in concreto* da conduta lesiva ao Erário; a fiscalização não teria prova, somente indícios, suposições e presunções, inexistindo fraude, simulação ou intenção de lesar o fisco, não restando caracterizada a vontade do agente (conduta dolosa) a justificar o agravamento da multa, consoante se verifica em precedentes do Conselho de Contribuintes;

A multa de 150% é confiscatória, o que é vedado pelo art. 150, inc. IV, da Constituição Federal de 1988; quando muito, seria aplicável a multa de 20%, nos termos do art. 61, § 2º, da Lei nº 9.430/96;

Incabível a utilização da taxa SELIC no cálculo dos juros de mora, devido à sua natureza remuneratória, e porque não pode a fixação do seu percentual ser delegada a órgão da administração federal, pois a estipulação de percentual superior a 1% há de ser feita mediante lei;

Protesta por provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidas, inclusive a juntada posterior de documentos que, eventualmente, venha a obter.

Voto

Conselheiro Mário Sérgio Fernandes Barroso, Relator

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual dela tomo conhecimento para exame das razões trazidas pelo sujeito passivo.

DA NULIDADE DO JULGAMENTO DE 1.^a INSTÂNCIA, POR NÃO TER PODIDO FAZER SUSTENTAÇÃO ORAL

No caso, não há nulidade, pois, não há previsão para a sustentação oral ou sequer acompanhamento na 1.^a instância, e como sabemos, o servidor público só pode fazer o que a lei determina. Assim, se fosse autorizado qualquer coisa do não previsto, poderia o Delegado da DRJ ou o Presidente da Turma julgadora por autorizar acima do que previsto, responder pelo ato.

Assim, como dito não houve nulidade.

Quanto ao cerceamento, por causa do “dossier”, informo que o chamado dossier, serve apenas para dar suporte a fiscalização, e em princípio tudo o que está lá está nos autos. O importante é que o lançamento ora julgado foi baseado nas provas constantes destes autos.

No mais, socorro-me do acórdão da DRJ:

“Registre-se, apenas a título de informação, que o dossiê de execução do procedimento fiscal contém os elementos que compõem o processo administrativo fiscal, consoante se extrai da Portaria Cofis nº 40/2002, a seguir transcrito:

Art. 1º Após o encerramento dos procedimentos fiscais de que trata o art. 3º da Portaria SRF nº 3.007, de 26 de novembro de 2001, os Auditores-Fiscais da Receita Federal (AFRF), responsáveis pela execução dos mesmos, apresentarão ao respectivo Chefe de Equipe a seguinte documentação, que deverá compor o dossiê de execução do procedimento fiscal do contribuinte:

I - cópia do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) que instaurou o procedimento;

II - relatório Verificações do Processo Fiscal, emitido pelo Sistema Safira, devidamente preenchido e assinado, conforme modelo constante do Anexo Único;

III - cópia do Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário do Processo, emitido pelo Sistema Safira;

IV- cópia do Relatório Fiscal ou correspondente, que tenha embasado a lavratura de auto de infração;

V - cópia dos autos de infração lavrados, assinados pelos AFRF e pelo contribuinte ou seu representante, e demais planilhas ou demonstrativos deles integrantes;

VI – cópia da Representação Fiscal para Fins Penais, quando for o caso;

VII – cópia da Comunicação de Débitos de que trata o anexo IV da Instrução Normativa SRF nº 26, de 6 de março de 2001, ou equivalente, acompanhada da relação de bens a serem arrolados, no caso de arrolamento de bens, e a solicitação de Medida Cautelar Fiscal, se for o caso;

VIII - cópia das decisões proferidas em ações judiciais, examinadas no curso do procedimento fiscal; e IX – cópia dos formulários de alteração do prejuízo fiscal e do lucro inflacionário (Fapli), de alteração da base de cálculo negativa da contribuição social (Facs) e formulário de alteração do Sapli/Refis (FASR).

.....
Art. 6º O dossiê de execução poderá conter outros elementos e documentos, a critério do chefe da unidade da SRF, devendo ser arquivado, juntamente com o dossiê de seleção e preparo elaborado conforme o Manual de Programação, Seleção e Preparo da Ação Fiscal, pelo prazo mínimo de cinco anos, contado a partir do encerramento do procedimento fiscal, ou até a data do trânsito em julgado do respectivo processo, na esfera administrativa ou judicial, quando superior ao referido prazo.

Note-se, ainda, que após a formalização do processo administrativo fiscal, surgiu, incontestavelmente, o direito do administrado de acesso às informações nele contidas, como estatuído pelo art. 46 da Lei nº 9.784/99.

Art. 46. Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.(grifo nosso)

Aliás, o direito à vista do processo foi exercido em sua plenitude pois, segundo o que informa o próprio impugnante às fls. 635 (e conforme se verifica às fls. 628), foram extraídas cópias de todas as folhas do presente processo administrativo fiscal.

Releva anotar, por conseguinte, que não há cerceamento do direito de defesa do interessado em decorrência do não-fornecimento de cópia do dossiê, pois a exigência fiscal ora impugnada foi feita exclusivamente com base no que consta nos

presentes autos. Se é assim, o contribuinte teve ciência de todos os elementos que dão suporte à exação fiscal, permitindo, assim, que ele possa apresentar os argumentos e as provas que entender necessários para elidir a pretensão do fisco.

O julgamento de primeira instância nesta DRJ, bem assim o de segunda instância que eventualmente ocorrer nos Conselhos de Contribuintes, não têm como aproveitar qualquer informação ou prova contida no indigitado dossiê, até porque seu conteúdo é totalmente ignorado pelas autoridades julgadoras. Destarte, se tanto o contribuinte como as autoridades julgadoras ignoram o que contém o referido dossiê, não há que se falar em preterimento do direito de defesa do contribuinte, e nem tampouco em nulidade do feito fiscal.”

Assim, rejeito a preliminar de cerceamento.

DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS — DA PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS

Cumprе esclarecer que a autuação ocorreu na forma da lei, pois, é perfeitamente cabível considerar como receita omitida, em face da presunção legal juris tantum, prevista do art. 42 da Lei nº9.430, de 1996, o valor representado pelos depósitos bancários de origem não comprovada.

A própria lei quem define que os depósitos bancários, de origem não comprovada, caracterizam omissão de receita ou de rendimentos, e não meros indícios de omissão, sendo que esta presunção, a qual milita em favor do fisco, transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem dos recursos, denotando que esta presunção é relativa, ou seja, passível de prova em contrário.

A caracterização da ocorrência do fato gerador do imposto de renda não se dá pela mera constatação de um depósito bancário, considerada isoladamente, abstraída das circunstâncias fáticas, mas sim, pela falta de esclarecimentos da origem dos numerários depositados, conforme dicção literal da lei;

Há uma correlação lógica entre o fato conhecido ser beneficiado com um depósito bancário sem origem e o fato desconhecido auferir rendimentos, o que permite estabelecer a presunção legal de que o dinheiro surgido na conta bancária, sem qualquer justificativa, provém de receitas ou rendimentos não declarados;

A fiscalizada afirma que as omissões de receitas detectadas em um mês deveriam servir para justificar os depósitos ocorridos no mês seguinte. Pretende, em verdade, ver aplicado, na espécie, o critério de apuração de acréscimo patrimonial o que é inaceitável, pois os depósitos não comprovados demonstram a existência de receita não contabilizada para um determinado período, não podendo, desta forma, esta mesma receita servir de justificativa para comprovar renda auferida em época posterior.

Quanto a questão do arbitramento transcrevo o art. 287 e 288 do RIR/99:

“Art.287. Caracterizam-se também como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações (Lei nº 9.430, de 1996, art. 42).”

§1ºO valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira (Lei nº 9.430, de 1996, art. 42, §1º).

§2ºOs valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo do imposto a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos (Lei nº 9.430, de 1996, art. 42, §2º).

§3ºPara efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados os decorrentes de transferência de outras contas da própria pessoa jurídica (Lei nº 9.430, de 1996, art. 42, §3º, inciso I).

Art.288. Verificada a omissão de receita, a autoridade determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período de apuração a que corresponder a omissão (Lei nº 9.249, de 1995, art. 24).”

Assim, em princípio o lançamento deve ser no mesmo regime de tributação adotado pelo contribuinte.

O disposto no art. 47, inciso III da Lei nº 8.981/95, que assim dispõe:

“Art. 47. O lucro da pessoa jurídica será arbitrado quando:

“I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real ou submetido ao regime de tributação de que trata o Decreto-Lei nº 2.397, de 1987, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraude ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para: (Grifado)

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou

b) determinar o lucro real.

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o livro Caixa, na hipótese de que trata o art. 45, parágrafo único;”

Acredito que a recorrente tentou enquadrar os fatos na alínea a inciso II, acima, contudo, em uma simples leitura do inciso em comento observo que este inciso é dirigido para quando houver na escrituração da contribuinte indícios de fraude, erros, deficiências que a tornem imprestáveis. Nos autos não consta nenhuma prova destes requisitos, pois, a fiscalização assim, não entendeu, e nem a contribuinte provou isso.

Assim, correto foi de acordo com o art. 288 do RIR/99 o lançamento pelo regime da contribuinte Lucro Real.

A propósito a CSRF/01.03.113, no DOU em 24.09.2001 entendeu:

“IRPJ ARBITRAMENTO A falta de escrituração de contas correntes bancárias, por si só, não autoriza ao fisco proceder ao arbitramento do lucro, competindo-lhe demonstrar cabalmente, que essa falha na escrituração constitui vício insanável, que a torna imprestável para determinar o lucro real.”

O VOLUME I do Regulamento do Imposto de Renda 2005, Anotado e comentado, da FISCOSOFT EDITORA, comenta a respeito do assunto fl. 1127:

“A falta de escrituração da conta-corrente bancária, quase sempre, determina a omissão de receita e não a imprestabilidade da escrituração.”

Por fim, transcrevo parte do acórdão da DRJ:

“Contudo, não é o caso de se apurar o lucro arbitrado do contribuinte, pois a autoridade fiscal analisou a escrituração da fiscalizada e em nenhum momento entendeu que ela estaria imprestável. Ao contrário, a autuação fiscal teve por objeto diversas diferenças que foram constatadas a partir do confronto de elementos obtidos nos livros fiscais do contribuinte.

Assim, não há que se falar em vícios na escrituração, ou que o contribuinte teria deixado de apresentar os livros fiscais, ou ainda que ele não mantivesse a escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, restando incabível o arbitramento do lucro por não ocorrida nenhuma das hipóteses previstas no art. 530 do RIR/99.”

Junta-se a isso, o fato de a contribuinte em suas DIPJ registrar grandes despesas, em contradição com a não escrituração das receitas.

De fato, outras infrações como a divergência entre a receita escriturada nos livros fiscais (Livros Diário, Razão e de Apuração do ICMS) e aquela declarada em suas DIPJ 2003 e 2004, foram identificadas justamente por a escrita da contribuinte não ser imprestável.

Inexiste a alegada duplicidade em decorrência da soma das colunas “Depósitos/créditos não contabilizados” e “Receita escriturada” (fls. 532), efetuada pela autoridade fiscal para apurar o imposto exigido. A autuada afirma que nas receitas escrituradas estariam contidas algumas receitas correspondentes aos depósitos bancários objeto de autuação e, por conseguinte, haveria tributação em duplicidade.

Porém, ela apenas alega mas não traz elementos comprobatórios de sua alegação.

A falta de apresentação da documentação comprobatória por parte do contribuinte, portanto, não só impossibilita o reconhecimento da duplicidade alegada, como também confirma o acerto do procedimento fiscal ao imputar a infração de omissão de receitas.

O mesmo ocorre relativamente à alegação de que os depósitos bancários autuados incluíam valores oriundos de outras lojas, que deveriam ser, segundo entende o interessado, excluídos da presente exigência fiscal.

Da Autuação de PIS e de Cofins

Quanto à exigência relativa ao PIS e a Cofins sobre receitas financeiras item 4 do auto de infração, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) na decisão tomada no julgamento do recurso extraordinário (RE) 527602 decidiu que o novo conceito de faturamento criado por lei ordinária art. 3.º da Lei n.º 9.718/98 é inconstitucional. Assim, assiste razão a recorrente quanto a este tema.

Da Multa Agravada

Quanto à multa agravada, transcrevo passagens do Termo de Verificação Fiscal:

“Pela Intimação n.º 13 foi a fiscalizada intimada a esclarecer essa divergência corroborada com a documentação hábil de suporte. Foi ainda intimada a apresentar os Livros Registro de Salda que contenham a escrituração fiscal desse período, e que os termos de abertura e encerramento desses livros estejam devidamente formalizados e apresentar os Livros Diários e Razão que contenham os registros contábeis dos anos-calendário de 2002 e 2003, os termos de abertura e encerramento devidamente formalizados inclusive com o devido “registro no órgão competente e as Balanços Patrimoniais transcritos nesses diários devidamente assinados pelo representante legal da empresa e pelo Contador responsável pela escrituração. Em face do não atendimento dessa Intimação foi a empresa re-intimada pela Intimação n.º 14;”

“4.1.1 Após já expirado o prazo para o cumprimento do requerido nessa Intimação n.º 14 o contribuinte formalizou o

pedido de extensão do prazo por 30 dias. Pelo Termo Fiscal de intimação nº 15 foi deferido a prorrogação de prazo de 5(cinco) dias que novamente não foi cumprido;

4.1.2 Pela Intimação nº. 16 reportando às Intimações nº. 11, 12, 13, 14 e 15 que não foram atendidas foi concedido o prazo de 5(cinco) dias para apresentar os elementos descritos nessas Intimações bem como as alterações do contrato social desde o ano calendário de 2002. Até o presente momento nada foi atendido.”

“Considerando as informações prestadas pelas fontes pagadoras na DIRF - Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte, anos-calendário de 2002 a 2003, resumidas e detalhadas no anexo à Intimação nº. 11, foi a fiscalizada intimada a esclarecer o critério de registro utilizado para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ e das contribuições, tendo em vista que somente na DIPJ 2003, AC 2002, Item 24 - Outras Receitas Financeiras, da Ficha 06A - Demonstrativo do Resultado consta a declaração do valor de R\$ 4.859,98, e apresentar as correspondentes comprovantes. Foi reintimada pela Intimação nº. 16 e até o presente momento a fiscalizada não se manifestou sobre o fato intimado.”

A multa aplicada nos autos, tem natureza punitiva e está prevista na Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 44, I, § 2º, 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;

(...)

*§ 2º As multas a que se referem os incisos I e II do caput passarão a ser de **cento e doze inteiros e cinco décimos por cento** e duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente, nos casos de **não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação** para: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (grifei)*

*a) **prestar esclarecimentos**; (Incluída pela Lei nº 9.532, de 1997)*

*b) **apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, com as alterações introduzidas pelo art. 62 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991**; (Incluída pela Lei nº 9.532, de 1997)*

*c) apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38.
(Incluída pela Lei nº 9.532, de 1997)*

Como vemos, a recorrente não atendeu no prazo marcado por diversas vezes para prestar esclarecimento incorrendo no § 2.º do art. 4, contudo, a turma entendeu não estar demonstrado que o não atendimento teve o intuito de procrastinar ou dificultar a fiscalização.

Assim, me curvo ao entendimento da turma para este caso específico.

DA MULTA QUALIFICADA

Quanto à multa qualificada de 150% prevista para os casos de evidente intuito de fraude, aplicada nas infrações 001, 003 e 004 do Auto de Infração de IRPJ, e seus reflexos, foi correta a penalidade imposta pela autoridade fiscal.

O conjunto de elementos acostados aos autos, revelam que o contribuinte omitiu receitas em suas DIPJ de forma sistemática e reiterada (anos-calendários de 2002 e 2003), a demonstrar o seu evidente intuito de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, incorrendo na hipótese prevista no inc. I, do art. 71, da Lei nº 4.502/64.

Quanto a questão da presunção, a muito superada pela doutrina transcrevo a ementa que inclusive mantém a condenação, para o caso de presunção.

A Sétima Turma do TRF da 1.ª Região por unanimidade negou provimento a apelação, em 14 de maio de 2010. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral:

*“PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INC. I, DA LEI 8.137/1990. LEI COMPLEMENTAR 105/2001 E LEI 10.174/2001. IRRETROATIVIDADE PENAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. NORMAS TRIBUTÁRIAS PROCEDIMENTAIS. APLICAÇÃO IMEDIATA. RETROATIVIDADE PERMITIDA. ART. 144, § 1º, DO CTN. **DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO DECLARADA. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. PRESUNÇÃO ADMITIDA.** ART. 42 DA LEI 9.430/1996. **DOLO ESPECÍFICO.** AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA.I - Não implica violação do princípio da irretroatividade penal (art. 5º, inc. XL, da CF) a quebra de sigilo bancário, para efeitos fiscais, de dados relativos a período anterior à entrada em vigor da Lei Complementar 105/2001, considerando que suas normas têm natureza tributária, e não penal.II - A Lei 10.174/2001 e a Lei Complementar 105/2001 **contêm normas tributárias de natureza procedimental, que,***

consoante o art. 144, § 1º, do CTN, têm aplicação imediata, alcançando também fatos pretéritos, inclusive para a quebra de sigilo bancário, sem que haja ofensa à irretroatividade da lei tributária. Precedentes do STJ.III - A ausência de comprovação da origem de valores creditados em conta bancária, mediante documentação hábil e idônea, cria presunção, ainda que relativa, de que houve omissão de rendimentos (art. 42 da Lei 9.430/1996), inclusive para fins de enquadramento no tipo previsto no art. 1º, inc. I, da Lei 8.137/1990, porquanto, embora no direito penal a presunção seja admitida apenas em benefício do réu, este não pode ser colocado acima da lei, favorecendo-se por não cumpri-la.IV - Para a configuração do delito art. 1º, inc. I, da Lei 8.137/1990, é necessário que o agente tenha omitido informações com o fito de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo ou contribuição social, ou seja, é imperiosa a presença do dolo específico.V - Comprovadas a autoria e materialidade do crime do art. 1º, inc. I, da Lei 8.137/1990, bem como a presença do elemento subjetivo do tipo, é de ser mantida a condenação.VI - Apelação a que se nega provimento.”

Quanto a inconstitucionalidades, tipo confisco, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária.

Quanto à taxa Selic, temos:

Súmula CARF N.º 4

“A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.”

Em face do exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso para, excluir do item 4 do auto de infração (omissão de receitas financeiras) os valores de PIS e da Cofins, e cancelar o agravamento da multa.

Sala das Sessões, em 14 de dezembro de 2010

Mário Sérgio Fernandes Barroso

Processo nº 19515.003094/2007-81
Acórdão n.º **1103-00.363**

S1-C1T3
Fl. 11

CÓPIA