



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

**Processo n°** 19515.005687/2009-44  
**Recurso n°** 999999 Voluntário  
**Acórdão n°** **1401-000.823 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**  
**Sessão de** 05 de julho de 2012  
**Matéria** IRPJ/Reflexos  
**Recorrente** AC COMÉRCIO CONFECÇÕES E SERVIÇOS DE PRODUTOS PARA DANÇA LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA -IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005

**NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. REQUISITOS ESSENCIAIS.**

Tendo sido regularmente oferecida a ampla oportunidade de defesa, com a devida ciência do auto de infração, e não provada violação das disposições previstas na legislação de regência, restam insubsistentes as alegações de nulidade do auto de infração e do procedimento Fiscal.

**OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.**

A Lei n° 9.430, de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de receita com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o contribuinte titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

**ARBITRAMENTO DO LUCRO.** Correto o arbitramento do lucro do contribuinte quando regularmente intimado a apresentar livros contábeis/fiscais, documentação suporte, declarações de ajuste da empresa, todos eles exigidos pela lei, não o faz, deixando de apresentá-los. Não havendo a possibilidade de determinação do lucro real, impõe-se apuração pela forma do lucro arbitrado

**MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.**

Aplica-se a multa de ofício qualificada de 150% quando caracterizado que ocorreu prática reiterada de omissão de valores cuja expressividade evidencia uma conduta consistente no tempo destinada a não registrar receitas auferidas que se oferecidas à tributação excluiriam a empresa do SIMPLES.

**PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.**

As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei.

#### INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

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

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS - COFINS – CSLL. Estende-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade e, quanto ao mérito, NEGAR provimento ao recurso nos termos do voto do relator.

*(assinado digitalmente)*

Jorge Celso Freire da Silva – Presidente

*(assinado digitalmente)*

Antonio Bezerra Neto – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Bezerra Neto, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Moises Giacomelli Nunes da Silva, Sergio Luiz Bezerra Presta e Jorge Celso Freire da Silva. Ausente momentaneamente o Conselheiro Maurício Pereira Faro.

## Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão nº 16-25.147, da 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo I-SP.

Por economia processual, adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância:

### DO PROCEDIMENTO FISCAL

1. Decorrente do trabalho de fiscalização realizado na pessoa jurídica indicada, relativo aos anos-calendário de 2004 e 2005, foram lavrados em 14/12/2009 os autos de infração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (fls. 693 a 698), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (fls. 741 a 746), da Contribuição para o PIS (fls. 710a715) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (fls. 727 a 732). O crédito tributário total lançado foi de R\$ 9.821.053,60 (nove milhões, oitocentos e vinte e um mil, cinquenta e três reais e sessenta centavos), conforme abaixo demonstrado:

IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA	1.306.733,53
JUROS DE MORA	762.790,48
MULTA PROPORCIONAL	1.128.388,90
TOTAL IRPJ	3.197.912,91
(...)	
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	9.821.053,60

2. Os fatos apurados pela Autoridade Lançadora estão descritos no "TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL Nº 010" de fls. 678 a 682, a seguir sintetizados.

3. A Autoridade Lançadora informa que a programação fiscal objetivou a verificação da regularidade dos registros contábeis e fiscais da movimentação financeira da empresa nos anos de 2004 e de 2005.

4. O Contribuinte foi intimado e reintimado a apresentar livros e documentos contábeis e fiscais, mas esses não foram apresentados. **Os extratos bancários foram apresentados pelo Contribuinte.**

5. O Contribuinte apresentou para os anos de 2004, 2005, 2006 declarações no formulário do "SIMPLES". Essas foram canceladas em decorrência da sua exclusão do sistema SIMPLES, conforme processo administrativo nº 19515.001360/2008-12. Por esse motivo, a empresa foi na presente fiscalização intimada a apresentar declarações DIPJs para os anos de 2004 a 2007, mas novamente não atendeu à intimação.

6. Sobre a origem dos créditos em contas correntes bancárias, o Contribuinte informou que os documentos comprobatórios da origem dos valores

creditados nas contas relacionadas na intimação fiscal haviam sido extraviados, razão pela qual seria impossível atender à exigência fiscal.

7. O Contribuinte também informou que o livro razão e o diário tinham sido extraviados.

8. De posse dos extratos bancários apresentados pelo próprio Contribuinte, foi realizada pela Fiscalização a segregação dos créditos previamente identificados como operações mercantis ("RELAÇÃO DOS CRÉDITOS EM CONTA CORRENTE DECORRENTES DE FATURAMENTO") daqueles de origem não identificada ("RELAÇÃO DOS CRÉDITOS DIVERSOS EM CONTA CORRENTE").

9. O Contribuinte foi então intimado a justificar a origem dos valores acima e também a apresentar a documentação hábil e idônea para a devida comprovação.

10. Transcorrido o prazo concedido ao Contribuinte, conforme já relatado, foi informado do extravio dessa documentação.

11. Diante da falta de apresentação dos livros diário, razão, caixa, bem como dos documentos relativos aos anos calendário de 2004 e de 2005, a Autoridade Fiscal arbitrou os lucros do Contribuinte com base nos créditos apurados junto às suas contas bancárias. Os valores identificados nos extratos bancários como cobranças de títulos, descontos de duplicatas, cartões de crédito/débito, foram considerados decorrentes de "operações mercantis" e tratados como "omissão de receitas". Os depósitos, transferências, DOCs, TEDs, etc, foram tratados como "outros créditos" e considerados para efeito de tributação como "presunção de omissão de receitas".

Enquadramento legal:

IRPJ - Art. 27, I, e 42 da Lei nº 9.430/96; Arts. 530, III, 532 e 537, todos do RIR/99.

CSLL - Arts. 2o e §§ da Lei nº 7.689/88; art. 24 da Lei nº 9.249/95, art. 29 da Lei nº 9.430/96; art. 37 da Lei nº 10.637/02.

PIS - Arts. 1o e 3o da LC nº 07/70; art. 24, § 2o, da Lei nº 9.249/95; arts. 2o, I, "a", e parágrafo único, 3o, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524/02.

COFINS - Arts. 2o, II, e parágrafo único, 3o, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524/02.

14. Informa a Autoridade Fiscal às fls. 682 e 751 dos autos que elaborou Representação Fiscal para fins Penais (processo nº 19515.005688/2009-99), decorrente da apuração de omissão de receitas decorrentes de "operações mercantis".

#### DA IMPUGNAÇÃO

15. Cientificada do auto de infração em 14/12/2009, o Contribuinte ora Impugnante apresentou impugnação às fls. 752 a 770 em 13/01/2010, na qual fez a defesa a seguir sintetizada.

16. Inicialmente, a Impugnante afirmou que a pretensão da Fiscal de obrigá-la ao recolhimento da exação em debate encontra-se eivada de vícios, pois não foi demonstrada a efetiva omissão de receita suscitada pela Fiscalização.

17. Para defender a sua tese, argumentou que a descrição minuciosa dos fatos, bem como os demonstrativos hábeis a esclarecer o critério adotado para apurar o montante de receitas omitidas, não se destinam a comprovar o acréscimo patrimonial da Impugnante, o que representa manifesto cerceamento à garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, conforme disposto no art. 5º, LV, da CF/88.

18. A Impugnante, acerca dos princípios atacados, passa a citar entendimentos doutrinários de diversos juristas sobre a questão.

19. Para a Impugnante, a simples elaboração de fluxo financeiro mensal não é suficiente para atender as exigências dispostas na legislação vigente, não restando apontado o acréscimo patrimonial percebido pela Impugnante e, assim, a ocorrência do fato gerador dos tributos em questão, os quais têm seus respectivos fatos geradores baseados na receita percebida pelo contribuinte.

20. Em seguida, disse que o art. 43 do CTN determina que a base de cálculo do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica e não simplesmente receitas apontadas em extratos bancários. O fato gerador do imposto é o acréscimo patrimonial, assim, é evidente que nem todo o ingresso financeiro implicará em sua incidência.

21. O art. 153, inciso III, da CF/88 refere-se a "rendas ou proventos de qualquer natureza" e não a receitas. Dessa forma, não é possível dar ao dispositivo infraconstitucional sentido que desborde da norma de competência, sob pena de inconstitucionalidade. Além disso, o legislador infraconstitucional não pode alterar os conceitos utilizados pelas normas constitucionais^ outorgam competências. A riqueza que a Constituição Federal permite que venha a ser tributada pelo imposto de renda é justamente a variação para mais do patrimônio do contribuinte, o que será apurado mediante a comparação de balanços.

22. Dessa forma, não pode haver tributação sobre renda fictícia ou apuração por meio de presunções, ficções ou pseudo correções monetárias, as quais mascaram a realidade ao invés de refletirem os índices efetivos de depreciação da moeda.

23. O art. 219 do RIR/99, ao fixar a base de cálculo do imposto de renda em lucro real, presumido ou arbitrado, deve ser interpretado em conjunto com os princípios da generalidade, universalidade e progressividade, que, juntamente com o da capacidade contributiva e da "não - confiscatoriedade" informam a tributação pelo imposto de renda.

24. • No presente caso, a única prova apresentada pela Fiscalização para demonstrar a omissão de receitas da Impugnante nos anos de 2004 e de 2005 residem em documentos parciais, consubstanciados na análise de extratos bancários, dos quais se depreende a receita auferida pela Impugnante, fato este que revela a fragilidade das alegações suscitadas pela Autoridade Fiscal.

25. Sobre a impossibilidade de promover a autuação fiscal de omissão de receitas baseada exclusivamente na apresentação de extratos bancários, a Impugnante citou entendimento doutrinário e julgamentos do Conselho de Contribuintes favoráveis a sua tese.

26. A Impugnante, em seguida, defendeu a não aplicação da multa de ofício por ter ela caráter confiscatório, o que ofende o parágrafo 1º do art. 145 e o art. 150, IV, ambos da CF/88 (princípio da capacidade contributiva e vedação de utilização de tributo com efeito de confisco). Citou doutrina favorável exposta.

27. Dos argumentos expostos, requereu que o acolhimento da defesa apresentada, a fim de que seja julgado improcedente o auto de infração conta ele lavrado.

A DRJ , por unanimidade de votos, julgou procedentes os lançamentos, nos termos da ementa que se transcreve:

*ASSUNTO: IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA - IRPJ*

*Ano-calendário: 2004, 2005*

*DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITA. Caracterizam-se omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. A presunção legal de omissão de receita inverte o ônus da prova, incumbindo ao autuado elidir de forma cabal a acusação fiscal. Não o fazendo, presume-se a omissão conforme determina a legislação.*

*ARBITRAMENTO DO LUCRO. Correto o arbitramento do lucro do contribuinte quando regularmente intimado a apresentar livros contábeis/fiscais, documentação suporte, declarações de ajuste da empresa, todos eles exigidos pela lei, não o faz, deixando de apresentá-los. Não havendo a possibilidade de determinação do lucro real, impõe-se apuração pela forma do lucro arbitrado.*

*LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO. Ocorrida infração a dispositivo legal inserto em lei tributária, é cabível a cominação da multa de ofício punitiva prevista para o caso.*

*ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADES E/OU ILEGALIDADES. A apreciação de alegações de inconstitucionalidades e/ou ilegalidades é de exclusiva competência do Poder Judiciário. Matérias que as questionam não são apreciadas na esfera administrativa.*

*CSLL. PIS. COFINS. DECORRÊNCIA. O decidido quanto ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica aplica-se, mutatis mutandis, à tributação decorrente dos mesmos fatos e elementos de prova.*

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs recurso voluntário ao CARF, repisando os tópicos trazidos anteriormente na impugnação.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator.

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, a autuação envolveu omissão de receitas por presunção legal a partir de depósitos bancários cuja origem não foi comprovada, bem assim devido à sua própria natureza, envolveu também omissão direta de receitas onde foram considerados os valores levantados pelos extratos bancários referentes a cobrança de títulos, descontos de duplicatas, cartões de crédito/débito,, devido à sua própria natureza (R\$ 4.505.227,48 e de R\$ 5.735.820,30).

Apesar de já ter sido excluída do Simples em outro procedimento fiscal, continuou nesse regime como se nada tivesse acontecido. Após intimada por diversas vezes não apresentou escrituração para que fosse determinado o seu Lucro Real, alegando extravio de sua escrituração, tendo por isso seu lucro apurado segundo as regras do lucro arbitrado, correspondente aos anos-calendário de 2004 e 2005

### Preliminar de nulidade

Preliminarmente, a recorrente imputa o presente AI com o vício da nulidade, por conter, pois não foi demonstrada a efetiva omissão de receita e o acréscimo patrimonial suscitados pela Fiscalização, representando manifesto cerceamento do contraditório e da ampla defesa.

Apenas para um melhor esclarecimento sobre o assunto, transcreve-se o dispositivo que rege a matéria no processo administrativo fiscal. Prescreve o art. 59 do Decreto 70235/72 com a nova redação dada pela Lei 8748/93:

*Art. 59 - São nulos:*

*I- os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;*

*II- os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa;*

Por conseguinte, considera-se nulo o ato, se praticado por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, não tendo se caracterizado quaisquer das situações, pois não se põe em dúvida a competência do autor, nem há que se falar em preterição do direito de defesa, vez que os fatos apurados foram descritos com o respectivo enquadramento legal, e levados ao conhecimento, da autuada, levando a mesma a defender-se plenamente através da peça impugnatória acostada aos autos.

O que se vê foi um grande empenho da fiscalização em cumprir o seu papel e somente após inúmeras negativas do Contribuinte de apresentar sua escrituração, é que procedeu ao arbitramento dos lucros, utilizando extratos bancários apresentados pelo próprio Contribuinte, procedimento esse previsto na legislação tributária.

Conforme muito bem observado pela DRJ, o procedimento fiscal iniciou-se em 02/10/2008 e terminou em 14/12/2009, período de um ano e dois meses, onde se deflagrou os seguintes Termos de Intimação Fiscal:

TERMO	FL.	DATA
TERMO DE INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL	003	02/10/2008
TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL n° 0002	005	07/10/2008
TERMO DE REINTIMAÇÃO FISCAL n° 0003	007	24/11/2008
TERMO DE REINTIMAÇÃO FISCAL n° 0004	013	06/03/2009
TERMO DE REINTIMAÇÃO FISCAL n° 0005	015	06/05/2009
TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL n° 0006	017	04/06/2009
TERMO DE REINTIMAÇÃO FISCAL n° 0007	020	14/08/2009
TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL n° 0008	026	21/08/2009
TERMO DE REINTIMAÇÃO FISCAL n° 0009	028	16/10/2009
TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL N° 010	678	14/12/2009

Acrescente-se que, quando muito, em se admitindo o fato da autoridade lançadora ter cometido algum engano com relação à matéria de fato, enquadramento legal e a sua subsunção à norma, tratar-se-ia então de questão de mérito e não de preliminar de nulidade. E como ficará bem demonstrado mais adiante, nem mesmo isso aconteceu.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade suscitada

## MÉRITO

### **PRESUNÇÃO LEGAL - Depósitos Bancários Sem Comprovação da Origem dos Recursos**

O art. 42, da Lei nº 9.430/1996 é cristalino ao determinar que a omissão de receitas pode ser caracterizada por meio de valores creditados em conta de depósito mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Ora, como se vê da descrição dos fatos, a empresa não apresentou documentação que comprovasse a origem dos recursos daqueles diversos depósitos. Com efeito, sequer os contabilizou ou os declarou. A recorrente não logrou comprovar, através de documentação hábil e idônea, coincidentes em datas e valores, a ligação dos recursos recebidos

em conta bancária e o seu discurso apresentado. Na verdade, a interessada ao invés de tentar provar os fatos alegados, se limita a tecer considerações de direito, no sentido de enfraquecer o lançamento por ter sido lastreado apenas em presunções.

Em verdade, a argumentação da recorrente denota um total desconhecimento da existência do art. 42 da Lei nº 9.430-96 que representa um verdadeiro marco em termos de presunção legal de omissão de receitas, *verbis*:

*LEI nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 - DOU de 30.12.96*

*“Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.*

Tratando-se de uma presunção legal de omissão de rendimentos, o ônus da prova fica invertido, a autoridade lançadora exime-se de provar no caso concreto a sua ocorrência, transferindo o ônus da prova à contribuinte. O contribuinte, por sua vez, não logrando êxito nessa tarefa que se lhe impunha, como ocorre no caso presente, tem-se a autorização para considerar ocorrido o fato gerador, ou seja, por presunção legal se toma como verdadeiro que os recursos depositados representam rendimentos do contribuinte. Por se tratar de uma presunção relativa *juris tantum*, somente a apresentação de provas hábeis e idôneas pode refutar a presunção legal regularmente estabelecida.

Feitas tais digressões e, evidenciada a absoluta licitude do estabelecimento das presunções legais, cumpre dizer que, em relação aos anos-calendário **2004 e 2005**, as alegações trazidas pelo contribuinte mostram-se despropositadas, visto que, o simples fato da existência de depósitos bancários com origem não comprovada é, por si só, hipótese presuntiva de omissão de receitas, cabendo ao sujeito passivo a prova em contrário que, conforme dito, não as apresentou.

Ao fisco cabe provar o fato constitutivo do seu direito, no caso em questão, a existência de depósito bancário sem origem comprovada. À recorrente, comprovar a origem desses depósitos.

Outrossim, o dispositivo legal acima citado supramencionado é válido e vigente em nosso ordenamento jurídico, dando respaldo à autuação praticada pela Autoridade Fiscal.

Por diversas vezes em seu recurso, a Recorrente aponta ilegalidades e inconstitucionalidades no auto de infração guerreado que gravitariam em torno do art. 42 da Lei n. 9.430/96.

Quanto à esse aspecto reitere-se, a autoridade administrativa é vinculada a lei válida e vigente, não cabendo a este órgão do Poder Executivo deixar de aplicá-las, encontrando óbice, inclusive na Súmula nº 2 deste CARF, *in verbis*:

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

Portanto, mantenho o lançamento nesse item.

### **Omissão direta de Receitas - Descontos Bancários-cobranças e outros**

Como se sabe o desconto de duplicatas é uma operação financeira em que a empresa entrega determinadas duplicatas, geralmente de sua emissão, para o banco e este lhe antecipa o valor em conta corrente, cobrando juros antecipadamente.

Em consonância com a Lei nº 5.474/68 (Lei das Duplicatas), a duplicata, título de crédito causal, só cabe ser emitida a partir da entrega das mercadorias ou da prestação dos serviços. Portanto daí se presume que, com a emissão da mesma houve a prestação de serviços, pois a emissão daquele título de crédito causal supõe ou pressupõe a prestação de serviços.

Embora a propriedade dos títulos negociados sejam transferidos para a instituição, a empresa é co-responsável pelo pagamento dos mesmos em caso de não liquidação pelo devedor. Neste caso, a instituição financeira leva a débito em conta corrente da empresa o valor de face do título não liquidado.

### **Tratamento Contábil**

Os montantes de face das duplicatas descontadas são contabilizadas em uma conta redutora do ativo circulante inserida em um subitem da conta de “duplicatas a receber”. Esta conta recebe o nome de “duplicatas descontadas”, apresentando sempre saldo credor.

A conta "duplicatas descontadas" apresenta a seguinte função na operação de desconto:

- a) é creditada, pelo valor de face dos títulos, no momento em que é efetuada a operação de desconto e a instituição financeira faz o crédito em conta corrente da empresa;
- b) é debitada no momento da liquidação do título pelo devedor ou quando a instituição financeira leva a débito em conta corrente da empresa por falta de pagamento por parte do devedor.

Os encargos financeiros debitados pela instituição financeira devem ser contabilizados como "encargos financeiros a transcorrer", já que se tratam de despesas antecipadas, sendo debitada por ocasião do desconto e creditadas no momento em que a despesa é incorrida, observando-se o regime de competência.

**Como se vê, tipo de financiamento é feito através de um título causal (duplicatas) que por sua vez tem por base receitas operacionais da empresa, cujo fluxo financeiro é bem captado contabilmente .**

Como tais receitas operacionais não foram contabilizadas por meio das notas fiscais associadas às respectivas duplicatas, patente está a omissão de receitas.

Não trouxe um único lançamento contábil amparado em documentos hábeis e idôneos de forma a confirmar de uma vez por toda a hipótese acima referida, apesar das oportunidades que lhe foram concedidas.

Outrossim, em relação à cobrança de títulos, cartões de crédito/débito, também cabe aqui o mesmo tratamento, pois pela sua própria natureza, não são presunções de omissão de receitas, mas sim omissão direta de receita, e nada foi contraposto a isso.

Portanto, quanto a esse item nego provimento ao recurso.

**Impossibilidade de arbitramento em função de alegado caso fortuito ou força maior**

O arbitramento foi necessário em função da falta de possibilidade de se alcançar o lucro real, bem assim da imprestabilidade da escrita contábil, conforme dá conta o Termo de Constatação Fiscal.

Sustenta a empresa que a não apresentação desses documentos se deu, não por culpa sua, mas por questões de força maior, ou seja, teve sua contabilidade e documentos extraviados.

O art. 264 do vigente Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, dispõe:

*“Art. 264. A pessoa jurídica é obrigada a conservar em ordem, enquanto não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, os livros, documentos e papéis relativos a sua atividade, ou que se refiram a atos ou operações que modifiquem ou possam vir a modificar sua situação patrimonial (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 4º).*

*§ 1º Ocorrendo extravio, deterioração ou destruição de livros, fichas, documentos ou papéis de interesse da escrituração, a pessoa jurídica fará publicar, em jornal de grande circulação do local de seu estabelecimento, aviso concernente ao fato e deste dará minuciosa informação, dentro de quarenta e oito horas, ao órgão competente do Registro do Comércio, remetendo cópia da comunicação ao órgão da Secretaria da Receita Federal de sua jurisdição (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 10).” (grifei)*

De observar que o supracitado dispositivo legal elenca as providências que o contribuinte, ante a destruição dos seus livros, deve adotar como elementos de prova de suas alegações.

No caso que se cuida, prova não há de que o estabelecimento do contribuinte foi vitimado, muito menos de que seus livros tenham sido destruídos.

Mesmo que o sinistro tivesse ocorrido durante ou após os fatos geradores, o que se cogita à guisa de esclarecimento, a prova necessária de sua ocorrência configurar-se-ia com a adoção de todas as providências especificadas na norma.

Nesse contexto, tendo sido excluída do Simples e não tendo apresentado escrita contábil, correto o procedimento da fiscalização de arbitrar o seu lucro com base na receita conhecida e omitida.

Portanto, mantenho o arbitramento.

**Multa Qualificada (150%) – Prática reiterada**

Conforme relatado:

35. Observe-se, ainda, que constam às fls. 069 a 104 dos autos, as declarações canceladas do Contribuinte (PJSI 2005/2004 e PJSI2006/2005) feitas pelo SIMPLES, onde podemos notar que não foram declaradas receitas para o ano-calendário de 2004 (em qualquer dos meses; Receita Bruta Acumulada Total de R\$ 0,00 no ano). Para o ano-calendário de 2005, **foram declaradas receitas ao longo do ano e uma Receita Bruta Acumulada Total de R\$ 38.408,72. Esses valores são totalmente incompatíveis com a movimentação bancária levantada pela Fiscalização, que apurou os valores de R\$ 4.505.227,48 e de R\$ 21.229.851,89 para o ano de 2004 e de R\$ 5.735.820,30 e de R\$ 24.976.336,51 para o ano de 2005 (fl. 681). (grifei)**

Assoma claro nos autos que a empresa, de forma intencional e reiterada, buscou ocultar receitas com o fim de eximir-se do devido recolhimento dos tributos, o que caracteriza ação dolosa visando a impedir ou retardar o conhecimento da obrigação tributária por parte da Fazenda Pública, nos termos do art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, adiante reproduzido:

*“Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:*

*I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;*

*II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.”*

Nestes termos, como nos autos está devidamente evidenciado que o contribuinte, ao longo de vários anos, omitia receitas de forma contínua e reiterada, em valores substancialmente mais elevados do que os montantes declarados, não se pode chegar a outra conclusão que não seja a de que o que houve, concretamente, foi conduta tendente a manter ao largo da tributação o montante dos seus ganhos auferidos. **Acresça-se isso ao fato de que tal estratégia permitia que a recorrente se beneficiasse de um regime de tributação favorecida (SIMPLES), que lhe seria naturalmente vedado se declarasse as receitas efetivamente auferidas.**

Apesar de o caso concreto não se amparar apenas na chamada “prática reiterada” de omissão de receitas, a existência dessa, para mim, por si só, já constitui condição suficiente para a caracterização do evidente intuito de fraude. É que pauto o meu sistema de referência em cima da impossibilidade epistemológica (limites do conhecimento) de se caracterizar o evidente “intuito” de fraude nos termos postos por alguns julgados. Parto do princípio de que não se deve nunca interpretar uma lei quando o resultado dessa exegese leve a absurdos tais como o de imaginar que o dolo ou “o evidente intuito de fraude” devam ser extraídos da mente do sujeito passivo e não das circunstâncias fáticas que permeiam todo o contexto onde a prática aconteceu. É o elemento objetivo que se deve procurar e daí, a partir dele, valendo-se do raciocínio lógico e probabilístico, extrair aquilo que o impregna: o elemento subjetivo (dolo).

Dessa forma, a prática de omitir receitas por 2(dois) anos de forma reiterada (elemento objetiva) e em montantes bastante superiores ao declarado denota concretamente o “evidente intuito de fraude”. Não se pode aqui imaginar que o agente que pratica “erros” de forma contínua por um longo tempo não possua a intenção de retardar/impedir ou afetar as características essenciais da ocorrência do fato gerador.

Diante desse contexto, deve ser mantida a multa qualificada de 150%.

### **Multa confiscatória**

Sobre a arguição de ser confiscatória a multa aplicada, cumpre gizar que ao julgador administrativo, que se encontra totalmente vinculado aos ditames legais, mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN), não é dado apreciar questões – como a de que a multa fiscal seria confiscatória – que importem a negação de vigência e eficácia do preceito legal válido e vigente. Tal prática encontra óbice, inclusive na Súmula nº 2 deste CARF:

*Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (PORTARIA MF N.º 383 – DOU de 14/07/2010).*

### **Lançamentos Reflexos**

Por estarem sustentados na mesma matéria fática, os mesmos fundamentos devem nortear a manutenção das exigências lançadas por via reflexa.

Por todo o exposto, rejeito a preliminar de nulidade e, quanto ao mérito, NEGO provimento ao recurso.

*(assinado digitalmente)*

Antonio Bezerra Neto