



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

Processo n° 19515.720343/2012-64
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-001.750 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 30 de julho de 2014
Matéria OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS
Recorrente BOM CHARQUE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA (DENOMINAÇÃO ATUAL: NOVA CARNE COMERCIAL LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL).
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/03/2007, 30/06/2007, 30/09/2007, 31/12/2007

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não há que se cogitar de nulidade do lançamento quando emitido por autoridade competente e observados os requisitos constitucionais, legais e, em especial, o quanto previsto na legislação que rege o processo administrativo fiscal (art. 59 do Decreto nº 70.235/72).

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa quando os termos e demonstrativos integrantes das autuações oferecem à Impugnante todas as informações relevantes para sua defesa, o que resta confirmado através de impugnação na qual demonstra conhecer plenamente os fatos que lhe foram imputados.

DILIGÊNCIA. PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. INDEFERIMENTO.

A diligência não se presta para produzir provas de responsabilidade da parte. Tratando-se da comprovação de origem de depósitos bancários, a prova deveria ser produzida pela parte, sendo desnecessária a realização de diligência. Ademais, a solicitação de diligência ou perícia deve obedecer ao disposto no inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, competindo à autoridade julgadora indeferir aquelas que julgar prescindíveis.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/03/2007, 30/06/2007, 30/09/2007, 31/12/2007

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INOCORRÊNCIA.

Verificado que o procedimento adotado pela fiscalização encontra fundamento na Lei Complementar nº 105/01 e no Decreto nº 3.724/01, não há de ser cogitada quebra de sigilo bancário, muito menos ilegal.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS E VALORES CREDITADOS EM CONTA BANCÁRIA. ORIGEM NÃO COMPROVADA. ÔNUS DA PROVA.

A Lei nº 9.430/96, em seu art. 42, estabeleceu a presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta corrente ou de investimento.

OMISSÃO DE RECEITAS. DETERMINAÇÃO DO IMPOSTO. REGIME DE TRIBUTAÇÃO.

Verificada a omissão de receita, o imposto a ser lançado de ofício deve ser determinado de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

A ausência de apresentação de livros e documentos implica o arbitramento dos lucros.

LANÇAMENTOS REFLEXOS.

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

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/03/2007, 30/06/2007, 30/09/2007, 31/12/2007

MULTA AGRAVADA. NÃO APRESENTAÇÃO DE LIVROS E EXTRATOS BANCÁRIOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO LANÇAMENTO. INAPLICABILIDADE.

Demonstrado que o contribuinte respondeu às intimações, bem como, demonstrada impossibilidade material de apresentação de livros e documentos, não há que se falar em agravamento da penalidade. A ausência de apresentação de extratos bancários não pode dar ensejo à exasperação da penalidade, uma vez que não se trata de documento de posse obrigatória dos contribuintes. Ademais, ausente prejuízo ao exercício do lançamento, improcede o agravamento da penalidade.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa SELIC.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo nº 19515.720343/2012-64
Acórdão n.º **1402-001.750**

S1-C4T2
Fl. 1.875

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, por voto de qualidade dar provimento parcial ao recurso para reduzir a multa ao percentual de 75%. Vencidos os Conselheiros Carlos Pelá, Moisés Giacomelli Nunes da Silva e Paulo Roberto Cortez que davam provimento em maior extensão para excluir os juros de mora sobre a multa de ofício.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo de Andrade Couto e Paulo Roberto Cortez.

Relatório

NOVA CARNE COMERCIAL LTDA, recorre a este Conselho contra a decisão proferida pela DRJ em primeira instância que julgou improcedente a impugnação apresentada, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235, de 1972 (PAF).

Adoto o relatório da decisão recorrida por bem retratar o litígio até aquele momento:

1. Conforme Termo de Constatação Fiscal de fls. 1289/1294, trata-se de crédito lançado pela Fiscalização contra o Contribuinte acima identificado (optante da sistemática do lucro presumido), em relação ao período de fevereiro a dezembro do ano-calendário de 2007, vez que no procedimento fiscal foi constatada omissão de receitas, o que resultou na lavratura de Autos de Infração (acompanhados de demonstrativos de apuração dos valores devidos e demonstrativos de acréscimos legais – multa e juros), fls. 1342/1368.

1.1. Em atendimento à determinação contida no Mandado de Procedimento Fiscal (fls. 03), o cumprimento teve início com a emissão do respectivo Termo de Ciência de MPF e de Início de Fiscalização (intimação – 01) com ciência por edital em 15/06/2011 (pois a empresa não foi localizada no endereço constante do cadastro da RFB) e por via postal, no novo endereço do Contribuinte informado à Junta Comercial, recebido em 06/05/2011 (fls. 06/19).

1.2. Além do supramencionado, destacam-se do processo os seguintes Termos lavrados durante o procedimento Fiscal e respectivas respostas da Fiscalizada:

1.2.1. Termo de ciência de MPF e de início de fiscalização (intimação –02) encaminhados ao endereço constante do cadastro da RFB e ao endereço obtido via Junta Comercial, recebido neste pela via postal em 09/06/2011 (fls. 30/36; 37/42).

1.2.2. Pelo não atendimento, emitido Termo de Embaraço à Fiscalização, publicado por edital e também com ciência dada pela via postal, recebido pelo contribuinte em 03/08/2011 (fls. 43/48; 50/51).

1.2.3. Anota-se que o endereço tributário do Contribuinte junto à RFB foi alterado de ofício por meio do processo nº 19.515.720.676/2011-11 (fls. 49) e as intimações passaram a ser encaminhadas e recebidas no endereço atualizado, coincidente com aquele informado à Junta Comercial de São Paulo e no qual o contribuinte recebeu as intimações.

1.2.4. Ainda, durante o procedimento fiscal, emitidas as intimações n.ºs. 03, 04 e 05 (fls. 52/66; 94/108 e 112/113) especialmente para o período de janeiro de 2007; intimações n.ºs 06, 07 e 08 (fls. 114/160; 259/260 e

263/313) relativas ao período de fevereiro a dezembro/07, sendo que todas estas foram encaminhadas para, além do contribuinte, também para aos responsáveis solidários identificados no Termo de Constatação (fls. 1291, a saber: GM Rio Bonito Participações Ltda, Geraldo Antonio Prearo, Carlos Macedo de Miranda e Ernesto Fabossi). Destaca-se que nas intimações nº 06 e 08 foi solicitada comprovação da origem dos créditos bancários e, ainda, nestas, foi indeferido o pedido de prorrogação de prazo para apresentação de documentos e informado que a DIPJ 2008, ano calendário 2007 retificadora, entregue após o início da ação fiscal seria desconsiderada, tendo em vista a perda de espontaneidade com o início do procedimento fiscal, nos termos do disposto no art. 7º, § 1º e inciso I do Decreto nº 70.235/72.

1.2.5. As respostas do Contribuinte foram juntadas às fls. 20 (datada de 23/05/2011); 67/68 (de 02/01/2012); 69/93 (de 04/01/2012); 109/111 (de 16/01/2012), 161/167 (de 03/02/2012); 261 (de 13/02/2012) nas quais, além de citar a composição societária, juntar cópia do contrato social e alterações contratuais, informa que a empresa encontra-se em recuperação judicial e solicita, de forma reiterada, prazo para apresentação de documentos, alegando, inclusive, que estaria em negociação para elaboração dos arquivos magnéticos solicitados. Ainda, solicitada permissão para entrega de declaração de imposto retificadora – DIPJ 2007/2008 e, mesmo diante da negativa, informa que em 03/02/2012 enviou a DIPJ de 2008 e de 2009, juntando cópia das Notificações de Lançamento - multas por atraso na entrega de declaração da DIPJ 2008 e da DIPJ 2009 e, posteriormente, pleiteia que seja desconsiderada a DIPJ inicialmente entregue.

1.3. Em 14/09/2011, tendo em vista as condições do procedimento fiscal e com fundamento no art. 6º da Lei Complementar nº 105 de 10/01/2001, regulamentado pelo Decreto nº 3.724/01, foram requisitadas informações sobre a movimentação financeira do Contribuinte ao Banco Bradesco S/A (fls. 314/315), atendida conforme ofício às fls. 316/317 e documentos, fls. 318/632 (Bradesco); ao Banco do Brasil S/A (fls. 633/634; fls. 911), ofício-resposta às fls. 635 e documentos às fls. 636/728 e 912;952; ao Banco Itaú S/A (fls. 729/730), resposta às fls. 731/732 e documentos às fls. 733/888; ao Banco Nossa Caixa S/A (fls. 889/890), documentos, em atendimento, fls. 891/910; fls. 953/962; ao Banco Real S/A (fls. 963/964), informações às fls. 965/967 e documentos às fls. 968/1181; ao Banco Rural S/A (fls. 1182/1183), resposta às fls. 1184 e documentos às fls. 1185/1204; ao Banco Safra S/A (fls. 1205/1206), resposta às fls. 1207 e documentos às fls. 1208/1276.

1.4. Às fls. 1277/1288, juntada cópia da DIPJ 2007/2008 entregue em 21/10/2009 onde consta o lucro presumido como forma de tributação indicada pelo Contribuinte e nenhum valor informado em todas as fichas da declaração.

2. Além de tudo o até aqui descrito, do conteúdo narrado no Termo de Constatação Fiscal, datado de 24/02/2012 (fls. 1289/1294), e dos elementos acostados aos autos, destacam-se os seguintes fatos, documentos e informações:

2.1. Inicialmente a autoridade Fiscal identifica a empresa e seus responsáveis (Carlos Macedo de Miranda, CPF nº 061.733.068-91 e Ernesto Fabossi, CPF nº 059.239.728-91, assim como os sócios atuais, Geraldo Antonio Prearo, CPF nº 015.636.198-14 e GM Rio Bonito Participações Ltda, CNPJ nº 08.106.806/0001-70) e o domicílio fiscal, inclusive quanto à alteração realizada de ofício.

2.2. Anota, quanto ao regime de tributação, que para o ano-calendário 2007, conforme DIPJ entregue, a opção foi pelo lucro presumido e a pretensão do Contribuinte no sentido de ser desconsideração da DIPJ-2008 entregue em 19/10/2009 foi indeferida, conforme intimação-07 e 08, ciência em 11/02/2012 e 16/02/2012, respectivamente.

2.3. Sumariza as intimações e demais termos ocorridos no curso do procedimento fiscal, aqui acima relatados.

2.4. Quanto à movimentação financeira do Contribuinte no ano-calendário 2007, identifica as instituições financeiras e respectivas requisições de informações (também supramencionadas).

2.5. Quando da análise dos créditos dos extratos bancários apresentados, reitera que a Fiscalizada não prestou esclarecimentos nem apresentou os elementos solicitados nas intimações, dentre os quais os extratos bancários de suas transações no período objeto da fiscalização e, em decorrência, foram obtidas as informações junto às Instituições financeiras por meio de “Requisição de Informações Sobre Movimentação Financeira”.

2.5.1. A partir dos extratos bancários, foram analisados todos os créditos efetuados nas contas do Contribuinte. Os créditos cuja origem não foi possível identificar foram relacionados no anexo 01 da intimação-06, visando que o Interessado esclarecesse a origem e apresentasse o respectivo documento de suporte, assim como demonstrasse, por meio dos livros e documentos contábeis, sua efetiva tributação. Esgotado o prazo sem atendimento, pela intimação-08 a Fiscalizada foi convocada a justificar a origem dos créditos não comprovados, mas não apresentou quaisquer documentos e informações, apenas solicitou prorrogação do prazo e alteração do regime de tributação.

2.6. Assim, os créditos bancários de origem não comprovada foram considerados omissão de receitas conforme preceitua o art. 42 da Lei nº 9.430/96 e art. 18 da Lei nº 9.317/96.

2.7. Ainda, como o Contribuinte não atendeu o quanto solicitado por meio de diversas intimações, foi aplicada a penalidade prevista no art. 44, inciso I, § 2º da Lei nº 9.430/96.

2.8. Consta que os valores das receitas omitidas estão detalhados no Anexo-01 do Termo de Constatação (fls. 1295/1338) e os montantes do imposto de renda e contribuições a pagar estão descritos no Auto de Infração, do qual o Termo de Constatação e Anexo fazem parte integrantes e indissociáveis.

2.9. Apontados como solidários dos créditos tributário apurados, nos termos dos arts. 124, 134 e 135 da Lei nº 5.172/66, os sócios Carlos Macedo de Miranda, CPF nº 061.733.068-91 e Ernesto Fabossi, CPF nº 059.239.728-91, assim como os sócios atuais, Geraldo Antonio Prearo, CPF nº 015.636.198-14 e GM Rio Bonito Participações Ltda, CNPJ nº 08.106.806/0001-70.

3. O Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário do Processo, fls. 02/03 e 1123/1124, informa que o valor total do crédito apurado no presente processo é de **R\$ 18.923.348,82** (dezoito milhões, novecentos e vinte e três mil, trezentos e quarenta e oito reais e oitenta e dois centavos), incluídos o principal, multa e juros.

4. Para cada um dos tributos devidos (IRPJ/CSLL/Cofins/PIS) foram lavrados os seguintes Autos de Infração em 24/02/2012 (cujas cópias foram enviadas ao Contribuinte, fls. 1370/1 pela via postal, "AR" recebido em 25/02/2012) assim como, compõe cada Auto, o demonstrativo de apuração e também o respectivo demonstrativo de multa e juros de mora.

- Imposto de Renda Pessoa Jurídica: valor de crédito apurado: R\$ 5.570.416,42; Auto de Infração, fls. 1342/1345 e demonstrativos às fls. 1339/1341;

- Contribuição para o PIS/Pasep: valor de crédito apurado: R\$ 1.836.283,71; Auto de Infração, fls. 1350/1353 e demonstrativos às fls. 1346/1349;

- Contribuição para Financiamento da Seguridade Social: valor de crédito apurado: R\$ 8.475.156,56; Auto de Infração, fls. 1358/1361 e demonstrativos às fls. 1354/1357;

- Contribuição Social sobre o Lucro Líquido: valor de crédito apurado: R\$ 3.041.492,10; Auto de Infração, fls. 1365/1368 e demonstrativos às fls. 1362/1364.

4.1. Anota-se que o enquadramento legal da multa de aplicada é o artigo 44, Inciso I, e § 2º da Lei nº 9.430/1996 com a redação dada pelo art. 14 da MP 351/07 (112,5%) e, para os fatos geradores a partir de 15/06/2007, artigo 44, inciso I e § 2º da Lei nº 9.430/1996 com a redação dada pelo art. 14 da Lei 11.488/07; o enquadramento legal dos juros de mora aplicado é o artigo 61, § 3º, da Lei nº 9.430/1996.

4.2. O Termo de Encerramento da Ação Fiscal, datado de 24/02/2012, também enviado pela via postal ao pelo Contribuinte – fls. 1370/1, foi juntado às fls. 1369.

5. Foram lavrados e juntados os seguintes Termos de Sujeição Passiva Solidária, todos datados de 24/02/2012 e enviados aos respectivos interessados:

5.1. Fls. 1372/1375, Carlos Macedo de Miranda, sócio ao tempo dos fatos geradores, “AR” recebido em 25/02/2012;

5.2. Fls. 1376/1379, Ernesto Fabossi, sócio ao tempo dos fatos geradores, “AR” recebido em 25/02/2012;

5.3. Fls. 1380/1383, Geraldo Antonio Prearo, sócio atual, “AR” recebido em 29/02/2012 e

5.4. Fls. 1384/1387, GM Rio Bonito Participações Ltda, sócia atual, “AR” recebido em 25/02/2012.

6. Apenas o Contribuinte autuado apresentou, tempestivamente (fls. 1558), impugnação à autuação (razões às fls. 1390/1432). A impugnação foi instruída com a cópia dos seguintes documentos (fls. 1433/1553): procuração; documentos pessoais dos advogados; contrato e alterações do contrato social; ficha cadastral da JUCEP; Termo de Constatação; Demonstrativo de Apuração, Auto de Infração, Termo de Encerramento, Termos de Sujeição Passiva; respostas de intimações; protocolo de entrega de documentos; homologação do acordo e deferimento do plano de recuperação judicial; MPF; Notificação de Lançamento (multa por atraso de entrega de DIPJ). Em síntese, as alegações impugnativas são:

6.1. Inicialmente a Impugnante resume os fatos e o conteúdo de Termo de Constatação.

6.2. Em preliminar, alega nulidade da autuação por violação ao art. 5º, LV da Constituição Federal.

6.2.1. Argumenta que foi ferido seu direito à ampla defesa. Afirma que quando recebeu intimação em seu domicílio respondeu a todas as intimações, justificou que por motivo de “força maior” não teria apresentado os documentos solicitados, em razão de encontrar-se em recuperação judicial deferida em Rio Verde – Goiás, estando os documentos naquela cidade, com o administrador judicial. Acrescenta que pediu, mas lhe foi negado, prorrogação de prazo para a referida apresentação e que, ainda assim, apresentou parte da documentação. Entretanto, o Auditor-Fiscal efetuou o lançamento nestas condições e, por estas razões, este deve ser anulado.

6.2.2. Ainda em preliminar, alega violação ao mesmo dispositivo constitucional - art. 5º e seus incisos -, no tocante à quebra de seu sigilo bancário inclusive expressamente reconhecido pela autoridade Fiscal em seu Termo de Constatação. Destaca que os dados foram obtidos ilegitimamente, sem autorização judicial e em contrariedade ao que vem decidindo os tribunais, inclusive o STF.

6.2.3. Em terceira preliminar, alega ilegitimidade e impropriedade da atribuição da solidariedade passiva de GM Rio Bonito Participações Ltda e Geraldo Antonio Prearo. Aponta que nenhum deles teve interesse comum na ocorrência dos fatos geradores e que somente Carlos e Ernesto eram sócios em 2007. Acrescenta que GM e Geraldo ingressaram na

sociedade em 12/02/2008 e assim, por este motivo, também pretende a anulação da autuação.

6.3. No mérito, ressalta que foi intimada a apresentar documentos em endereço distinto ao constante da JUCESP e que, a partir do recebimento das intimações em seu domicílio correto respondeu às intimações.

6.3.1. Reitera a argumentação de “força maior” para justificar a não apresentação da documentação, argumenta que não pode ser penalizada pelas intimações encaminhadas a endereço diverso daquele informado à JUCESP e que solicitou dilação de prazo para atendimento, o que não foi deferido pelo Auditor-Fiscal.

6.3.2. Defende que não havia necessidade do lançamento naquele momento, inclusive pela inexistência do risco de decadência.

6.3.3. Retoma e discorre sobre o lançamento ter sido pautado em dados bancários obtidos ilegalmente.

6.3.4. Alega estranheza na entrega, por pessoa desconhecida e desautorizada, da DIPJ 2007/2008 com a opção de lucro presumido e sem movimentação. Neste sentido, afirma ser flagrante o erro, pois sempre apresentou declaração pelo lucro real e que somente a partir de 2009 optou pelo lucro presumido, o que entende reforçar que os dados inicialmente apresentados eram equivocados e ilegítimos. Acrescenta que promoveu a entrega da DIPJ 2007/2008 pelo lucro real após tomar conhecimento da irregularidade.

6.3.5. Pleiteia a conversão do julgamento em diligência para que toda a documentação exigida possa ser verificada.

6.3.6. Transcreve o item “02.08” do Termo de Constatação – que trata da análise dos créditos dos extratos bancários apresentados – e, com fundamento no art. 42 da Lei 9.430/96, entende que os dados utilizados pela Autoridade Fiscal não se prestam para serem considerados como base de cálculo, argumentando sobre a ilegitimidade da quebra de sigilo bancário.

6.3.7. Retoma as mesmas considerações sobre força maior que impossibilitaram a apresentação da documentação durante o procedimento fiscal e afirma que suas movimentações bancárias são lícitas e legítimas.

6.3.8. Aponta o inciso I do § 3º do retrocitado dispositivo legal para lembrar que não serão consideradas as transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica e, assim, estas não deveriam ser incluídas.

6.3.9. A Impugnante também contesta a multa aplicada trazendo à colação a Súmula nº 14 do CARF. Discorre que não teve intuito de fraude.

6.4. Conclui pela inaplicabilidade do art. 18 da Lei nº

inaplicabilidade do art. 42 da Lei nº 9.430/96, quanto à penalidade prevista no art. 44, I, § 2º.

6.5. Argumenta no sentido de ilegitimidade do cálculo do Imposto de Renda, pois teve como base em informações errôneas (declaração pelo lucro presumido).

6.6. Requer, por último, perícia na documentação exigida e, para tanto, indica perito e um quesito inicial (fls. 1429/1430).

6.7. Em conclusão, requer sejam acatadas as preliminares e, assim, declarada a nulidade de autuação com o reconhecimento da nulidade da exigência tributária. Ainda, não sendo este o entendimento, requer que o julgamento seja convertido em diligência, com realização de perícia e, por fim, que seja julgado improcedente o Auto de Infração, afastando-se a sujeição solidária passiva de GM Rio Bonito Participações Ltda e Geraldo Antonio Prearo.

O contribuinte foi cientificado da decisão em 29 de janeiro de 2013 (fl. 1620). Os coobrigados também foram intimados da decisão de primeira instância. Em 31 de janeiro de 2013 foi apresentado recurso voluntário pelo contribuinte (fls. 1622-1657). Não identifiquei nos autos recursos voluntários apresentados pelos coobrigados.

É o relatório.

Voto

Conselheiro FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Relator.

O recurso é tempestivo. Preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Deixa-se de analisar as questões atinentes à responsabilização dos coobrigados mantidos no polo passivo pela decisão recorrida, haja vista não só a ausência de recursos por eles apresentados, mas também a falta de discussão do tema no recurso apresentado pelo contribuinte.

1 SIGILO BANCÁRIO E NULIDADE

Em primeiro lugar, cumpre-se esclarecer que, embora o Recorrente alegue que o lançamento guerreado baseou-se, além dos extratos bancários obtidos diretamente pela RFB, também de “extratos informados pela fiscalização tributária estadual”, o lançamento sob litígio não faz qualquer menção a informações obtidas junto ao Fisco Estadual, sendo tal matéria absolutamente estranha aos autos.

A respeito da suposta quebra de sigilo bancário, convém reforçar que o parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, estabelece que as informações e documentos obtidos pela RFB junto às instituições financeiras serão conservados em sigilo.

No mesmo sentido, o mesmo diploma legal estabelece em seu art. 1º, § 3º, VI, que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos seus arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 10.

Como bem asseverou a autoridade julgadora de primeira instância:

Para preservar a inviolabilidade do direito constitucional que as pessoas têm à intimidade e à privacidade, preceitua o § 5º do art. 5º da precitada LC que: "As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor". Relativamente ao sigilo fiscal, vigora o art. 198 do Código Tributário Nacional, lei materialmente complementar, que, no seu caput, de acordo com a nova redação atribuída pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, assim dispõe: "Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades". Portanto, as informações bancárias sigilosas são transferidas à administração tributária da União sem perderem a proteção do sigilo.

Ademais, no que tange às questões que envolvem princípios constitucionais e inconstitucionalidade de leis apontadas pelo Recorrente, seu mérito não pode ser analisado por este Colegiado. Essa análise foge à alçada das autoridades administrativas,

que não dispõem de competência para examinar hipóteses de violações às normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico nacional.

Deve-se observar que as supostas ofensas aos princípios constitucionais levam a discussão para além das possibilidades de juízo desta autoridade. No âmbito do procedimento administrativo tributário, cabe, tão somente, verificar se o ato praticado pelo agente do fisco está, ou não, conforme à lei, sem emitir juízo de constitucionalidade das normas jurídicas que embasam aquele ato. Ademais, o próprio Regimento Interno do CARF, em seu art. 62, dispõe que “*Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.*” O caso concreto não se enquadra nas exceções elencada no parágrafo único de tal dispositivo regimental, portanto, as normas atacadas são de aplicação cogente aos membros do CARF.

Por fim, sobre a matéria este Conselho já pacificou seu entendimento por meio da Súmula nº 2, cujo teor é o seguinte:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Argumenta também a Recorrente que o procedimento fiscal seria nulo em razão de suposta precipitação na “quebra” de seu sigilo bancário.

A nulidade no processo administrativo fiscal é regulada pelos arts. 59 a 61 do Decreto 70.235, de 06 de março de 1972, e alterações posteriores, abaixo transcritos:

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.

§ 1.º. A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2.º. Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3.º. Quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Acrescido pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio. (grifo nosso)

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

A despeito do já exposto, no caso concreto não há qualquer dúvida quanto à ausência de prejuízo ao contribuinte, tanto que, conseguiu defender-se plenamente.

Nesse aspecto, frise-se que a possibilidade de defesa foi amplamente viabilizada pela descrição dos fatos realizada pela autoridade fiscal.

Portanto, no caso em concreto, não há que se falar em cerceamento de defesa, não havendo qualquer prejuízo ao pleno exercício do contraditório e ampla defesa, aliás, prejuízo esse primordial à caracterização de nulidade, conforme apregoa o art. 60 do Decreto nº 70.235/72: “As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior **não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo**”.

Ademais, além de não restar configurada quebra do sigilo bancário, conforme já exposto, o contribuinte deixou de atender às intimações do Fisco que, baseado na Lei Complementar nº 105, de 2001, e no Decreto nº 3.724, de 2001, procedeu à obtenção de seus extratos bancários diretamente junto às instituições financeiras.

Assim sendo, sob os aspectos formais, não há qualquer mácula nos autos de infração lavrados.

No mais, o agir da autoridade fiscal se deu no desempenho das funções estatais, de acordo com as normas legais e com respeito a todas as garantias constitucionais e legais dirigidas aos contribuintes.

Desse modo, rejeito preliminar de nulidade.

2 DO PEDIDO DE DILIGÊNCIA/PERÍCIA

O interessado requereu em sua impugnação a realização de diligência/perícia a fim de demonstrar que grande parte dos recursos movimentados em suas contas correntes diz respeito a valores estranhos ao seu faturamento. O pedido foi indeferido pela decisão recorrida de forma fundamentada.

O recurso voluntário apresentado repete o pedido de diligência/perícia.

O inciso IV do art. 16 e o art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972 (com a redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748, de 1993), assim dispõem:

Art. 16 – A impugnação mencionará:

[...]

IV – As diligências ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 09/12/93).

§ 1º – Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso

IV do art. 16. (parágrafo introduzido pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 09/12/1993).

[...]

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

Assim, tanto a perícia quanto a diligência objetivam a comprovação de elementos ou fatos que o contribuinte não pôde trazer aos autos.

No caso ora examinado trata-se da exigência de tributos sobre suposta omissão de receitas baseada em presunção legal insculpida no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Para elidir a presunção de omissão de receitas baseadas em depósitos bancários bastaria ao recorrente demonstrar que determinados depósitos possuíam origem em operação que não denotava a auferição de renda. Tanto em sua impugnação, quanto em sede de recurso voluntário, o contribuinte limitou-se a argumentar de que muitos dos depósitos não se referiam à renda, sem trazer à baila elementos suficientes que pudessem comprovar suas alegações. Os créditos realizados em sua conta bancária que foram passíveis de identificação de origem, diversa de renda, foram excluídos da exação já no julgamento de primeira instância.

Dessa forma, resta demonstrada a desnecessidade de diligência e perícia, uma vez que, conforme dispõe o inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, compete à autoridade julgadora indeferir aquelas que julgar prescindíveis.

Diante do exposto, indefiro os pedidos de diligência e perícia.

3 DA OMISSÃO DE RECEITAS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

A Recorrente é acusada de omissão de receita, caracterizada pela falta de comprovação da origem dos depósitos/créditos efetuados em suas contas bancária, tendo por base legal o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, que assim dispõe:

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.

Tal dispositivo legal estabeleceu uma presunção de omissão de receitas, autorizando a exigência de imposto de renda e de contribuições correspondentes, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

A Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN), recepcionada pela nova Constituição, consoante artigo 34, § 5º, do Ato das Disposições Transitórias, define,

em seus artigos 43, 44 e 45, o fato gerador, a base de cálculo e os contribuintes do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. De acordo com o artigo 44, a tributação do imposto de renda não se dá só sobre rendimentos reais, mas, também, sobre rendimentos arbitrados ou presumidos por sinais indicativos de sua existência e montantes. Esses artigos assim dispõem:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

Art. 45. Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.

Parágrafo único. A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.

A presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem dos recursos utilizados para efetuar os depósitos bancários. Trata-se, afinal, de presunção relativa, passível de prova em contrário.

É função do Fisco, entre outras, comprovar o crédito dos valores em contas de depósito ou de investimento e intimar o titular da conta bancária a apresentar os documentos, informações e esclarecimentos, com vistas à verificação da ocorrência de omissão de receitas de que trata o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Contudo, a comprovação da origem dos recursos utilizados nessas operações é obrigação do contribuinte.

Não comprovada a origem dos recursos, tem a autoridade fiscal o poder e o dever de considerar os valores depositados em conta bancária como receita, efetuando o lançamento do imposto e contribuições correspondentes. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do princípio da legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente seguir a legislação.

Dessa forma, detectadas irregularidades que conduzem à presunção de omissão de receita, por imposição legal e por ser a atividade de lançamento vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, conforme parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional, cabe à fiscalização efetuar o lançamento de acordo com a legislação aplicável ao caso.

A Recorrente foi intimada a comprovar, com documentação hábil e idônea, a origem dos valores depositados/creditados nas suas contas corrente.

A comprovação da origem dos créditos em suas contas, para a turma julgadora de primeira instância, foi realizada de forma parcial.

Em relação aos créditos que se consideram não comprovados, as meras alegações não possuem o condão de comprovar a origem dos valores depositados ou creditados em suas contas bancárias.

Nesse contexto, impende concluir que competia ao contribuinte provar a veracidade do que afirmou, nos termos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (texto legal que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), art. 36:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.

No mesmo sentido dispõe o art. 330 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC):

*Art. 333. O ônus da prova incumbe:
[...]
II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*

Corroborando tal tese, convém transcrever jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Allegare nihil et allegatum non probare paria sunt — nada alegar e não provar o alegado, são coisas iguais. (Habeas Corpus nº 1.171-0 — RJ, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 4, (39): 211-276, novembro 1992, p. 217)

Alegar e não provar significa, juridicamente, não dizer nada. (Intervenção Federal Nº 8-3 — PR, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 7, (66): 93-116, fevereiro 1995. 99)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – APOSENTADORIA – NEGATIVA DE REGISTRO – TRIBUNAL DE CONTAS – ATOS ADMINISTRATIVOS NÃO COMPROVADOS – ART. 333, INCISO II, DO CPC – PAGAMENTO DOS PROVENTOS DE NOVEMBRO/96 E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO DAQUELE MESMO ANO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULAS 269 E 271 DA SUPREMA CORTE – 1. O ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, do Código de Processo Civil). Incumbe às Secretarias de Educação e da Fazenda a demonstração de que a professora havia sido notificada da suspensão de sua aposentadoria. (STJ

– ROMS 9685 – RS – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 20.08.2001 – p. 00538)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IMPOSTO DE RENDA – VERBAS INDENIZATÓRIAS – FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO – NÃO INCIDÊNCIA – COMPENSAÇÃO – AJUSTE ANUAL – ÔNUS DA PROVA – O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe ao contribuinte comprovar a ocorrência de retenção na fonte do imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias e à Fazenda Nacional incumbe a prova de eventual compensação do imposto de renda retido na fonte no ajuste anual da declaração de rendimentos. Recurso provido. (STJ – REsp 229118 – DF – 1ª T. – Rel. Min. Garcia Vieira – DJU 07.02.2000 – p. 132)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – EMBARGOS DO DEVEDOR – NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO – IMPRESCINDIBILIDADE – ÔNUS DA PROVA – 1. Imprescindível a notificação regular ao contribuinte do imposto devido. 2. Incumbe ao embargado, réu no processo incidente de embargos à execução, a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333, II). 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp 237.009 – (1999/0099660-7) – SP – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 27.05.2002 – p. 147)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IRPF – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – VERBAS INDENIZATÓRIAS – RETENÇÃO NA FONTE – ÔNUS DA PROVA – VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL CONFIGURADA – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA – SÚMULA 13/STJ - PRECEDENTES – Cabe ao autor provar que houve a retenção do imposto de renda na fonte, por isso que é fato constitutivo do seu direito; ao réu competia a prova de eventual compensação na declaração anual de rendimentos dos recorrentes, do imposto de renda retido na fonte, fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor – Incidência da Súmula 13 STJ – Recurso especial conhecido pela letra a e provido. (STJ – RESP 232729 – DF – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 18.02.2002 – p. 00294)

De acordo com o parágrafo único do artigo 142 do Código Tributário Nacional, a autoridade administrativa encontra-se submetida ao estrito cumprimento da legislação tributária, estando impedida de examinar outras questões como as suscitadas pelo Contribuinte em seu recurso, uma vez que às autoridades tributárias cabe aplicar a lei e obrigar seu cumprimento.

O princípio da legalidade, assentado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e o previsto no parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional, vinculam a atividade do lançamento à lei, sob pena de responsabilidade funcional.

No caso concreto, dado que a administração tributária apenas exerceu o poder/dever de tributar, conferido pela Constituição Federal e institucionalizado pela legislação infraconstitucional de regência da matéria.

Por fim, cabe ressaltar que o tema já foi pacificado no âmbito do processo administrativo fiscal com a edição da Súmula 26 do CARF, a seguir transcrita: “A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.”

A respeito da Súmula 182 por vezes citadas pelos recorrentes, convém ressaltar, primeiramente, que não foi expedida por qualquer Tribunal Regional Federal, mas sim pelo extinto Tribunal Federal de Recursos. Ademais, referia-se à legislação já revogada (art. 6º, § 5º, da Lei nº 8.021/90), portanto, não aplicável ao art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Desse modo, não há reparos a fazer quanto ao decidido pela turma *a quo*, ainda mais considerando-se que o Recorrente não trouxe qualquer novo elementos aos autos que pudesse alterar a conclusão atacada.

4 LANÇAMENTOS DECORRENTES

Os lançamentos do Programa de Integração Social - PIS, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL foram lavrados em decorrência da omissão de receita apurada.

Assim, na parte em que foi mantido o lançamento quanto ao IRPJ, e não tendo fatos ou argumentos novos a ensejar conclusão diversa, é de se manter também essas exigências, ante a íntima relação e causa e efeito.

Há disposição legal expressa de que a receita omitida seja incluída na base de cálculo da CSLL, PIS e COFINS, conforme dispõe o § 2º do art. 24 da Lei nº 9.249/1995, *verbis*:

Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária 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-base a que corresponder a omissão.

§ 2º. *O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para a seguridade social - COFINS e da contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP.*

Diante do exposto, os lançamentos reflexos devem ser parcialmente mantidos, excluindo-se das bases de cálculo os valores referentes aos empréstimos, conforme já analisado.

5 DA MULTA AGRAVADA POR FALTA DE ATENDIMENTO ÀS INTIMAÇÕES

A Recorrente alega ser improcedente a aplicação da multa de 112,5% em razão da ausência de fraude e má-fé.

De fato a autoridade fiscal não vislumbrou a ocorrência de dolo, pois, caso contrário, a penalidade aplicada seria a prevista no art. 44, I, c/c § 1º, da Lei nº 9.430, de 1996, qual seja, a penalidade de 150%.

Contudo, caso reste demonstrado que o contribuinte respondeu às intimações, bem como, demonstrada a impossibilidade material de apresentação de livros e documentos, não há que se falar em agravamento da penalidade, conforme determina o § 2º do art. 19 da Lei nº 3.470, de 1958, com a redação dada pelo art. 71 da Medida Provisória nº 2.158/2001-35. No caso concreto, restou comprovado que a documentação solicitada estava à disposição do juízo responsável pela recuperação judicial, devendo tal peculiaridade ser levada em consideração no que tange à exasperação da penalidade. Nesse cenário, entendo que não deva prevalecer o agravamento aplicado pela autoridade fiscal.

Do mesmo modo, a ausência de apresentação de extratos bancários não pode dar ensejo à exasperação da penalidade, uma vez que não se trata de documento de posse obrigatória dos contribuintes. Ademais, ausente prejuízo ao exercício do lançamento, improcede o agravamento da penalidade.

6 DO ARBITRAMENTO

Conforme já relatado, o contribuinte apresentou declaração - DIPJ em branco -, e, intimado a apresentar livros contábeis, fiscais e documentos pertinentes, deixou de fazê-lo+

No que atine ao regime de tributação, a Recorrente alegou houve transmissão de DIPJ/2007/2008 com opção incorreta de tributação e em branco (lucro presumido, quando deveria ser lucro real), contudo tal declaração teria sido transmitida por pessoa desconhecida e desautorizada.

A esse respeito, assim manifestou-se a decisão recorrida:

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

Autenticado digitalmente em 24/08/2014 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 24/08/2014 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 09/09/2014 por LEONARD O DE ANDRADE COUTO

Impresso em 10/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Além da versão apresentada – pessoa desconhecida e desautorizada - ser de difícil credibilidade de ocorrência (e que se real ensejaria medidas sérias de apuração provocadas pelo Contribuinte que não afirmadas nem comprovadas), consoante informado pela Autoridade Fiscal nas intimações 07 e 08, com o início do procedimento fiscal há a perda da espontaneidade o que acarreta a impossibilidade da mudança de informações anteriormente prestadas. Neste sentido é o parágrafo único do art. 138 do CTN.

Observa-se que a regra - para as pessoas jurídicas sujeitas ao regime do lucro real - é de não poder alterar a forma de tributação de trimestral para anual, e vice-versa, na forma disciplinada pelo art. 3º da Lei nº 9.430, de 1996, sendo a opção sempre irretratável para todo o ano-calendário. A opção pela forma de tributação anual será manifestada com o pagamento do imposto correspondente ao mês de janeiro ou de início de atividade.

Acréscita-se que o art. 13, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, diz textualmente que a opção pela tributação com base no lucro presumido será definitiva em relação a todo o ano-calendário. No que se refere ao pagamento da CSLL, o § 5º do art. 15 da IN-SRF nº 390, de 30.1.2004, diz taxativamente que a opção por uma das formas de tributação será também irretratável para todo o ano-calendário.

Nas condições do presente caso (saber, existindo procedimento fiscal), inclusive é inviável a alteração da forma de tributação prevista no ordenamento via processo administrativo fiscal, onde o contribuinte tem que comprovar efetivamente, e de forma inequívoca, que houve “erro de fato”.

Ainda, conforme consulta ao arquivo informatizado da RFB observa-se que o Contribuinte não efetuou recolhimentos durante o ano de 2007 e a DIPJ 2007/2008 questionada foi apresentada fora do prazo, somente em 21/10/2009 – após o deferimento da recuperação judicial (fls. 1515/1518, em 29/09/2009) e, mesmo conhecendo a resposta do Fisco sobre a imprestabilidade de uma nova declaração para alterar o resultado do procedimento fiscal em curso, ainda assim, o Contribuinte transmitiu, em 03/02/2012, declaração retificadora de sua DIPJ 2007/2008 que nenhum valor teve para a autuação nem terá para o deslinde do presente caso, pelos motivos anteriormente articulados.

Quanto à autuação, há que ser ponderado que a receita bruta auferida decorreu das omissões do Contribuinte relatadas no Termo de Constatação Fiscal, fls. 1289/1294.

Assim, realizado o arbitramento porque apesar do Contribuinte estar autorizado a optar pela tributação com base no lucro presumido – ou no lucro real, este deixou de cumprir obrigações acessórias, neste caso, de apresentar os livros da sua escrituração comercial.

A fundamentação legal para a apuração da base de cálculo pelo critério do arbitramento encontra amparo no art. 519, § 1º, III; art. 527, I e parágrafo único; art. 530, III e 532, todos do RIR/99, a saber:

Art. 519. *Para efeitos do disposto no artigo anterior, considera-se receita bruta a definida no art. 224 e seu parágrafo único.*

§ 1- Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de (Lei nº 9.249, de 1995, art. 15, § 1o):

III - trinta e dois por cento, para as atividades de:

a) prestação de serviços em geral, exceto a de serviços hospitalares;

b) intermediação de negócios;

c) administração, locação ou cessão de bens, imóveis, móveis e direitos de qualquer natureza.

Art. 527. A pessoa jurídica habilitada à opção pelo regime de tributação com base no lucro presumido deverá manter (Lei n- 8.981, de 1995, art. 45):

I- escrituração contábil nos termos da legislação comercial;

II - Livro Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término do ano-calendário;

III- em boa guarda e ordem, enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, todos os livros de escrituração obrigatórios por legislação fiscal específica, bem como os documentos e demais papéis que serviram de base para escrituração comercial e fiscal.

Parágrafo único. O disposto no inciso I deste artigo não se aplica à pessoa jurídica que, no decorrer do ano-calendário, mantiver Livro Caixa, no qual deverá estar escriturado toda a movimentação financeira, inclusive bancária (Lei nº 8.981, de 1995, art. 45, parágrafo único).

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

...

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.

Art. 532. O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, observado o disposto no art. 394, § 11, quando conhecida a receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 e seus parágrafos, acrescidos de vinte por cento (Lei 9.249, de 1995, art. 16, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 27, inciso I). Grifamos.

Não há reparos a se fazer a tais conclusões.

Isso posto, correto o arbitramento de lucros levado a efeito pela autoridade fiscal.

7 DA INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Por fim, alegou o contribuinte que a cobrança de juros sobre a multa de ofício seria ilegal.

Observa-se, inicialmente, que a questão tem sido objeto intenso debate pela Câmara Superior, haja vista que, num lapso de poucos meses, ocorreram votações em sentidos opostos, ambos decididos por maioria apertada de votos, como se verifica dos acórdãos nº 9101-00539, de 11/03/2010, e nº 9101-00.722, de 08/11/2010.

Abstraindo-se de argumentos finalísticos, como o enriquecimento ilícito do Estado, os quais fogem à alçada deste tribunal administrativo, conforme determina a Súmula CARF nº 2, expõe-se os fundamentos considerados suficientes para justificar a cobrança nos presentes autos, com espelho no acórdão nº 9101-00539, de 11/03/2010, de lavra da Conselheira Viviane Vidal Wagner.

O conceito de crédito tributário, nos termos do art. 139 do CTN, comporta tanto tributo quanto penalidade pecuniária.

Uma interpretação literal e restritiva do caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96, que regula os acréscimos moratórios sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições, pode levar à equivocada conclusão de que estaria excluída desses débitos a multa de ofício.

Contudo, uma norma não deve ser interpretada isoladamente, especialmente dentro do sistema tributário nacional.

No dizer do jurista Juarez Freitas (2002, p.70), "interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito". Merece transcrição a continuidade do seu raciocínio:

"Não se deve considerar a interpretação sistemática como simples instrumento de interpretação jurídica. É a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se

compreendem os enunciados prescritivos nos plexos dos demais enunciados ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação." (A interpretação sistemática do direito, 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74).

Daí, por certo, decorrerá uma conclusão lógica, já que interpretar sistematicamente implica excluir qualquer solução interpretativa que resulte logicamente contraditória com alguma norma do sistema.

O art. 161 do CTN não distingue a natureza do crédito tributário sobre o qual deve incidir os juros de mora, ao dispor que o crédito tributário não pago integralmente no seu vencimento é acrescido de juros de mora, independentemente dos motivos do inadimplemento.

Nesse sentido, no sistema tributário nacional, a definição de crédito tributário há de ser uniforme.

De acordo com a definição de Hugo de Brito Machado (2009, p.172), o crédito tributário "é o vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional)."

A obrigação tributária principal referente à multa de ofício, a partir do lançamento, converte-se em crédito tributário, consoante previsão do art. 113, §1º, do CTN:

Art. 113 A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito tributário dela decorrente. (destacou-se)

A obrigação principal surge, assim, com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, o que inclui a multa de ofício proporcional.

A multa de ofício é prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, e é exigida "juntamente com o imposto, quando não houver sido anteriormente pago" (§1º).

Assim, no momento do lançamento, ao tributo agrega-se a multa de ofício, tornando-se ambos obrigação de natureza pecuniária, ou seja, principal.

A penalidade pecuniária, representada no presente caso pela multa de ofício, tem natureza punitiva, incidindo sobre o montante não pago do tributo devido, constatado após ação fiscalizatória do Estado.

Os juros moratórios, por sua vez, não se tratam de penalidade e têm natureza indenizatória, , compensarem o atraso na entrada dos recursos que seriam de direito da União.

A própria lei em comento traz expressa regra sobre a incidência de juros sobre a multa isolada.

Eventual alegação de incompatibilidade entre os institutos é de ser afastada pela previsão contida na própria Lei nº 9.430/96 quanto à incidência de juros de mora sobre a multa exigida isoladamente. O parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/96 estabeleceu expressamente que sobre o crédito tributário constituído na forma do caput incidem juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

O art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, ao se referir a débitos decorrentes de tributos e contribuições, alcança os débitos em geral relacionados com esses tributos e contribuições e não apenas os relativos ao principal, entendimento, dizia então, reforçado pelo fato de o art. 43 da mesma lei prescrever expressamente a incidência de juros sobre a multa exigida isoladamente.

Nesse sentido, o disposto no §3º do art. 950 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99) exclui a equivocada interpretação de que a multa de mora prevista no caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96 poderia ser aplicada concomitantemente com a multa de ofício.

Art.950. Os débitos não pagos nos prazos previstos na legislação específica serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento por dia de atraso (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61).

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do imposto até o dia em que ocorrer o seu pagamento (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, §1º).

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, §2º).

§3º A multa de mora prevista neste artigo não será aplicada quando o valor do imposto já tenha servido de base para a aplicação da multa decorrente de lançamento de ofício.

A partir do trigésimo primeiro dia do lançamento, caso não pago, o montante do crédito tributário constituído pelo tributo mais a multa de ofício passa a ser acrescido dos juros de mora devidos em razão do atraso da entrada dos recursos nos cofres da União.

No mesmo sentido já se manifestou a Câmara Superior de Recursos Fiscais quando do julgamento do Acórdão n.º CSRF/04-00.651, julgado em 18/09/2007, com a seguinte ementa:

JUROS DE MORA - MULTA DE OFÍCIO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

Cabe referir, ainda, a Súmula Carf n.º 5: "São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral."

Diante da previsão contida no parágrafo único do art. 161 do CTN, busca-se na legislação ordinária a norma complementar que preveja a correção dos débitos para com a União.

Para esse fim, a partir de abril de 1995, tem-se a taxa Selic, instituída pela Lei n.º 9.065, de 1995.

No âmbito do Poder Judiciário, a jurisprudência é forte no sentido da aplicação da taxa de juros Selic na cobrança do crédito tributário, como se vê no exemplo abaixo:

REsp 1098052 / SP RECURSO ESPECIAL2008/0239572-8 Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 04/12/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 19/12/2008 Ementa PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. LANÇAMENTO. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

1. É infundada a alegação de nulidade por maltrato ao art. 535 do Código de Processo Civil, quanto o recorrente busca tão-somente rediscutir as razões do julgado.

2. Em se tratando de tributos lançados por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte e na falta de pagamento da exação

no vencimento, a inscrição em dívida ativa independente de procedimento administrativo.

3. *É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários (Precedentes: AgRg nos EREsp 579.565/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 11.09.06 e AgRg nos EREsp 831.564/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 12.02.07).(g.n.)*

No âmbito administrativo, a incidência da taxa de juros Selic sobre os débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal foi pacificada com a edição da Súmula CARF nº 4, de observância obrigatória pelo colegiado, por força de norma regimental (art. 72 do RICARF), nos seguintes termos:

Súmula CARF nº 4: *A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

Isso posto, voto por manter a exigência de juros moratórios sobre a multa de ofício lançada.

8 CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto por rejeitar a arguição de nulidade e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário, reduzindo a penalidade aplicada a 75%.

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Relator