



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

Processo nº 10120.009553/2010-03
Recurso nº 919963
Resolução nº **1302-000.132 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 24/11/2011
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrentes BIABIER DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA. EPP
FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência..

(documento assinado digitalmente)

MARCOS RODRIGUES DE MELLO - Presidente. e relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Wilson Fernandes Guimarães, Lavinia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira, Daniel Salgueiro da Silva, Eduardo de Andrade, Guilherme Polastri Gomes da Silva e Marcos Rodrigues de Mello.

Relatório

Tratam os autos de Recurso Voluntário e de ofício em relação ao acórdão DRJ que deu parcial provimento à impugnação apresentada pela recorrente.

Em 06/12/2010, foram lavrados contra a interessada os Autos de Infração do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, atinentes aos anos-calendário de 2006 e 2007, cujo crédito tributário lançado de ofício perfaz o montante de **R\$3.174.345,91**, assim discriminados por exação fiscal:

Processo nº 10120.009553/2010-03
Resolução n.º **1302-000.132**

S1-C3T2
Fl. 690

Auto de Infração do IRPJ (fls. 465/480)			
Imposto	Juros de Mora (calculados até 30/11/2010)	Multa Proporcional	Total
R\$456.593,81	R\$173.470,03	R\$570.523,69	R\$1.200.587,53
Infrações		Ano-Calendário	Enquadramento Legal
Depósitos Bancários de Origem Não Comprovada *		2006, 2007	Arts. 27, inciso I, e 42 da Lei nº 9.430/96; Art. 532 e 537 do RIR/99
Receitas Operacionais (Atividade Não Imobiliária) – Prestação de Serviços Gerais		2006, 2007	Art. 532 do RIR/99
* Arbitramento do Lucro – escrituração não apresentada – Art. 530, inciso III, do RIR/99			

Auto de Infração da CSLL (fls. 481/494)			
Contribuição	Juros de Mora (calculados até 30/11/2010)	Multa Proporcional	Total
R\$204.623,96	R\$76.362,19	R\$261.382,29	R\$542.368,44
Infrações		Ano-Calendário	Enquadramento Legal
CSLL Sobre Lucro Arbitrado		2006, 2007	Arts. 2º e §§, da Lei nº 7.689/88; Art. 20 da Lei nº 9.249/95; Art. 29 da Lei nº 9.430/96; Art. 37 da Lei nº 10.637/02
CSLL sobre Omissão de Receita		2006, 2007	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
* Arbitramento do Lucro – escrituração não apresentada – Art. 530, inciso III, do RIR/99			

Auto de Infração da Cofins (fls. 495/505)			
Contribuição	Juros de Mora (calculados até 30/11/2010)	Multa Proporcional (150%)	Total
R\$405.741,41	R\$162.131,76	R\$608.612,04	R\$1.176.485,21
Infrações		P.A.	Enquadramento Legal
Cofins – Omissão de Receita		01/01/2006 a 31/12/2007	Arts. 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524/02

Auto de Infração do PIS/Pasep (fls. 506/516)			
Contribuição	Juros de Mora (calculados até 30/06/2010)	Multa Proporcional (150%)	Total
R\$51.562,57	R\$29.670,40	R\$116.015,74	R\$197.248,71
Infrações		P.A.	Enquadramento Legal
PIS Sobre Omissão de Receita		01/01/2006 a 31/12/2007	Art. 1º e 3º da Lei Complementar nº 7/70; Art. 24, §2º, da Lei nº 9.249/95; Arts. 2º, inciso I, alínea “a” e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524/02

Por meio da Portaria SRRF 01 nº 060, de 13/02/2009, foi criado grupo de fiscalização com o objetivo de apurar as repercussões tributárias da operação Vulcano, realizada em conjunto pela Receita Federal e Polícia Federal, Inquérito Policial IPL nº

0003/2008 – DPF/DRS/MS, o qual originou a instauração do processo nº 2008.60.00.011109-9, da 3ª Vara Federal Criminal de Campo Grande.

Para o ano-calendário de 2005 já houve lavratura de Auto de Infração no processo administrativo nº 10120.005979/2010-80, com encerramento parcial de Fiscalização.

Nesse contexto, a presente ação fiscal trata dos anos-calendário de 2006 e 2007.

A Fiscalização intimou a contribuinte em 08/04/2009 a apresentar livros comerciais e fiscais e extratos bancários de contas mantidas junto à instituições financeiras.

Não obstante reiteradas intimações, cada qual seguida de solicitação de prorrogação de prazo pela contribuinte, o livro Caixa não foi apresentado.

Tendo em vista que a movimentação financeira do Banco Real também não foi apresentada, foi solicitada a Requisição de Movimentação Financeira –RMF. Intimada em mais de uma oportunidade a comprovar a origem dos depósitos bancários, permaneceu inerte a contribuinte.

Foi intimada novamente a contribuinte, e alertada que a falta de apresentação do Livro Caixa referente ao ano-calendário de 2006, necessário para o optante do lucro presumido, e a não obediência às normas contábeis na escrituração do Livro Diário e Razão, concernentes ao ano-calendário de 2007, a qual se encontram submetidas as empresas do lucro real, ensejariam a apuração do lucro na forma do arbitramento.

Mais uma vez a fiscalizada solicitou prorrogação de trinta dias para atender a intimação.

Assim, para o ano-calendário de 2006, no qual a contribuinte fez a opção pelo lucro presumido, considerando que não foram apresentados os livros obrigatórios, decidiu a autoridade tributária efetuar o arbitramento do lucro, nos termos do art. 530, inciso III, c/c o art. 527, inciso I e parágrafo único do RIR/99. Apurou a Fiscalização a ocorrência de duas infrações tributárias. Para a primeira, referente às receitas operacionais, foram levados em consideração os valores de receitas de vendas informados no Livro de Apuração do ICMS, sendo que o IRPJ e a CSLL confessados em DCTF foram deduzidos do montante a pagar. A multa proporcional lançada foi de 75%. A segunda infração foi decorrente dos valores de movimentação financeira que não foram comprovados, caracterizando a presunção de omissão de receitas com fulcro no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Tendo em vista que restou demonstrada a conduta dolosa da contribuinte, na medida em que não manteve a escrituração obrigatória, com o intuito de ocultar a sua movimentação financeira, a multa de ofício foi qualificada.

No ano-calendário de 2007, oportunidade em que a fiscalizada apresentou DIPJ e DCTF com valores zerados e informou e submeteu-se ao lucro real trimestral, foi disponibilizado o livro Diário, contudo, sem a devida escrituração da movimentação financeira, inclusive a bancária. Tampouco foi possível identificar a movimentação financeira pelo Livro Razão. Logo, nos termos do art. 530, inciso II, “a”, do RIR/99, também foi arbitrado o lucro.

Da mesma maneira que procedeu no ano-calendário de 2006, para o ano-calendário de 2007 foram apuradas a ocorrência de duas infrações tributárias, a primeira, de receitas operacionais, no qual foram levados em consideração os valores de receitas de vendas

informados no Livro de Apuração do ICMS, e a segunda, de presunção de omissão de receitas provenientes de depósitos bancários cuja origem não foi comprovada.

Para os lançamentos referentes às duas infrações do ano-calendário de 2007, a multa de ofício foi qualificada, conforme esclarecimentos da Fiscalização:

Extrai-se do exposto neste processo, que o sócio-gerente, com o propósito de eximir-se do pagamentos dos impostos e contribuições federais, pois apesar da empresa estar em atividade, auferindo receitas, conforme registrado em seus livros fiscais e contábeis, apresentou para a RFB sua DIPJ e DCTF sem movimento, apostando na inércia do fisco para ver decaído o direito de constituição do crédito tributário mediante lançamento de ofício. Não prestando informações, a fiscalizada conseguiu evitar a inscrição dos débitos na dívida ativa da União e a cobrança judicial dos mesmos, uma vez que os valores reais não foram declarados no documento próprio.

(...)

A multa de ofício qualificada, no percentual de 150%, está sendo aplicada por estar caracterizada, na conduta da contribuinte, a inequívoca intenção dolosa de furtar-se ao recolhimento de tributos, haja vista que os fatos acima relatados e a não manutenção de escrituração obrigatória para a forma de tributação ora escolhida ocultando com isso a origem de depósitos bancários efetuados em suas contas correntes.

Em vista do exposto, a autoridade tributária entendeu que ocorreram fatos tipificados no art. 1º da Lei nº 8.137, de 1990, que trata dos crimes contra a ordem tributária.

Enfim, considerando que a sócia da empresa, na gestão dos negócios, infringiu a legislação tributária com o evidente intuito de furtar-se ao recolhimento dos tributos, foi lavrado Termo de Sujeição Passiva Solidária, incluindo-se no pólo passivo da relação tributária Tatiane Maronez, CPF 008.127.469-61, com fulcro no artigo 135, inciso III, c/c o art. 124, do CTN.

Cientificada a pessoa jurídica e a sócia dos lançamentos em **17/12/2010** (“AR” de fls. 564), foi apresentada impugnação conjunta de fls. 534/551, em **17/01/2011** (carimbo de recepção às fls. 534). Apoiada nos documentos já acostados aos autos, a peça de defesa, em suma, discorre sobre os pontos a seguir expostos.

A Nulidade do Auto de Infração. O auto de infração é eivado de nulidade. O relatório fiscal faz referência aos autos do processo criminal nº 208.60.00.011109-9, resultado da operação denominada “vulcano” no qual faz conjecturas sobre o envolvimento da impugnante com atividades lesivas ao Fisco. Ocorre que a contribuinte não tem conhecimento desses autos, e sequer sabe quais seriam as atividade ilícitas teriam sido apuradas. A impugnante não foi citada para nenhuma defesa preliminar ou audiência.

Ou seja, para que sua defesa no presente auto pudesse obedecer aos princípios constitucionais, seria necessário disponibilizar a cópia do processo criminal, para que a autuada tivesse conhecimento das acusações.

A defesa das impugnantes fica prejudicada na medida em que não tem conhecimento dos fatos do processo criminal. É de suma importância atentar-se para o art. 106 do CTN, que traz a vedação da analogia *in mallan partem*. É ilegal aplicar a analogia que prejudique a parte.

Mostra-se, portanto, o ato eivado de ilegalidade, não obedece ao disposto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, caracterizando-se o cerceamento de defesa, razão pela qual se impõe a extinção do auto de infração.

Da Inexistência da Solidariedade Passiva. Conforme jurisprudência dos Tribunais a solidariedade não se presume, deve ter previsão legal. No caso em tela, o art. 135 do CTN atribui solidariedade, com responsabilização pessoal pelos créditos das obrigações tributárias, aos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, desde que as obrigações sejam resultantes de atos que infrinjam a lei. Ocorre que a autoridade fiscalizadora incorre em forçosa subsunção ao enquadrar a recorrente como criminosa por fatos de investigação policial, em afronta ao contraditório e a ampla defesa, nos termos do art. 5, inciso LV da Lei Maior, já que a pessoa jurídica está sendo condenada por fatos dos quais não teve a oportunidade de se defender nos presentes autos, o que torna a pretensão do Fisco ilegal, inconstitucional e arbitrária.

A impugnante nunca negou a apresentação das movimentações financeiras e dos livros contábeis, pelo contrário, requereu dilação do prazo que foi negada pela Fiscalização.

Não pode a Fiscalização valer-se de silogismos, deve-se pautar-se na legalidade para efetuar as autuações.

Ademais, não houve descumprimento legal nenhum, sendo que todas as exigências foram cumpridas, e a medida ora arbitrada decorre exclusivamente em razão da não aceitação do pedido de dilação de prazo por parte da recorrente. A empresa é idônea e nunca fraudou qualquer operação de mercadorias, e não há de se falar em solidariedade passiva da sócia.

Os Depósitos Bancários. Arbitramento. Em relação ao ano-calendário de 2006, todos os depósitos bancários tem a origem comprovada, tendo em vista que estão devidamente declarados na sua DIPJ 2007:

DIPJ 2007	Depósitos/Créditos	Receita Bruta - coef. 8%
1º trimestre	1.768.194,74	2.256.571,89
2º trimestre	1.650.834,49	1.188.794,25
3º trimestre	1.479.341,16	900.759,02
4º trimestre	1.766.158,08	2.122.337,71
TOTAL	6.664.528,47	6.468.462,87

Arbitrar o lucro sobre toda a movimentação financeira bancária da impugnante faz com que incida a bitributação, já que sobre todos os valores demonstrados no campo Receita Bruta já foi oferecida a tributação pela pessoa jurídica. Eventual arbitramento, para

tornar-se legal, deveria incidir sobre a diferença das receitas, caso exista, e não sobre a movimentação bancária do período como fez a Fiscalização.

Em relação ao ano-calendário de 2007, a impugnante, embora tenha apresentado a DIPJ com os valores zerados, valeu-se da prerrogativa legal da retificação, dentro do prazo permitido. Nunca teve a intenção de suprimir ou reduzir tributos, nunca houve dolo por parte das pessoas físicas dos sócios, que sempre confiaram a sua contabilidade a assessoria contábil prestada por escritório especializado.

Ressalte-se também que o ano de 2007 foi de transição, ocasião em que foi alterado o regime de tributação de lucro presumido para lucro real.

Assim, vale verificar a planilha com base na DIPJ retificadora:

DIPJ 2008 - Retificadora	Depósitos/Créditos	Receita Bruta - coef. 8%
1º trimestre	2.066.978,42	1.409.529,34
2º trimestre	1.779.004,85	1.751.239,51
3º trimestre	1.297.967,62	1.167.278,29
4º trimestre	1.716.238,37	2.032.503,24
TOTAL	6.860.189,26	6.360.550,38

Com base na DIPJ retificadora, constata-se que a movimentação bancária é compatível com os valores relativos à receita da revenda de mercadorias no mercado interno.

Caso o arbitramento do lucro seja mantido sobre todos os valores creditados em sua conta bancária, também ocorreria a bitributação. Assim, no que concerne à movimentação bancária, caberia incidir tributação apenas sobre a eventual diferença entre as receitas de depósitos e de vendas.

Excesso de Multa. No procedimento as multas chegaram a mais de 225%, valor exagerado e que ofende princípios como a proporcionalidade, a razoabilidade e o não-confisco

A DRJ decidiu:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2006, 2007 NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não há que se falar em cerceamento ao contraditório e ampla defesa quando se constata que a contribuinte foi devidamente informada de todos os procedimentos adotados pela autoridade tributária no decorrer da ação fiscal, tendo inclusive interagido com a autoridade tributária no sentido ao solicitar reiteradas prorrogações de prazo para disponibilização de livros contábeis e fiscais, e cientificada dos Autos de Infração lavrados conforme o art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN) e o art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972 (PAF).

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SÓCIO-GERENTE. INFRAÇÃO DE LEI.

O farto de atos deliberados no sentido de ocultar da Fiscalização o conhecimento de receitas auferidas constituem-se em condutas ilícitas que caracterizam infração de lei, razão pela qual a sócia-gerente deve ser responsabilizada solidariamente com a pessoa jurídica, consoante norma do artigo 135, inciso III do CTN.

PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. NATUREZA DAS RECEITAS DOS DEPÓSITOS. RECEITAS DE VENDAS. RECEITAS OMITIDAS. BIS IN IDEM. NECESSIDADE DE SEGREGAÇÃO DAS RECEITAS.

No caso em que é conhecida a receitas de vendas e ela não foi oferecida à tributação, evidencia-se que os depósitos bancários comportam duas naturezas de receitas. A primeira, referente aos valores depositados a título de receitas de vendas de mercadorias, e a segunda, aqueles valores que não tiveram a origem comprovada e por isso são consideradas omissão de receitas prevista por presunção legal. Nesse sentido, para não se consumir o bis in idem, deve-se subtrair dos valores dos depósitos bancários o montante apurado de receita bruta de vendas, para se apurar o resultado sobre o qual deve ser lançada a presunção de omissão de receitas.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. PREVISÃO LEGAL.

A multa de ofício e a sua qualificação encontram previsão legal no art. legal no caput e parágrafos do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996. Portanto, não cabe à autoridade tributária julgadora questionar a constitucionalidade da aplicação de multa efetuada nos termos da lei.

CSLL. PIS. COFINS. LANÇAMENTOS DECORRENTES DO MESMO FATO.

O decidido em relação ao IRPJ estende-se aos lançamentos decorrentes, de CSLL, PIS e Cofins, vez que formalizados com base nos mesmos elementos de prova e se referir à mesma matéria tributável.

Ciente do acórdão DRJ em 12/07/2011, a recorrente apresentou recurso voluntário em 11 de agosto de 2011. A DRJ Brasília apresentou recurso de ofício.

Voto.

O recurso voluntário é tempestivo e deve ser conhecido. O valor exonerado pela DRJ é superior a R\$ 1.000.000,00 e também deve ser conhecido.

Entendo que o processo não se encontra em condições de ser julgado.

O acórdão DRJ que deu provimento parcial à impugnação teve a seguinte motivação:

Protesta a impugnante que teria ocorrido bitributação, por ocasião do lançamento de presunção de omissão de receitas de depósitos de origem não comprovada. No ano-calendário de 2006, teria informado as receitas de vendas na DIPJ. No ano-calendário de 2007, embora tivesse apresentado a DIPJ com valores zerados, teria a retificado. Assim, eventual lançamento de omissão de receitas deveria incidir apenas sobre a diferença das receitas, e não sobre todo o montante de movimentação bancária como efetuou a Fiscalização.

Inicialmente, o assunto discutido não é de bitributação, que ocorre quando dois entes estatais diferentes instituem tributos diversos sobre o mesmo fato gerador e contribuinte. Na realidade, trata-se de bis in idem, já que o ente estatal é o mesmo, no caso, a União.

No caso em tela assiste razão à impugnante.

Evidencia-se que os depósitos bancários refletem duas naturezas de receitas. A primeira, os valores depositados a título de receitas de vendas. A segunda e restante, aqueles depósitos cuja origem não teria sido identificada pela contribuinte, e que caracterizam a presunção legal de omissão de receitas.

Ou seja, ao se analisar aquelas receitas decorrentes dos depósitos bancários, deve-se verificar, antes, se a empresa auferiu outras receitas, como por exemplo, no caso em tela, as decorrentes da sua atividade operacional, e se estas teriam sido oferecidas à tributação.

Assim, no caso concreto, observa-se que a autoridade tributária constatou que a contribuinte auferiu receitas operacionais, e por isso efetuou os lançamentos de ofício correspondentes.

Por outro lado, além dessas receitas conhecidas, a Fiscalização também deparou-se com situação prevista legalmente como presunção de omissão de receitas, decorrentes de depósitos bancários cuja origem não foi comprovada.

Não por acaso, a autoridade tributária identificou a ocorrência de duas infrações, quais sejam, RECEITAS OPERACIONAIS (ATIVIDADE NÃO IMOBILIÁRIA) – REVENDA DE MERCADORIAS, e DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA, cada uma dando origem a lançamentos fiscais.

Considerando que os valores depositados nas instituições financeiras representam, além de receitas omitidas, também as conhecidas,

decorrentes das atividades operacionais da empresa, o lançamento de omissão de receitas deve levar em consideração tal situação.

Ou seja, deve-se subtrair dos valores dos depósitos bancários o montante apurado de receita bruta de vendas, para se apurar o resultado sobre o qual deve ser lançada a presunção de omissão de receitas.

Assim, a presunção de omissão de receitas não deve recair sobre aquelas receitas que não foram omitidas, no caso, as decorrentes das atividades operacionais da pessoa jurídica, que foram lançadas pela autoridade tributária tomando-se como base o Livro de Apuração do ICMS.

Portanto, a somatória dos valores dos depósitos bancários deve ser revista, para excluir o montante referente a receita de vendas, de acordo com os quadros a seguir:

Ano-Calendário 2006			
Período	Depósitos Bancários - Autuação Fiscal	Receita Bruta de Vendas	Depósitos Bancários excluindo-se a Receita Bruta de Vendas
	A	B	C = A - B
jan/06	625.131,81	895.131,84	0,00
fev/06	457.523,24	662.925,57	0,00
mar/06	685.539,69	698.514,48	0,00
TOTAL 1º TRIMESTRE			0,00
abr/06	533.890,13	583.538,04	0,00
mai/06	617.333,48	351.558,16	265.775,32
jun/06	499.610,88	253.697,75	245.913,13
TOTAL 2º TRIMESTRE			511.688,45
jul/06	517.444,43	248.818,98	268.625,45
ago/06	451.419,07	302.477,26	148.941,81
set/06	510.477,66	349.462,78	161.014,88
TOTAL 3º TRIMESTRE			578.582,14
out/06	428.385,83	523.852,26	0,00
nov/06	299.431,88	759.848,69	0,00
dez/06	1.038.340,37	838.636,76	199.703,61
TOTAL 4º TRIMESTRE			199.703,61

Ano-Calendário 2007			
Período	Depósitos Bancários - Autuação Fiscal	Receita Bruta de Vendas	Depósitos Bancários excluindo-se a Receita Bruta de Vendas
	A	B	C = A - B
jan/07	852.002,58	373.022,87	478.979,71
fev/07	530.501,33	371.117,74	159.383,59
mar/07	684.474,51	665.388,73	19.085,78
TOTAL 1º TRIMESTRE			657.449,08
abr/07	693.943,13	685.625,94	8.317,19
mai/07	617.333,48	596.143,87	21.189,61
jun/07	467.728,24	469.469,70	0,00

TOTAL 2º TRIMESTRE			686.955,88
jul/07	349.509,31	383.568,57	0,00
ago/07	519.117,34	358.933,32	160.184,02
set/07	429.340,97	324.776,40	104.564,57
TOTAL 3º TRIMESTRE			264.748,59
out/07	530.577,53	555.365,85	0,00
nov/07	492.623,81	638.540,19	0,00
dez/07	693.037,03	0,00	693.037,03
TOTAL 4º TRIMESTRE			693.037,03

No entanto, não há nos autos qualquer demonstrativo de que as receitas apuradas pela fiscalização como receitas operacionais que tiveram por base o livro de apuração de ICMS correspondam aos valores depositados em conta-corrente de origem não comprovada, que levaram ao lançamento por omissão de receitas por presunção (art. 42 da Lei 9430/96).

Diante do exposto, voto no sentido de converter o julgamento em diligência para a autoridade preparadora intime a recorrente para que demonstre de forma individualizada a relação entre as receitas lançadas no livro de apuração de ICMS e os depósitos bancários que levaram ao lançamento de omissão de receitas apuradas por presunção legal de depósitos bancários de origem não comprovada.

(documento assinado digitalmente)

Marcos Rodrigues de Mello - relator