



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 10183.002655/2004-15
Recurso nº. : 144.771 (*ex officio* e voluntário)
Matéria: : IRPJ e outros Anos-calendário: 1999 e 2000
Recorrentes : 2ª T. de Julgamento da DRJ em Campo Grande – MS. e
CD Factoring Fomento Mercantil Ltda.
Sessão de : 25 de abril de 2007
Acórdão nº. : 101- 96.104

NULIDADE-CERCEAMENTO DE DEFESA.- Não restando comprovada a ocorrência de preterição do direito de defesa, não há que se falar em nulidade do lançamento.

DECADÊNCIA –Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, e não comprovada a existência de dolo, fraude, ou simulação, o termo inicial para a contagem do prazo de decadência é a data de ocorrência do fato gerador. Segundo jurisprudência do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais a decadência das contribuições sociais se rege pelas regras do CTN..

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA –Configuram receitas omitidas, por presunção legal relativa, os valores creditados em conta de depósito mantida em instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.- A aplicação da multa de ofício qualificada para 150% depende da comprovação, pela Autoridade Lançadora, do evidente intuito de fraude.

LANÇAMENTOS REFLEXOS: Não havendo razões específicas a serem consideradas, e tendo em vista que a omissão de receitas influencia também as exigências de CSLL, PIS e COFINS, aplica-se a esses lançamentos o decidido quanto ao IRPJ.

Negado provimento ao recurso de ofício provido em parte o voluntário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recursos de ofício e voluntário interpostos pela 2ª Turma de Julgamento da DRJ em campo Grande – MS. e por C.D. Factoring Fomento Mercantil Ltda.

ACORDAM, os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício e, quanto ao recurso voluntário, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade suscitada, por maioria de votos, acolher a preliminar de decadência de todos os tributos em relação aos fatos geradores ocorridos até 30/06/1999, vencidos os Conselheiros Mário Junqueira Franco Júnior e Manoel Antonio Gadelha Dias que rejeitaram essa preliminar no que se refere à CSL e à COFINS, e, no mérito, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE



SANDRA MARIA FARONI
RELATORA

FORMALIZADO EM: 30 MAI 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros JOSÉ RICARDO DA SILVA, PAULO ROBERTO CORTEZ, JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR, ROBERTO WILLIAM GONÇALVES e MARCOS VÍNICIUS BARROS OTTONI (Suplentes Convocados). Ausentes justificadamente os Conselheiros VALMIR SANDRI e CAIO MARCOS CÂNDIDO.

Recurso nº. : 144.771 (*ex officio* e voluntário)
Recorrentes : 2ª T. de Julgamento da DRJ em Campo Grande – MS. e
CD Factoring Fomento Mercantil Ltda.

RELATÓRIO

Contra C.D. Factoring Fomento Mercantil Ltda. foram lavrados autos de infração relativos ao Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), à Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) dos anos-calendário de 1999 e 2000, dos quais o contribuinte tomou ciência em 02 de julho de 2004.

A irregularidade de que é acusada a empresa consistiu omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários cuja origem não foi explicada, e foi aplicada a multa de 150%.

Em impugnação tempestiva, a empresa suscitou a decadência em relação aos fatos geradores ocorridos até junho de 1999, bem como a nulidade do auto de infração por ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Pondera que, em cumprimento a determinação judicial, foram apreendidos todos os seus livros comerciais e fiscais, bem como todos os documentos que serviram de base à escrituração, os quais encontram-se à disposição da Justiça Federal e mantidos em depósito na Polícia Federal, em Cuiabá. Diz que, como pode ser constatado na cópia do Mandado de Busca e Apreensão e dos Autos Circunstanciados de Busca (em anexo), a Receita Federal participou da ação conjunta de busca e apreensão, sendo, portanto, seus agentes, sabedores da circunstância pela qual não poderia ter atendido aos termos das intimações fiscais. Mesmo assim, foi praticado o lançamento de ofício por omissão de receitas, tendo por base de cálculo o somatório dos depósitos/créditos bancários. Informa que, como esclarecido à fiscalização, foram impetradas as medidas judiciais necessárias à recuperação dos elementos apreendidos, porém, sem êxito, conforme comprova o processo judicial nº 2002.36.00.007837-7. Aduz que a fiscalização deveria solicitar à Justiça Federal os livros e documentos necessários aos exames fiscais, entretanto, a metodologia utilizada para a apuração da suposta omissão de rendimentos foi

com base, exclusivamente, em documentos bancários, aos quais não teve acesso. Pondera que ficou impossibilitada de analisar a documentação para a conferência dos dados que lhe foram apresentados pelos fiscais, bem como de se defender das acusações que mais tarde ensejaram o lançamento de ofício, posto que impedida de prestar qualquer esclarecimento. Argumenta que um dos esclarecimentos, que somente seria possível diante de livros e documentos a serem consultados por ela, refere-se exatamente à apuração da receita operacional, que jamais poderia ter sido determinada como sendo o valor bruto dos depósitos, pois nas operações de factoring, apenas uma pequena parte do valor de cada depósito efetuado em cheque corresponde à receita bruta (a diferença corresponde à taxa de juros cobrada na operação fatorizada).

Quanto ao mérito, o impugnante alegou, resumidamente, que: (a) a fiscalização desnaturou o tributo, considerando os valores depositados como se receita tributável fossem, quando é cediço que a maior parcela desses valores corresponde ao capital aplicado na compra dos direitos creditórios; (b). a receita obtida pela empresa de fomento mercantil, diferentemente das demais empresas comerciais, corresponde à diferença entre o valor adiantado aos clientes e o valor de face expresso no título de crédito; (c) o conceito de receita contido no art. 279 do RIR/1999, por ser inaplicável às empresas de factoring, foi esclarecido e particularizado pelo Governo Federal e pela Secretaria da Receita Federal, através da edição do ADN/Cosit nº 31/1997 e do § 3º do art. 10 do Decreto nº 4.524/2002; (d) analisando-se a sua movimentação financeira, verifica-se que em 31/12/2000 (conforme DIPJ) contava com um circulante de R\$ 2.151.809,51, e em 31/12/2002, de R\$ 2.014.071,99, máximo que poderia operar nos anos seguintes, sem considerar o risco inerente ao recebimento de seus créditos, sendo, pois, impossível presumir-se, ainda que apoiado em lei, que todos os depósitos/créditos constituem, destacadamente do capital aplicado, receita tributável; (e) a Lei nº 9.430/1996, edificada a partir do conceito geral de receita bruta estabelecido pela Lei nº 4.504/1964 e pelo D.L. nº 1.598/1977 (matrizes legais do art. 279 do RIR/1999), deve ser interpretada e aplicada observando-se a ressalva contida nas normas definidoras sobre como apurar a receita das empresas de fomento comercial, sob pena de se exigir tributo sobre uma base de cálculo composta pelo patrimônio, como sói acontecer na hipótese destes autos; (g) houve séria afronta aos princípios

da segurança jurídica, da estrita legalidade da tributação, da capacidade contributiva e do não confisco, inviabilizando a sua atividade comercial.

Enfatiza não ser possível presumir omissão de receita com base no somatório de depósitos bancários, pois não pôde ter acesso a nenhum documento capaz de lhe permitir prestar qualquer esclarecimento à fiscalização, sobretudo para comprovar as origens dos depósitos bancários. Por conseguinte, e considerando que possivelmente os fiscais não acessaram os documentos apreendidos, jamais poderiam presumir representarem receita omitida os depósitos bancários cujas origens não puderam, por impossível, ser comprovadas, apenas tomando como parâmetro a DIPJ. Argumenta que uma coisa é omitir receita, outra é não declará-la.

Desenvolve ainda argumentação em torno da impossibilidade de considerar o depósito bancário, por si só, como receita, ainda que por presunção, afirmando que à fiscalização competia demonstrar, de maneira indubitosa e segura, que os depósitos bancários verificados realmente constituíram rendimentos tributáveis. Faz referência a jurisprudência e doutrina

Acrescenta que a multa qualificada não pode subsistir, pelas seguintes razões: (a) a existência do elemento subjetivo, o dolo, deve ser provada, e não apenas declarada; (b) a ocorrência de fraude não se presume na presunção de omissão de rendimentos, pois seria um absurdo jurídico a presunção da presunção; (c) o pressuposto de aplicação da Lei nº 9.430/1996 é a ocorrência de sonegação, fraude ou conluio, e o auto de infração deve especificar qual das três condutas foi empregada no caso concreto, bem como exibir as provas respectivas, porquanto os conceitos normativos de sonegação, fraude ou conluio não podem ser permutados pelo aplicador da lei, em face do princípio da estrita legalidade e na exigência de decisão com base na verdade material; (d) o fundamento legal da infração não pode ser unicamente o preceito da Lei nº 9.430/1996, sendo, pois, indispensável e necessária a produção de provas inequívocas (jamais se admite o indício ou a presunção) de que tenha ocorrido pelo menos uma das condutas referidas nos artigos 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502/1964; (e) a indicação pura e simples do preceito normativo citado, sem a sua qualificação e individualização (provada) da conduta que supostamente teria sido praticada pelo impugnante, implica cerceamento do direito de defesa e torna ilegítima a aplicação da multa qualificada.

Finaliza requerendo o acolhimento das preliminares de nulidade, ilegalidade e inconstitucionalidade e, acaso superadas, seja declarada a decadência do lançamento, a insubsistência do lançamento e afastada a multa qualificada.

A 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Campo Grande rejeitou as preliminares e julgou procedente em parte o auto de infração, apenas para reduzir a multa ao percentual de 75%.

Ciente da decisão, a empresa ingressou com recurso a este Conselho alegando em síntese; (a) que a decisão rejeitou a preliminar de cerceamento de defesa sem apreciar os documentos juntados; (b) que a autoridade julgadora não se manifestou expressamente sobre a questão levantada quanto à receita diferenciada das sociedades de fomento mercantil, conforme AD(N) 31/97, IN 247/2002 e Decreto 4.524/2002, padecendo de nulidade por ter sido omissa; (c) que a decisão se equivoca quando restringe as causas de nulidade, e que, no caso, o lançamento é nulo também porque os fiscais não usaram a documentação apreendida para, com base nela, efetuar o lançamento; (d), que ocorreu a decadência em relação a todos os meses de 1999, refutando as razões da decisão para afastar a preliminar; (d) .reedita as razões declinadas na impugnação, a título de base de cálculo equivocada e impossibilidade de presumir receita com base em depósitos bancários.

Incluído em pauta, para possibilitar a apreciação da preliminar de cerceamento de defesa, o julgamento foi convertido em diligência, conforme Resolução 101-02.501, de 01/03/2006, para obter a informação a respeito dos documentos apreendidos (quais, se foram restituídos e em que data).

Retornam os autos com a diligência cumprida.

É o relatório



VOTO

Conselheira SANDRA MARIA FARONI, Relatora

O valor do crédito exonerado supera o limite estabelecido pela Portaria MF 333/97, razão pela qual, nos termos do art. 34, inciso I, do Decreto 70.235/72, com a redação dada pelo art. 67 da Lei 9.532/97, deve a decisão ser submetida à revisão necessária.

O recurso voluntário já foi conhecido em sessão precedente, quando o julgamento foi convertido em diligência.

Recurso de Ofício

A matéria objeto de recurso de ofício diz respeito à desqualificação da multa e conseqüente redução a 75%. Nesse aspecto, a decisão de primeira instância há de ser confirmada, pelos bem lançados fundamentos do ilustre relator do voto condutor, que transcrevo:

"No caso em questão, a multa de ofício foi elevada porque as Autoridades Fiscais entenderam que ficou configurado o evidente intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964 (artigo 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996), conforme trecho do Termo de Verificação Fiscal (fl. 144) transcrito abaixo:

"Fica evidente o intuito do contribuinte de não pagar tributos, caracterizado pela omissão de rendimentos em sua Declaração Anual de Imposto de Renda, tendente a omitir o conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal."

Como se depreende do trecho acima, a autoridade lançadora entendeu que a omissão de receitas na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica configura evidente intuito de fraude a justificar a aplicação da penalidade agravada.

Todavia, neste particular, a decisão será discordante da autoridade lançadora. A omissão de receitas já é infração tipificada e sujeita a contribuinte ao lançamento de ofício com aplicação de multa de 75%, que é cabível nos casos de *falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata.*

Logo, a contribuinte ao prestar declaração inexata e deixar de pagar tributo referente à infração de omissão de receitas provenientes de depósitos bancários não comprovados, sujeitou-se à aplicação da multa de 75%. Não ficou demonstrado nos autos que ela agiu com evidente intuito de fraude para ensejar à aplicação da multa agravada, pois somente foi comprovada a conduta acima descrita, que em si não representa ação dolosa.

Dessa forma, a multa de ofício será reduzida para 75%"

Nego provimento ao recurso de ofício.

Recurso Voluntário.

Preambularmente, registro que este órgão, integrante do Poder Executivo, não pode negar aplicação e dispositivo legal em vigor, e que o Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula 1º C.C nº 2)

Registro, ainda, que as apreciações a seguir se aplicam a todas as exações em litígio.

Nulidade do Lançamento.

Não merece prosperar a alegação de nulidade do lançamento porque os fiscais não usaram a documentação apreendida em poder do Ministério Público para, com base nela, efetuar o lançamento. No caso, se a investigação era sobre "receitas omitidas", não seria nos livros contábeis que a omissão seria revelada. A fiscalização detém amplos poderes investigatórios, podendo usar informações obtidas de terceiros. Estando de posse dos extratos bancários da Recorrente, a única forma de apurar a origem dos ingressos era mediante informação prestada pela interessada.

A Recorrente suscitou também cerceamento de defesa. Mencionou que a Fiscalização não disponibilizou os extratos bancários e alegou total impossibilidade de comprovar documentalmente a origem dos valores creditados em suas contas-corrente, uma vez que todos seus documentos e livros estavam apreendidos pela Justiça Federal, junto ao processo criminal nº 2002.36.00.007873.

Não cabe à Receita Federal fornecer ao contribuinte seus extratos bancários. Se por algum motivo o contribuinte não os detém, deve obtê-los diretamente junto à instituição financeira,

Sobre os livros de documentos apreendidos, informou ter impetrado mandado de segurança para obter a restituição das coisas apreendidas. Informou, também, que não obstante a determinação liminar no sentido de que os documentos fossem devolvidos no prazo de 10 dias (decisão de 12/12/2002), a determinação, segundo declarou, não fora cumprida.

Para possibilitar a apreciação da preliminar, esse Colegiado baixou o processo em diligência, para obter informação quanto à devolução dos documentos.



Eficientemente cumprida a diligência pela Fiscalização, que prestou a informação de fls. 1211 a 1214.

A informação prestada mostra que não foram apreendidos livros do ano-calendário de 2000, o que já jogaria por terra a alegação de impossibilidade de comprovar os valores relativos a esse ano-calendário.

Quanto ao ano-calendário de 1999, não obstante tenham sido apreendidos os Livros Razão e Diário a ele relativos, restou provado que, após a decisão judicial prolatada em 12 de dezembro de 2002, determinando a devolução dos documentos necessários ao regular funcionamento da empresa, em 02 de janeiro de 2003 a interessada foi intimada a relacionar e discriminar os documentos necessários para o regular funcionamento da empresa. Em lugar de fazê-lo, apresentou, sucessivamente, três petições (fls. 858/861, 1174/1179, 1407/1410 do processo judicial 1001.36.007873-7) protestando pela devolução total dos equipamentos de informática e documentos apreendidos. Às fls. 1411 daquele processo, o Juiz Titular da Vara apontou resistência dos representantes legais da empresa em receber os equipamentos de informática e os documentos apreendidos. Assim, também para o ano-calendário de 1999 não restou caracterizado o cerceamento de defesa.

Rejeito a preliminar.

Decadência

O contribuinte tomou ciência dos autos de infração em 02/07/2004.

A decisão de primeira instância rejeitou a preliminar de decadência aos seguintes argumentos:

- a) Não tendo ocorrido pagamento antecipado, não se trata de lançamento por homologação, e a regra a comandar a decadência é a do art. 173 do CTN.
- b) Tratando-se de rendimentos sujeitos ao ajuste na declaração de rendimentos anual, omitidos pela contribuinte, o termo final da decadência no caso em questão para o dia 31/12/2005.
- c) Para o PIS, a Cofins e a CSLL, o prazo é de dez anos.

Quanto ao primeiro dos argumentos acima, tenho expressado meu entendimento de que o lançamento por homologação de que trata o CTN é o lançamento tipo de todos aqueles tributos cuja legislação atribua ao sujeito

passivo o dever de, ocorrido o fato gerador, identificar a matéria tributável, apurar o imposto devido e efetuar o pagamento sem prévio exame da autoridade. E a natureza do lançamento não se altera se, ao praticar essa atividade, o sujeito passivo não apura imposto a pagar (por exemplo, se houver prejuízo, no caso de IRPJ). O que define se o lançamento é por declaração ou homologação é a legislação do tributo, e não a circunstância de ter ou não havido pagamento .

Quanto ao segundo argumento, equivocou-se a decisão recorrida, pois, para o IRPJ e para a CSLL, as declarações foram apresentadas pelo lucro real trimestral (Fls. 785 e 788).

Quanto ao terceiro argumento, a jurisprudência desta Câmara e da Câmara Superior de Recursos Fiscais firmou-se no sentido de que a decadência das contribuições sociais se rege pelas normas do CTN.

Afastada pela decisão de primeira instância a acusação de evidente intuito de fraude, por não ter restado comprovado nos autos, o termo inicial para a contagem do prazo de decadência é a data da ocorrência do fato gerador.

Em 02/07/2004, data da ciência dos autos de infração, encontravam-se alcançados pela decadência os fatos geradores ocorridos até 30 de junho de 1999.

Demais razões de mérito

Na seqüência, a recorrente argüi (a) ser equivocada a base de cálculo do lançamento, que tributa uma não renda; (b) impossibilidade de presumir omissão de receita com base em depósitos bancários.

O art. 42 da Lei 9.430/96 erigiu à condição de presunção legal de omissão de receitas a existência de 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. Em se tratando de presunção legal, fica invertido o ônus da prova. Assim, à fiscalização cabe apenas provar a existência dos depósitos, cumprindo ao contribuinte comprovar que os depósitos têm origem em fatos que não constituem receitas ou, se receitas, já tenham sido oferecidos à tributação.

Não há como aplicar os atos normativos invocados (ADN COSIT 31/97, art. 10, § 3º do Decreto 4.524/2002 e IN SRF 247/2002). A presunção legal

inverte o ônus da prova. Ao ser questionada sobre os depósitos, caberia ao contribuinte comprovar sua origem e o valor de face dos títulos, para que, se fosse o caso, só fosse considerada a receita correspondente à diferença entre o valor de aquisição e o de face.

Veja-se, por exemplo, o que estabelece o AD(N) COSIT nº 31/97, invocado pela Recorrente:

"I - a base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, das empresas de fomento comercial (Factoring) é o valor do faturamento mensal, assim entendido, a receita bruta auferida com a prestação cumulativa e contínua de serviços:
a) de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos;
b) de administração de contas a pagar e a receber; e,
c) de aquisição de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços;
II - na hipótese da alínea "c" do inciso anterior, o valor da receita a ser computado é o valor da diferença entre o valor de aquisição e o valor de face do título ou direito adquirido."

Como pretender computar a receita omitida pelo valor da diferença, se sequer está identificado que a receita tem origem no serviço referido na alínea "c" do inciso I do ato supra transcrito?

Em se tratando de presunção legal de omissão de receitas cuja origem não está identificada, irreparável o lançamento.

Pelas razões explanadas, nego provimento ao recurso de ofício e, quanto ao voluntário, rejeito a preliminar de nulidade e no mérito, acolho parcialmente a preliminar de decadência suscitada, declarando extintos os créditos referentes a fatos geradores ocorridos até junho de 1999, e nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões (DF), em 25 de abril de 2007


SANDRA MARIA FARONI

