



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

Processo nº 10218.001271/2007-75
Recurso nº 167.305 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1302-00.243 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de abril de 2010
Matéria IRPJ
Recorrentes 1ª TURMA/DRJ-BELÉM/PA e FRIGOXIN COMERCIAL LTDA.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. REQUISITOS. REGULAR INTIMAÇÃO. Nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/96, para a caracterização da omissão de receitas por depósitos bancários, mister a ocorrência de três condições: e existência do crédito na conta bancária; a regular intimação a comprovar a origem dos créditos; e a conseqüente falta de comprovação da origem do crédito. É nulo o lançamento efetuado sem a regular intimação do Assunto.

PAF. Recurso Intempestivo.

Não se conhece do recurso quando o mesmo é intempestivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso por intempestivo e negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

MARCOS RODRIGUES DE MELLO - Presidente e Relator

EDITADO EM: 28 MAI 2010

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Wilson Fernandes Guimarães, Guilherme Pallastrí Gomes da Silva, Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira, Eduardo de Andrade, Irineu Bianchi e Marcos Rodrigues de Mello.

Relatório

Versa o presente processo sobre o(s) Auto(s) de Infração de fls. 596-602, 606-610, 614-617, 620-623, relativo(s) ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica-IRPJ, Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido-CSLL, Contribuição para o Programa de Integração Social-PIS e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social-COFINS, ano(s)-calendário 2002 e 2003, com crédito total apurado no valor de R\$ 35.663.471,51, incluindo o principal (IRPJ, CSLL, PIS e COFINS), a multa de ofício (150%) e os juros de mora, atualizados até 30/11/2007. O(a) contribuinte tomou ciência do(s) lançamento(s) em 07/12/2007 (fls. 630).

A multa de ofício do lançamento foi qualificada para 150%, conforme exposto no Termo de Verificação Fiscal (fls. 559-586), que é parte integrante do Auto de Infração.

Também tomou ciência do lançamento, via edital (fls. 628-629), o Sr. ATÍLIO GUSSON, CPF 607.823.909-00, na condição de sujeito passivo solidário, conforme *Termo de Sujeição Passiva Solidária* às fls. 587-592.

De acordo com a Descrição dos Fatos do(s) Auto(s) de Infração (fls. 598-599, 608-609, 616-617, 622-623), o contribuinte incorreu na(s) seguinte(s) infração(ões):

Omissão de Receita caracterizada pela falta/insuficiência de contabilização das receitas escrituradas no Livro Registro de Saídas, com reflexo no IRPJ, CSLL, PIS e COFINS;

Omissão de Receita caracterizada pela falta de contabilização dos depósitos bancários de origem não comprovada, com reflexo no IRPJ, CSLL, PIS e COFINS;

Insuficiência de recolhimento ou de declaração do Imposto de Renda devido.

O(a) contribuinte apresentou sua(s) impugnação(ões) ao(s) lançamento(s) em 08/01/2008 (fls. 633-666), na(s) qual(is) alegou em síntese e que:

Da interposição fraudulenta

Em seu depoimento, o sócio LUIZ MENEGON confirmou ser sócio da empresa;

Não há nos autos nenhum elemento que descaracterize essa situação, sendo certo que sempre exerceu a referida função, representando a empresa nas diversas situações;

Que os poderes atribuídos para o Sr. ATÍLIO GUSSON não extrapolam as atribuições do cargo de gerente financeiro da impugnante;

Não existe nenhum impedimento legal para que o gerente financeiro, na qualidade de mandatário da empresa, possa atuar como representante e desempenhar as funções atribuídas no bojo de um mandato de procuração;

O Sr. ATÍLIO foi admitido como gerente financeiro da impugnante em set/2002, quando percebia um salário mensal de R\$ 2.500,00, que, após 4 anos de trabalho, passou ao montante de R\$ 8.900,00, sendo demitido em 01/11/2007;

Da alteração do domicílio fiscal

O art. 127 do CTN somente pode ser invocado na hipótese de não haver domicílio fiscal eleito pelo contribuinte;

Ao contrário do que arguiu a fiscalização, na matriz localizada no município do Rio de Janeiro/RJ funcionava um escritório de administração e contabilidade da empresa;

Não teve maiores atividades no referido escritório devido à imposição sanitária que proibia a venda de carne sem osso do sul do Pará;

Da decadência

No momento do lançamento, já havia se operado a decadência de direito de lançar os tributos cujos fatos geradores consumaram entre agosto a novembro de 2002, quais sejam, o IRPJ, CSLL, PIS e CONFIS, na forma do art. 150, § 4º, do CTN. Isto porque todos estes tributos possuem fatos geradores mensais;

Da omissão de receitas por depósitos bancários de origem não comprovada

Os auditores-fiscais se limitaram a mencionar a suposta incompatibilidade de valores entre os lançamentos contábeis e os extratos bancários, sem apresentar nenhuma planilha com a relação dos valores que estariam incompatíveis;

O lançamento deve ser anulado, pois a referida omissão (planilha com a relação dos valores incompatíveis) configura um cerceamento do direito de defesa e do contraditório;

O lançamento do cotejo dos valores lançados no Livro de Registro de Saída com os valores dos Livros Contábeis e o posterior lançamento da divergência entre os créditos dos extratos bancários e os créditos da conta banco resultou numa dupla tributação dos valores constantes dos extratos bancários. Isto porque os valores lançados no Livro de Registro de Saídas da Impugnante decorre da venda de produtos, que, por equívoco, não foram contabilizados nos Livros Diário e Razão, como também não o foram na conta bancos;

Da omissão de receitas derivada dos valores escriturados no Livro de Registro de Saídas

Os agentes fiscais, com base na receita omitida, deveriam ter recomposto o lucro real da empresa, e não simplesmente tê-las oferecido à tributação como se tais valores correspondessem efetivamente ao lucro da empresa;

Há julgados do 1º Conselho de Contribuintes nesse sentido;

Por isso o lançamento dever ser anulado;

Da multa qualificada

Não pode prosperar a multa de 150%, posto que não houve simulação e nem o objetivo de fugir da tributação e burlar o fisco;

A impugnante não criou quaisquer embaraços à fiscalização;

Não há nos autos elementos contundentes de que houve interesse de burlar o fisco;

Não restando comprovado o dolo, não há como subsistir a multa qualificada no percentual de 150%.

A DRJ proferiu acórdão cuja ementa vai transcrita abaixo:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003

Ementa:

NORMAS PROCESSUAIS. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE. É nulo o lançamento efetuado com cerceamento do direito de defesa, na forma do art. 59, II, do Decreto nº 70.235/1972.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. REQUISITOS. REGULAR INTIMAÇÃO.

Nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/96, para a caracterização da omissão de receitas por depósitos bancários, mister a ocorrência de três condições: e existência do crédito na conta bancária; a regular intimação a comprovar a origem dos créditos; e a conseqüente falta de comprovação da origem do crédito. É nulo o lançamento efetuado sem a regular intimação do contribuinte a comprovar a origem dos créditos bancários.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS. EFEITOS.

São ineficazes os julgados administrativos trazidos pelo sujeito passivo, pois tais decisões não constituem normas complementares do Direito Tributário, já que foram proferidas por órgãos colegiados sem, entretanto, uma lei que lhes atribuisse eficácia normativa, na forma do artigo 100, II, do Código Tributário Nacional.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. Mantém-se a responsabilidade tributária em terceiros não integrantes do quadro societário do sujeito passivo quando restar comprovado nos autos a ação para efetivação de interpostas pessoas objetivando encobrir o nome dos verdadeiros mandatários do sujeito passivo.

IRPJ. DECADÊNCIA.

O Imposto de Renda, tributo sujeito ao lançamento por homologação, tem o prazo decadencial regulamentado na forma do art. 150, § 4º do CTN, desde que o contribuinte tenha antecipado, ainda que parcialmente, o pagamento do imposto e ausentes o dolo, a fraude ou a simulação. Casos em que se aplica a regra geral da decadência estampada no art. 173, I, do CTN.

PIS, COFINS e CSLL. DECADÊNCIA.

O lançamento do PIS, da COFINS e da CSLL, por se tratarem de contribuições regidas pela Lei nº 8.212/91, possui prazo decadencial de 10 anos.

RECOMPOSIÇÃO DO LUCRO. Deve-se recompor o lucro da contribuinte quando do lançamento de omissão de receitas.

MULTA QUALIFICADA. APLICABILIDADE. Cabível o agravamento da multa, quando comprovado nos autos que a ação ou omissão do contribuinte teve o propósito deliberado de impedir ou retardar a ocorrência, ou ciência da Autoridade Fazendária, do fato gerador da obrigação tributária, utilizando-se de meios que caracterizam evidente intuito de fraude.

A DRJ recorre de ofício em relação à parcela exonerada e o contribuinte, intimado do acórdão DRJ em 25/06/1998, apresentou recurso em 28/07/2008.

A parcela exonerada, sujeita ao recurso de ofício refere-se a parte do acórdão abaixo ementada:

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. REQUISITOS. REGULAR INTIMAÇÃO.

Nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/96, para a caracterização da omissão de receitas por depósitos bancários, mister a ocorrência de três condições: e existência do crédito na conta bancária; a regular intimação a comprovar a origem dos créditos; e a conseqüente falta de comprovação da origem do crédito. É nulo o lançamento efetuado sem a regular intimação do contribuinte a comprovar a origem dos créditos bancários.

Já no recurso voluntário, alega a recorrente:

- Decadência, tendo em vista que a ciência do lançamento deu-se em 07/12/2007 e os fatos geradores teriam ocorrido entre agosto e novembro de 2002;
- Que não caberia a aplicação de multa qualificada, pois não há prova de dolo;
- Que não houve interposição de pessoas, afirmando:

Conforme mencionado na narrativa dos fatos do Termo de Verificação Fiscal, os auditores fiscais consideraram que houve a interposição fraudulenta dos sócios Luís Menegon e Maria Aparecida MCFICS1011 no quadro societário • da Recorrente, entendimento esse que, equivocadamente, foi seguido pelas autoridades de primeira instância administrativa.

Todavia, os argumentos apresentados pelas referidas autoridades não procedem, pois segundo consta no depoimento prestado pelo sócio Luiz Menegon no bojo do Termo de Verificação Fiscal às fls. 10 e 11, "QUE é sócio proprietário do FRIGOXIN COMERCIAL LTDA", evidencia sua condição de sócio da Recorrente, não se tratando, portanto, de interposição fraudulenta. Ademais, não há nos autos nenhum elemento que descaracterize sua condição de sócio, sendo certo que sempre exerceu referida Função, representando a empresa nas diversas situações.

Todavia, os argumentos apresentados pelas referidas autoridades não procedem, pois segundo consta no depoimento prestado pelo sócio Luiz Menegon no bojo do Termo de Verificação Fiscal às fls. 10 e 11, "QUE é sócio proprietário do

FRIGOXIN COMERCIAL LEDA", evidencia sua condição de sócio da **Recorrente**, não se tratando, portanto, de interposição fraudulenta. Ademais, não há nos autos nenhum elemento que descaracterize sua condição de sócio, sendo certo que sempre exerceu referida Função, representando a empresa nas diversas situações.

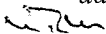
47. Ademais, alegam as autoridades fiscais que o Sr. Atílio Gusson sócio de Cato da empresa, ora **Recorrente**.

48. As aludidas autoridades embasaram a conclusão acima no fato do Sr. Atílio supostamente exercer atividade executiva de relevante importância e ter atribuições que, segundo entendimento fiscal, suplantariam as atribuições do cargo de gerente financeiro. Outrossim, as autoridades de primeira instância entenderam que o SR. ATILIO GUSSEON não era um simples mandatário da empresa e sim o pessoa que tinha poder de mando completo, agindo como se sócio-gerente fosse."

Todavia, as alegações supracitadas também não merecem prosperar, uma vez que os poderes conferidos ao Sr. Atílio Gusson na qualidade de Gerente Financeiro da **Recorrente** não-suplantam as atribuições para tal cargo. Isso porque, no ambiente empresarial, o gerente financeiro desempenha dentre outras funções: monitoramento contábil e financeiro, tesouraria, fechamentos contábeis, balanços, lucros e perdas, aumento da eficiência da organização, gerenciamento de fluxo de caixa, contas a pagar e a receber, processos administrativos, controle de custos de produção com vendas, controle de aplicações financeiras, etc.

Alem disso, não existe nenhum impedimento legal para que o gerente financeiro na qualidade de mandatário da empresa no bojo de um instrumento de mandato (procuração) possa atuar como sua representante e desempenhar as funções ali atribuídas que, diga-se de passagem, em nada extrapolam suas atribuições no cargo ocupado.

Ademais, vale mencionar que o Sr. Atílio foi admitido como gerente financeiro da **Recorrente** em setembro de 2002 e percebia o salário mensal inicial de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) tendo atingido o montante de R\$ 8.900,00 (oito mil e novecentos reais) após quatro anos de trabalho (em 09/2006). Em 01 de novembro de 2007, o Sr. Atílio foi demitido da empresa.



Do exposto, resta claro que não há que se falar em interposição fraudulenta dos sócios Luís Menegon e Maria Aparecida Menegon no quadro societário da Recorrente, bem como da equiparação indevida do Sr. Atilio Como sócio de fato da empresa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro MARCOS RODRIGUES DE MELLO

Início a análise pelo recurso voluntário.

Conforme AR de fls. 711, a recorrente tomou ciência do acórdão DRJ em 25/06/2008; conforme despacho e carimbo de recebimento de fls. 713, o recurso foi apresentado em 28/07/2008, sendo que o prazo de 30 dias prescrito pelo Decreto 70235 expirou no dia 25/07/2008

Em relação à tempestividade, afirma a recorrente:

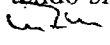
Informa a Recorrente que tomou ciência do Acórdão n. 01-11.197 da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belém-PA referente ao Processo em epígrafe no dia 24/06/2008. sendo, portanto, o dia 25/06/2008 o termo inicial para contagem do prazo para recurso, que se finda em 24/07/2008, o que comprova a tempestividade do presente recurso.

Pelos documentos acostados aos atos, na verdade a ciência foi no dia 25, iniciando a contagem no dia 26 (quinta-feira) e terminando no dia 25 de julho (sexta-feira), não constando dos autos ou de calendário oficial que seja feriado no dia 26 de junho ou no dia 25 de julho. Tendo sido o recurso apresentado em 28/07/2008, não pode o mesmo ser conhecido, por ser intempestivo.

Não conhecido o mérito do recurso, torna-se definitivo na esfera administrativa a matéria de mérito, não podendo ser conhecida matéria que não seja de ordem pública.

No caso concreto, há alegação de decadência por parte da recorrente, matéria essa que, em tese, pode ser conhecida de ofício, por tratar-se de matéria de ordem pública. .

No caso dos autos, tendo sido a ciência dada em 07/12/2007 e tendo sido aplicada a multa qualificada pela presença de dolo, foi aplicado o art. 173, I do CTN, o que permitiria que o lançamento referente ao ano-calendário de 2002 (IRPJ e CSLL) fosse realizado até 01/01/2009 e o lançamento referente ao PIS e a COFINS até 01/01/2008, exceto os FG's ocorridos em 31/12/2002 quando o prazo seria 01/01/2009.

Não tendo sido conhecido o mérito, mantida a multa qualificada não há de se falar em decadência.. 

Quanto ao recurso de ofício, tendo sido o valor exonerado superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), deve o mesmo ser conhecido.

Em relação ao mérito da matéria exonerada, o acórdão recorrido prescreveu:

Sobre o assunto, tenho que a recorrente foi atribuída a infração de "Omissão de Receita Operacional caracterizada pela falta de contabilização de depósitos bancários, ...", fundamentada no art. 42 da Lei nº 9.460/96.

Parece-me que a denominação da infração dada pelo Auditor-Fiscal não goza de um certo rigor técnico. Isto porque, o que caracteriza a infração delineada no art 42 da Lei nº 9.430/96 é a falta de comprovação da origem dos depósitos bancários e não a falta de contabilização destes. Muito embora a escrituração contábil dos créditos bancários sirva de justificativa para estes, ela não é a única maneira de comprovar a origem dos créditos bancários.

A falta de rigor na denominação da infração foi sanada pela descrição dos fatos do Termo de Verificação Fiscal - que permitem concluir que o caso trata da omissão de receitas caracterizada por depósitos de origem não comprovada - e pela fundamentação legal da infração, qual seja, o art 42 da Lei nº 9.430/96, de onde destaco o caput do artigo:

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.

Pela leitura do dispositivo, para que se cristalize a infração basta que o contribuinte, regularmente intimado, deixe de comprovar a origem dos depósitos bancários. Hipótese em que todos os créditos não comprovados ficam suscetíveis ao lançamento ante a presunção legal de omissão de receitas.

No caso concreto, o lançamento de omissão de receitas por depósitos não comprovados se limitou ao ano-calendário 2002 (fl. 599).

Sobre este período, o contribuinte foi intimado a esclarecer "as divergências apuradas entre os valores originados em suas contas bancárias e aqueles lançados em sua escrituração contábil, conta bancos" (fls. 533-534). A divergência destacada pela fiscalização teve como base a diferença entre soma mensal dos créditos à conta banco e a soma mensal dos depósitos registrados nos extratos bancários (excluídos os créditos de transferências, estornos, empréstimos bancários, etc.). A fiscalização ainda anexou ao Termo de Intimação a listagem dos depósitos bancários (fls. 535-554).

O contribuinte não apresentou resposta à intimação e foi autuado com base nos exatos valores das divergências mensais levantadas no Termo de Intimação.

Com base nestes fatos, o lançamento não merece prosperar. Explico.

A infração de omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada possui como condições sine qua non: a comprovação individualizada da existência dos depósitos bancários; a regular intimação para que o contribuinte comprove a origem dos depósitos bancários; e a falta de comprovação da origem desses depósitos bancários.

No caso, vejo que o contribuinte não foi regularmente intimado a comprovar a origem dos depósitos bancários, e sim a esclarecer a divergência encontrada entre as totalizações mensais dos créditos à conta banco e a correspondente soma dos depósitos registrados nos extratos bancários.

É bem verdade que os créditos à conta banco em tese justificam os depósitos bancários correspondentes. Porém, a rigor, se a fiscalização desejasse ter a iniciativa de excluir do rol de depósitos bancários os valores registrados na contabilidade, deveria tê-lo feito individualmente, depósito a depósito, para no final ter uma relação de depósitos bancários não identificados na conta banco. Relação de depósitos bancários esta que deveria ter sido levado ao conhecimento do contribuinte para comprovação da origem.

Melhor seria se a fiscalização intimasse o contribuinte a comprovar a origem de todos os créditos bancários (excluídos as transferências, estornos, empréstimos bancários, etc.), deixando a cargo deste identificar quais valores já estariam escriturados na contabilidade.

Dessa feita, para que pudesse levar a cabo o lançamento dos depósitos bancários, a fiscalização deveria ter adotado um dos dois procedimentos abaixo:

Intimar o contribuinte a comprovar a origem de todos os depósitos bancários - seja pela identificação dos valores já escriturados na contabilidade, seja por qualquer outro meio, deixando, assim, ao contribuinte a tarefa da comprovação. Situação em que todos os depósitos não comprovados estariam suscetíveis ao lançamento;

Excluir, por iniciativa própria, da relação dos depósitos bancários, os créditos que já haviam sido escriturados na contabilidade. Em seguida, mediante intimação, levar ao conhecido do contribuinte os depósitos bancários não identificados na contabilidade, para que este fizesse a comprovação da origem. Situação em que apenas os depósitos bancários não identificados na contabilidade, e não comprovados pelo contribuinte, estariam sujeitos ao lançamento.

De todo o jeito, o contribuinte deveria ter sido expressamente intimado a comprovar a origem dos depósitos bancários passíveis de lançamento para que pudesse exercer com plenitude

o contraditório e a ampla defesa. Bem como, deveria ter tido ciência de quais depósitos ensejaram o lançamento.

Ocorre que a fiscalização não intimou o contribuinte a comprovar a totalidade dos depósitos creditados na conta bancária, e nem levou ao conhecimento deste quais seriam os depósitos bancários não identificados na contabilidade para a devida comprovação da origem. Apenas se limitou a pedir esclarecimento sobre as divergências identificadas nos totais mensais. E mais, tampouco identificou ao contribuinte quais depósitos foram efetivamente suscetíveis ao lançamento por falta de comprovação da origem.

Com efeito, é de se reconhecer que, in casu, houve cerceamento de defesa do contribuinte, eis que este não foi regular e expressamente intimado a comprovar a origem dos depósitos bancários que ensejaram a exação fiscal, devendo-se, portanto, anular a parte do lançamento que tenha origem nos depósitos bancários.

Sobre a matéria, afirma a fiscalização em termo de fls. 584:

No caso concreto, o lançamento de omissão de receitas por depósitos não comprovados se limitou ao ano-calendário 2002 (fl. 599).

Sobre este período, o contribuinte foi intimado a esclarecer “as divergências apuradas entre os valores originados em suas contas bancárias e aqueles lançados em sua escrituração contábil, conta bancos” (fls. 533-534). A divergência destacada pela fiscalização teve como base a diferença entre soma mensal dos créditos à conta banco e a soma mensal dos depósitos registrados nos extratos bancários (excluídos os créditos de transferências, estornos, empréstimos bancários, etc.). A fiscalização ainda anexou ao Termo de Intimação a listagem dos depósitos bancários (fls. 535-554).

O contribuinte não apresentou resposta à intimação e foi autuado com base nos exatos valores das divergências mensais levantadas no Termo de Intimação.

Com base nestes fatos, o lançamento não merece prosperar. Explico.

A infração de omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada possui como condições sine qua non: a comprovação individualizada da existência dos depósitos bancários; a regular intimação para que o contribuinte comprove a origem dos depósitos bancários; e a falta de comprovação da origem desses depósitos bancários.

No caso, vejo que o contribuinte não foi regularmente intimado a comprovar a origem dos depósitos bancários, e sim a esclarecer a divergência encontrada entre as totalizações mensais dos créditos à conta banco e a correspondente soma dos depósitos registrados nos extratos bancários.

É bem verdade que os créditos à conta banco em tese justificam os depósitos bancários correspondentes. Porém, a rigor, se a

fiscalização desejasse ter a iniciativa de excluir do rol de depósitos bancários os valores registrados na contabilidade, deveria tê-lo feito individualmente, depósito a depósito, para no final ter uma relação de depósitos bancários não identificados na conta banco. Relação de depósitos bancários esta que deveria ter sido levado ao conhecimento do contribuinte para comprovação da origem.

Melhor seria se a fiscalização intimasse o contribuinte a comprovar a origem de todos os créditos bancários (excluídos as transferências, estornos, empréstimos bancários, etc.), deixando a cargo deste identificar quais valores já estariam escriturados na contabilidade.

Dessa feita, para que pudesse levar a cabo o lançamento dos depósitos bancários, a fiscalização deveria ter adotado um dos dois procedimentos abaixo:

Intimar o contribuinte a comprovar a origem de todos os depósitos bancários - seja pela identificação dos valores já escriturados na contabilidade, seja por qualquer outro meio-, deixando, assim, ao contribuinte a tarefa da comprovação. Situação em que todos os depósitos não comprovados estariam suscetíveis ao lançamento;

Excluir, por iniciativa própria, da relação dos depósitos bancários, os créditos que já haviam sido escriturados na contabilidade. Em seguida, mediante intimação, levar ao conhecido do contribuinte os depósitos bancários não identificados na contabilidade, para que este fizesse a comprovação da origem. Situação em que apenas os depósitos bancários não identificados na contabilidade, e não comprovados pelo contribuinte, estariam sujeitos ao lançamento.

De todo o jeito, o contribuinte deveria ter sido expressamente intimado a comprovar a origem dos depósitos bancários passíveis de lançamento para que pudesse exercer com plenitude o contraditório e a ampla defesa. Bem como, deveria ter tido ciência de quais depósitos ensejaram o lançamento.

Ocorre que a fiscalização não intimou o contribuinte a comprovar a totalidade dos depósitos creditados na conta bancária, e nem levou ao conhecimento deste quais seriam os depósitos bancários não identificados na contabilidade para a devida comprovação da origem. Apenas se limitou a pedir esclarecimento sobre as divergências identificadas nos totais mensais. E mais, tampouco identificou ao contribuinte quais depósitos foram efetivamente suscetíveis ao lançamento por falta de comprovação da origem.

Com efeito, é de se reconhecer que, in casu, houve cerceamento de defesa do contribuinte, eis que este não foi regular e expressamente intimado a comprovar a origem dos depósitos bancários que ensejaram a exação fiscal, devendo-se, portanto, anular a parte do lançamento que tenha origem nos depósitos bancários.

Afirma a fiscalização sobre a matéria:

Com objetivo proporcionar-lhe a produção de prova em contrário, a fiscalizada foi cientificada do termo de intimação fiscal lavrado em 26/09/2007, sendo intimada a comprovar com documentação hábil e idônea a origem dos recursos depositados em todas as suas contas-correntes, conforme lançamentos constantes no anexo ao citado termo, os quais foram extraídos dos extratos bancários fornecidos pelas instituições financeiras.

*Da análise levada a efeito, após expurgarmos os valores referentes a eventuais resgates de aplicações financeiras, estornos, cheques devolvidos e empréstimos bancários, apuramos omissão de receitas nos períodos e totais, caracterizados pelos depósitos em conta não comprovados a sua origem pela fiscalizada, posto que, embora **regularmente intimada** a fazê-lo, conforme já dito, quedou-se inerte.*

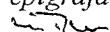
A intimação acima citada foi feita a fls. 533, onde consta:]

Esclarecer as divergências apuradas entre os valores originados em suas contas bancárias e aqueles lançados em sua escrituração contábil, conta bancos, ano-calendário 2002. Registre-se que as divergências foram apuradas, em que pese ter esta autoridade fiscal realizado a devida conciliação bancária entre todas as contas, ter considerado somente os valores a título de lançamentos nos extratos bancários acima de 1.000,00 reais, assim como ter desconsiderado os lançamentos atinentes a cheques devolvidos, redução de saldo devedor, empréstimos bancários e outros que não guardavam nenhuma conexão com a hipótese indiciária de receitas auferidas no período sob análise.

Período	D	Mov. Fin	Mov. Fin - D
Jan	0,00	0,00	
Fev	0,00	0,00	
Mar	0,00	0,00	
Abr	0,00	0,00	
Mai	0,00	0,00	
Jun	0,00	0,00	
Jul	0,00	0,00	
Ago	2.228.996,75	2.232.908,75	3.912,00
Set	7.197.071,57	7.186.582,15	NÃO HÁ
Out	11.382.747,46	12.589.076,72	1.206.329,26
Nov	11.914.405,94	13.270.195,02	1.355.789,08
Dez	13.023.812,51	15.154.591,93	2.130.779,42

Relevante ressaltar ainda que não foram detectados na escrituração contábil lançamentos referentes à conta mantida junto ao BCN S/A.

Segue anexo ao presente termo documento constando todos os lançamentos bancários considerados na análise acima epigrafada.



Como se pode observar, a Autoridade Fiscal não cumpriu o disposto no art. 42 da Lei 9430/96:

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

§1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

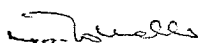
Embora a fiscalização tenha anexado a lista de depósitos, intimou a recorrente conforme repito abaixo:

Esclarecer as divergências apuradas entre os valores originados em suas contas bancárias e aqueles lançados em sua escrituração contábil, conta bancos, ano-calendário 2002.

Ora, o texto legal permite a presunção desde que os depósitos sejam analisados individualizadamente, ou seja, a recorrente tem de ser intimada a demonstrar a origem de cada depósito (origem), pois caso não obtenha êxito na comprovação, presume-se que os depósitos sejam referentes a receitas do contribuinte que não foram submetidas à tributação.

Da forma como agiu, a fiscalização tributou com base em indício mas, como não há previsão legal que eleve este indício ao grau de presunção, torna-se insubsistente o lançamento.

Diante do exposto, voto por não conhecer o recurso voluntário e por negar provimento a recurso de ofício.



MARCOS RODRIGUES DE MELLO - Relator