



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

Processo nº 10235.001610/2009-77
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1301-000.634 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 21 de novembro de 2018
Assunto SOLICITAÇÃO DE DILIGÊNCIA
Recorrente F.A. TOBELEM -ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto- Presidente.

(assinado digitalmente)

Nelso Kichel- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Roberto Silva Junior, Nelso Kichel, Bianca Felícia Rothschild, Giovana Pereira de Paiva Leite, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Carlos Augusto Daniel Neto, José Eduardo Dornelas Souza e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

Relatório

Trata-se do Recurso Voluntário (e-fls. 1304/1315) em face do Acórdão da 2ª Turma da DRJ/Belém (e-fls. 1284/1297) que julgou a Impugnação improcedente, ao manter o lançamento fiscal do SIMPLES Federal, ano-calendário 2006.

Quanto aos fatos, consta dos autos:

- que, em **18/03/2010**, a Fiscalização da RFB, unidade DRF/Macapá, lavrou Autos de Infração SIMPLES Federal (IRPJ, PIS, Cofins, CSLL e Contrib. Seg. Social - INSS), **ano-calendário 2006** (e-fls. 1142/1252), ao imputar as seguintes infrações, *in verbis*:

(...)

001 - OMISSÃO DE RECEITAS

RECEITAS NÃO ESCRITURADAS

Conforme descrito no Relatório Fiscal, fls. 983 a 989.

<i>Fato Gerador</i>	<i>Valor Tributável (R\$)</i>	<i>Multa (%)</i>
<i>31/01/2006</i>	<i>40.019,96</i>	<i>75</i>
<i>28/01/2006</i>	<i>23.909,91</i>	<i>75</i>
<i>31/03/2006</i>	<i>31.493,01</i>	<i>75</i>
<i>30/04/2006</i>	<i>40.269,89</i>	<i>75</i>
<i>31/05/2006</i>	<i>102.545,72</i>	<i>75</i>
<i>30/06/2006</i>	<i>37.879,75</i>	<i>75</i>
<i>31/07/2006</i>	<i>61.823,86</i>	<i>75</i>
<i>31/08/2006</i>	<i>84.862,40</i>	<i>75</i>
<i>30/09/2006</i>	<i>90.897,37</i>	<i>75</i>
<i>31/10/2006</i>	<i>103.905,61</i>	<i>75</i>
<i>30/06/2006</i>	<i>34.063,69</i>	<i>75</i>
<i>31/12/2006</i>	<i>151.655,74</i>	<i>75</i>

Obs: **Omissão de receitas direta**, dados extraídos a partir das vendas por cartão de crédito (vendas não registradas na escrituração e não declaradas ao fisco).

ENOUADRAMENTO LEGAL:

Art. 24 da Lei nº 9.249/95; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "a", 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317/96.; Art. 3º da Lei nº Arts. 186, 188 e 199, do RIR/99.

002 - OMISSÃO RECEITAS

DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS

Conforme descrito no Relatório Fiscal, fls. 983 a 989.

<i>Fato Gerador</i>	<i>Valor Tributável (R\$)</i>	<i>Multa (%)</i>
31/01/2006	1.422.046,34	75
28/02/2006	241.896,24	75
28/02/2006	803.255,90	75
31/03/2006	1.221.742,52	75
30/04/2006	1.120.589,63	75
31/05/2006	1.179.749,16	75
30/06/2006	781.219,21	75
31/07/2006	1.038.815,12	75
31/08/2006	1.047.995,22	75
30/09/2006	704.219,09	75
31/10/2006	1.387.658,81	75
30/06/2006	1.279.329,12	75
31/12/2006	1.168.391,67	75

Obs: **Omissão de receitas por presunção legal**., depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada.

ENQUADRAMENTO LEGAL:

Art. 24 da Lei nº 9.249/95; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "a", 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317/96; art. 42 da Lei nº 9.430/96.; Art-z 3º da Lei nº 9.732/98.; Arts. 186, 188 e 199, do RIR/99.

(...)

- que, ainda quanto aos fatos, consta do Relatório Fiscal, parte integrante dos autos de infração (e-fls. 1135/1141), *in verbis*:

(...)

I. DA INVESTIGAÇÃO FISCAL

(...)

9. Em 1º/9/2009, fls. 185 a 187, a titular da fiscalizada foi intimada a:

a) apresentar os extratos bancários das contas-correntes, poupanças, aplicações financeiras etc mantidas pela matriz e pelas filiais da fiscalizada, nos bancos ora identificados, que deram origem a movimentação financeira incompatível com o total da renda disponível declarada, no ano-calendário de 2006, como a seguir descrito:

(...)

10. Em resposta, a titular da fiscalizada informou não dispor dos documentos acima solicitados, alegando extravio do mesmos, fls. 189. Nesta oportunidade, informou ter procedido a atualização do endereço da fiscalizada junto ao cadastro da Receita Federal.

11. Em face da não apresentação dos extratos bancários pela fiscalizada, foram emitidas, em 1º/10/2009, as Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira - RMF (...).

(...)

22. Após realizada a auditoria nos extratos bancários fornecidos pelas supracitadas instituições financeiras, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/1996, a fiscalizada foi intimada, na pessoa de sua titular, fls. 794 a 799, 802 a 908:

a) a comprovar, mediante documentação hábil e idônea, **a origem dos recursos utilizados nos depósitos efetuados, no ano-calendário de 2006, nas seguintes contas-correntes:** nº 31.407-2, mantida na Agência nº 4544-6, do Banco do Brasil; nº 3736229, mantida na Agência nº 0191, do Banco ABN AMRO Real; nº 21645-0, mantida na Agência nº 1138, do Banco Itaú; nº 13-000588-9, mantida na Agência nº 0697, do Banco Banespa/Santander; nº 101193, mantida na Agência nº 1529, do Unibanco; e nº 10385-3, mantida na Agência nº 0990, conforme planilha intitulada “Auditoria de Depósitos Bancários (Total dos créditos, após as exclusões previstas no art. 42, da Lei nº 9.430/1996)”;

b) da planilha intitulada “Auditoria de Depósitos Bancários (Transferências entre contas da própria pessoa jurídica e outras exclusões; art. 42, da Lei nº 9.430/1996)”, contendo os valores de créditos excluídos (estornos e decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa jurídica);

c) de que a não comprovação da origem dos recursos utilizados nos referidos depósitos caracteriza a omissão de receitas, sujeitando as mesmas à tributação (no regime do SIMPLES), por meio da lavratura de auto de infração, com a incidência de multa mínima de 75% sobre o total do tributo apurado.

23. Até a presente data a fiscalizada não procedeu a alteração do seu endereço fiscal junto à Receita Federal do Brasil, fls. 909.

24. Em 8/3/2010 a titular da fiscalizada informou não dispor dos documentos acima solicitados, alegando extravio do mesmos, fls. 910.

II. DA DETERMINAÇÃO DA MATÉRIA TRIBUTÁVEL.

A fiscalizada apresentou à Receita Federal uma Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - Simples (art. 7º da Lei nº 9.317/1996) relativa ao ano-calendário de 2006, PJSI 2007, fls. 4 a 21, indicando sua condição de empresa de pequeno porte.

2. Na PJSI 2007 a fiscalizada consignou os seguintes valores de receitas brutas mensais (e respectivos valores de “Simples a pagar”): a) janeiro: R\$ 66.514,80 (R\$ 3.591,80); b) fevereiro: R\$ 68.163,00 (R\$ 3.680,80); c) março: R\$ 70.232,10 (R\$ 3.792,53); d) abril: R\$ 72.729,00 (R\$ 4.218,28); e) maio: R\$ 72.915,10 (R\$ 4.229,08); f) junho: R\$ 75.531,60 (R\$ 4.682,96); g) julho: R\$ 75.142,30 (R\$ 4.959,39); h) agosto: R\$ 75.956,20 (R\$ 5.013,11); i) setembro: R\$ 74.816,00 (R\$ 5.237,12); j) outubro: R\$ 78.204,31 (R\$ 5.787,12); k) novembro: R\$ 82.103,49 (R\$ 6.075,66); l) dezembro: R\$ 89.548,90 (R\$ 6.984,81); **totalizando R\$ 901.856,80, no ano-calendário de 2006.**

3. Como optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples, a fiscalizada estava obrigada a, no mínimo, **escriturar o Livro**

Caixa (art. 7º, § 1º, alínea a, da Lei nº 9.317/1996), no qual deveria estar registrada toda sua movimentação financeira, inclusive bancária; bem como guardar todos os documentos e demais papéis (inclusive extratos bancários) que serviram de base para a escrituração do referido livro (art. 7º, § 1º, alínea c, da Lei nº 9.317/1996).

4. Devidamente intimada, fls. 34 a 36, 42, 100, 101, 115, 119 a 121, 123, 178, 183, 185 a 190, a fiscalizada não apresentou nem o Livro Caixa nem os extratos das contas-correntes, poupanças, aplicações financeiras etc mantidas pela ela e suas filiais, no Banco do Brasil S.A., no Banco ABN AMRO Real S.A., no Banco Itaú S.A., no Banco do Estado de São Paulo S.A. - Banespa, no Banco Santander S.A., no Unibanco - União dos Bancos Brasileiros S.A. e no Banco Bradesco S.A., ao longo do ano-calendário de 2006.

5. **O seguinte fato autorizou o Fisco, nos termos do art. 3º, inciso XI, c/c seus §§ 1º e 2º, inciso I, do Decreto nº 3.724/2001, a ter acesso às informações relativas à movimentação financeira da fiscalizada, (e, em decorrência do art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/1996, c/c o art. 42 da Lei nº 9.430/1996, a utilização das mesmas para fins do lançamento do Imposto de Renda da Pessoa Física), a saber: a movimentação financeira incompatível com o total da renda disponível declarada à Receita Federal, no ano-calendário de 2006, nos seguintes termos: a) total da renda disponível declarada à Receita Federal: R\$ 901.856,80 (conforme PJSI 2007, fls. 4 a 21); b) total da movimentação financeira: R\$ 14.309.255,50, fls. 22, 28 e 30.**

(...)

8. Após a auditoria realizada nos documentos coligidos no curso do presente procedimento, a saber: extratos apresentados pelas supracitadas instituições financeiras, fls. 364 a-399, 402 a 411, 412 a 431, 433 a 599, 602 a 608, 609 a 725, 726 a 755, 756 a 790; e os relatórios das vendas efetuadas pela fiscalizada, mediante a aceitação de **cartão de crédito** como meio de pagamento (nas modalidades de crédito e débito), mensalmente, durante o ano-calendário de 2006, apresentados pela Companhia Brasileira de Meios de Pagamento (Visanet) e pela Redecard S. A. (Sistema Redecard: bandeiras Mastercard e Diners), fls. 240 a 324 e 338 a 361, foram constatadas duas situações que configuram omissões de receitas.

9. A primeira refere-se a **omissões de receitas apuradas de forma direta**, decorrentes das diferenças de valores de receitas declaradas na PJSI 2007, fls. 4 a 21, e dos valores constantes dos relatórios das vendas efetuadas pela fiscalizada, mediante a aceitação de cartão de crédito como meio de pagamento (nas modalidades de crédito e débito), mensalmente, durante o ano-calendário de 2006, apresentados pela Companhia Brasileira de Meios de Pagamento (Visanet) e pela Redecard S. A. (Sistema Redecard: bandeiras Mastercard e Diners), fls. 240 a 324 e 338 a 361, conforme planilha intitulada "Demonstrativo de Apuração de Omissões de Receitas", fls. 916 e 917, elaborada com o auxílio das planilhas "Demonstrativo de Apuração de Receitas (Operações Intermediadas pela Visanet)", fls. 912 e 913, e "Demonstrativo de Apuração de Receitas (Operações Intermediadas pela Redecard)", fls. 914 e 915.

10. A segunda refere-se a omissões de receitas apuradas de forma indireta, ou seja, por presunção legal (art. 42 da Lei nº 9.430/1996), caracterizadas pela falta de comprovação da origem dos recursos utilizados em depósitos bancários, no ano-calendário de 2006, após as devidas exclusões, tanto as constantes da planilha intitulada "Auditoria de Depósitos Bancários (Transferências entre contas da própria pessoa jurídica e outras exclusões; art. 42, da Lei nº 9.430/1996)"; contendo os valores de créditos excluídos (estornos e decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa jurídica); como os valores cujos históricos eram relativos a operações com cartões de crédito. As referidas omissões encontram-se indicadas na planilha "Depósitos Bancários/Valores com Origem não Comprovada (Outros Créditos, após as Exclusões Previstas no art. 42 da Lei nº 9.430/1996 e das Operações com Cartões de Crédito)", fls. 918 a 982.

11. Os valores informados pela fiscalizada em sua PJ SI 2007 como "Simples a pagar", fls. 6 a 17, sofreram majoração, mercê da "acumulação" da receita bruta mensal informada naquela declaração, com as receitas omitidas apuradas pela Fiscalização, acima mencionadas, dando origem, assim, a insuficiências de recolhimentos dos valores de "Simples a pagar".

(...)

DEMONSTRATIVO DE PERCENTUAIS APLICÁVEIS SOBRE A RECEITA BRUTA Mês/Ano	Receita Bruta Mensal (Decl.) (R\$)	Dif. Apuradas (R\$)	Receita Bruta Acumulada (R\$)	% Total SIMPLES
01/2006	66.514,80	1.462.066,30	1.528.581,10	9,80
02/2006	68.163,00	803.255,90		12,60
02/2006	0,00	265.806,15		15,12
			2.665.806,15	
03/2006	70.232,10	1.253.235,53	3.989.273,78	15,12
04/2006	72.729,00	1.160.859,52	5.222.862,30	15,12
05/2006	72.915,10	1.282.294,88	6.578.072,28	15,12
06/2006	75.531,60	819.098,96	7.472.702,84	15,12
07/2006	75.142,30	1.100.638,98	8.648.484,12	15,12
08/2006	75.956,20	1.132.857,62	9.857.297,94	15,12
09/2006	74.816,00	795.116,46	10.727.230,40	15,12
10/2006	78.204,31	1.491.564,42	12.296.999,13	15,12
11/2006	82.103,49	1.313.392,81	13.692.495,43	15,12
12/2006	89.548,90	1.320.047,41	15.102.091,74	15,12

- que o crédito tributário lançado de ofício nos Sistema SIMPLES Federal, na data dos autos de infração, ano-calendário 2006, perfaz o montante de R\$ 4.530.204,24, assim discriminado:

Auto de Infração	Principal (R\$)	Juros de Mora (Calculados até 26/02/2010) (R\$)	Multa de ofício de 75%	Total
IRPJ - Simples	149.698,14	57.617,04	112.273,55	319.588,73
CSLL - Simples	149.698,14	57.617,04	112.273,55	319.588,73
PIS -Simples	109.529,57	42.170,37	82.147,13	233.847,07
Cofins- Simples	439.835,52	169.344,95	329.876,58	939.057,05
Contrib. Seg. Social -INSS - Simples	1.273.141,93	490.124,34	954.856,39	2.718.122,66
Total				4.530.204,24

- que foi imputada sujeição passiva solidária ao Sr. JOSÉ SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM, CPF nº 324.873.552-04, conforme Termo (e-fls. 1253/1259), *in verbis*:

(...)

IV. DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

O crédito apurado no presente Procedimento de Fiscalização corresponde às obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração de lei (o art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/1990, que define crimes contra a ordem tributária; e o art. 1.179 da Lei nº 10.406/2002 - Código Civil) pela seguinte pessoa: o mandatário da fiscalizada, o senhor JOSÉ SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM, CPF nº 324.873.552-04, conforme Procuração de fls. 50.

2. Como responsável pelos negócios da fiscalizada, a pessoa supracitada deveria abster-se da prática de atos tendentes a viabilizar o não pagamento dos tributos federais devidos pela empresa, a saber: omitir informação às autoridades fazendárias (apresentação da PJSI 2007, fls. 4 a 21, nela consignando valores a menor de receitas auferidas no ano-calendário de 2006. Demais, não foi escriturado o Livro Caixa, a que estava obrigada a fiscalizada, no ano sob fiscalização, nem apresentados os documentos de guarda obrigatória.

3. Assim, a referida pessoa, no comando da fiscalizada, perpetrou infração tanto ao Código Civil, no tocante aos seus deveres de sócio-gerente (art. 1179), tanto à lei que tutela penalmente a ordem tributária, razão pela qual devem responder pelo crédito tributário ora apurado, na forma dos arts. 135, inciso III, e 137, inciso III, alínea "c", da Lei nº 5.172/1966, Código Tributário Nacional- CTN.

(...)

Fundamentação Legal

Face ao todo exposto restou caracterizada a sujeição passiva solidária nos termos dos arts. 124, inciso II, 135, inciso III, e 137, inciso III,

*alínea “c”, da Lei nº 5.172/66, Código Tributário Nacional - CTN, c/c
o art. 1/1972.179 da Lei nº 10.406/2002 - Código Civil.*

(...)

Cientes do lançamento fiscal por via postal F.A.TOBLEM e Sr. JOSÉ SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM em **25/03/2010 - quinta-feira** (e-fls. 1260/1261), apenas a pessoa jurídica, firma individual, F. A. TOBELÉM - ME (titular FRANCILENE ARAÚJO TOBELEM) apresentou impugnação em **26/04/2010 - segunda -feira** (e-fls. 1269/1281), por intermédio do Sr. JOSÉ SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM, **procurador legal**, cujas razões, em síntese, são as seguintes:

1 - DA IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO COM BASE EM MEROS DEPÓSITOS BANCÁRIOS:

- que se o lançamento decorre de mera constatação de depósitos bancários, sem maiores investigações sobre a ocorrência do fato gerador do imposto conforme definido no art. 43 do CTN, fere não só o princípio da Verdade Material, como o princípio da estrita legalidade;

- que o legislador pretende tributar é aquela o que representa um efetivo e real acréscimo patrimonial verificado no período. E isto não restou comprovado no presente lançamento;

- que a Impugnante tem como objetivo principal a atividade de venda de aparelhos de telefone celular e cartões para carga de celular da operadora Amazônia Celular S/A - Pará. Na qualidade de representante comercial da operadora Amazônia Celular, a Impugnante recebe uma comissão pelas vendas e serviços prestados;

- que a parceria comercial com a operadora Amazônia Celular funcionava assim: a Impugnante recebia aparelhos da Amazônia Celular e os vendia aos clientes, recebia também cartões de carga e recarga de celular. Do total das faturas, a Impugnante ficava apenas com 20% do total e o restante repassava à operadora Amazônia Celular;

- que, embora as vendas de cartões e aparelhos celulares fossem efetuados pela Impugnante e os depósitos das vendas via cartão de Crédito (Visanet, Redecard) fossem efetuados diretamente na conta bancária da Impugnante, fica evidente que não podem ser considerados receitas da empresa, posto que, dessas receitas, a maior parte dos valores era repassada para terceiros, ficando apenas com uma pequena parte relativa às comissões ou remunerações pelos serviços prestados;

- que não se pode pretender, *in casu*, que meros depósitos bancários, por si só, constituam fato gerador do imposto de renda, pois não caracterizam disponibilidade econômica de renda da Impugnante;

- que, mesmo depois da edição da Lei nº 9430, de 1996, meros depósitos em confronto com as provas e a indicação da empresa beneficiária de parte dos depósitos, não servem por si só para presumir que a integralidade dos depósitos são receitas tributáveis;

- que a Impugnante tinha várias contas em diversos bancos e, constantemente, fazia retiradas de uma conta para realizar alguma despesa ou investimento. Às vezes, as sobras eram depositadas em outra conta. Às vezes, o negócio não era realizado e o dinheiro era

devolvido e depositado em outra conta. Também há casos de empréstimos de curto prazo, depositados diretamente na conta da Impugnante. Também há os saldos de depósitos de exercícios anteriores que justificam parte dos valores no início do ano.

2- RESSARCIMENTO DE VENDA PROMOCIONAL DE TELEFONE

- que quando a Amazônia Celular S/A queria fazer a promoção de um determinado aparelho, ela solicitava que a Impugnante vendesse-se o aparelho por um preço inferior ao que a ela havia comprado da operadora, e em contrapartida a operadora ressarcia a recorrente pela diferença do preço de venda e o preço promocional através de uma operação bancária;

- que, em suma, os depósitos realizados pela Amazônia Celular referentes a esses ressarcimentos, nada mais eram do que a reposição de um dinheiro que a recorrente já possuía, e, por conseguinte, já tributado. Por isso, analisando-se apenas os depósitos bancários, tem-se a ilusão de que a Impugnante estaria movimentando um valor altíssimo e omitia receitas, entretanto, analisando operação por operação verifica-se grande parte delas pode ser explicada, como esta acima descrito;

3 - DA IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO ANTE A COMPROVAÇÃO EFETIVA DA ORIGEM DOS DEPÓSITOS (Ilegitimidade passiva):

- que a Impugnante funcionava como prestadora de serviços da operadora Amazônia Celular S/A - Pará, e por esses serviços era remunerada de acordo com a Cláusula Quinta (Do Preço e Remuneração). A Impugnante atuava como distribuidora de cartões de recarga dos celulares, que os revendia aos chamados Pontos de Vendas para venda final ao consumidor. Conforme contrato, a "comissão a ser percebida a título de remuneração pelo serviço prestado" era de 10% (dez por cento) descontado na Nota Fiscal, sobre o montante adquirido, acrescida de mais 10%, se superadas as metas fixadas pela Amazônia Celular (5.3. da Cláusula Quinta). Em suma, do total faturado a Impugnante ficava efetivamente com apenas 20%, e o restante repassava à operadora Amazônia Celular, conforme contrato;

- que, embora a Impugnante não tenha entregue o Livro Caixa por motivos justificados, admitir que toda renda de venda de cartões e celulares é receita tributável da Impugnante, é, em última análise, pretender tributar duas vezes a mesma receita (bis in idem). Isto porque, a Impugnante, mediante contrato, opera como intermediária na venda de cartões e aparelhos celulares da operadora Amazônia Celular e, por força desse contrato, repassa 80% dessa receita a Amazônia Celular, que - por sua vez - , certamente, declara e paga os tributos incidentes sobre as mesmas. Repisando, o Fisco pretende exigir duas vezes tributos sobre a mesma receita, uma vez da Impugnante através destes lançamentos e outra vez da empresa Amazônia Celular que certamente declarou as receitas repassadas pela Impugnante;

- que o contrato é claro: a Impugnante presta serviços à Amazônia Celular S/A - Pará e, por isso, recebe comissão de até 20% dessa operadora. Importante ressaltar que a Impugnante era a única distribuidora da operadora Amazônia Celular no Estado e vendia a maior parte dos cartões aos chamados Pontos de Vendas (varejistas);

- que essas informações foram passadas ao Auditor-Fiscal, o qual por atenção a princípio da verdade material, deveria intimar a empresa Amazônia Celular para que confirmasse as informações. Em suma, se a Impugnante prova que parte das receitas pertence a

terceiros, por força de contrato, deveria aprofundar a investigação para excluir os valores não pertencentes a Impugnante, e citou precedente do CARF (Acórdão nº 106-17.164);

- que soa “absurdo” pretender que todo o dinheiro depositado na conta corrente de uma empresa de representação comercial de outra corresponda à receita integral própria. Citou ainda precedente do CARF (Acórdão nº 104-19.302);

- que o Fisco, ao exigir o tributo sobre os valores integrais depositados em conta corrente da Impugnante, estaria, em última análise, tributando o sujeito passivo (no caso a Impugnante) de forma excessiva (ou indevidamente), na medida em que, a maior parte da receita pertence a empresa Amazônia Celular S.A. a qual, por sua vez, certamente, declarou essas receitas à Receita Federal e ofereceu à tributação;

- que não pode prosperar o presente lançamento, porquanto o Fisco exige tributo, sobre receitas que não pertencem integralmente a Impugnante, configurando erro na identificação do sujeito passivo. Por isso deve ser considerado nulo o lançamento.

4- DA IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO - DEPÓSITOS DE UM MÊS JUSTIFICAM OS RECURSOS DO MÊS SEGUINTE:

- que não há “impedimento algum considerar que a omissão de rendimentos detectada e tributada em um mês seja suficiente para justificar a omissão presumida de rendimentos e caracterizada pelos depósitos bancários nos meses seguintes.”.

5- DA IMPROCEDÊNCIA DOS LANÇAMENTOS REFLEXOS

- que a improcedência dos lançamentos alcançam não só as exigências de IRPJ como também do PIS, COFINS, CSLL e INSS, posto que, sendo reflexos de lançamento nulo ou improcedente no tocante ao IRPJ, diante da íntima relação de causa e efeito que os unem ao tributo principal, seguem a sorte deste.

Por fim, a Impugnante pediu:

a) nulidade de pleno direito o presente libelo fiscal ou declará-lo improcedente pelos motivos acima expostos. Ou se assim não entender a Turma Julgadora que:

b) reconheça como renda tributada os valores relativos as comissões fixadas em contrato no percentual de 20% dos depósitos levantados, por serem os valores realmente auferidos como renda pela Impugnante nas operações que realizou, determinando a reconstituição do crédito tributário com base nesses valores;

c) protesta por todos os meios de provas admitidas em direito.

Na sessão de **13/10/2010**, a 2ª Turma da DRJ/Belém julgou a Impugnação improcedente, ao manter o lançamento fiscal, conforme Acórdão (e-fls. 1284/1297), cuja ementa e dispositivo transcrevo, *in verbis*:

(...)

Assunto: Simples

(...)

Exercício: 2007

Ementa: VENDA POR CARTÃO DE CRÉDITO - OMISSÃO DE RECEITAS - Verificada por indícios a omissão de receita, a autoridade tributária poderá, para efeito de determinação da base de cálculo sujeita à incidência do imposto, arbitrar a receita do contribuinte, tomando por base as receitas, apuradas em procedimento fiscal, correspondentes ao movimento diário das vendas, da prestação de serviços e de quaisquer outras operações. (Art.284 - Decreto nº 3.000 de 26 de março de 1999 - Regulamento do Imposto de Renda)

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. PRESUNÇÃO LEGAL. A Lei nº 9.430, de 1996, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza lançar o imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

Impugnação Irrprocedente

Crédito Tributário Mantido

(...)

Acordam os membros da 2ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar improcedente a manifestação de inconformidade.

(...)

Ciente desse *decisum* o sujeito passivo firma individual **F. A. TOBELÉM - ME**, em 04/01/2011, por via postal - Aviso de Recebimento - AR (e-fl. 1303), **apresentou Recurso Voluntário**, em 02/02/2011, (e-fls. 1304/1315), **por intermédio** da titular da firma individual, Sra. **FRANCILENE ARAÚJO TOBELEM**, **cujas razões, em síntese, são as seguintes:**

1 -PRELIMINAR DE NULIDADE. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM ORDEM JUDICIAL:

- que a regra é o respeito ao sigilo, sendo exceção a sua quebra, em face de circunstâncias que justifiquem a atribuição de maior peso aos princípios que justificam a fiscalização que aos que protegem a intimidade do fiscalizado;

- que é inconstitucional o dispositivo que praticamente torna o sigilo bancário inexistente, transformando a “quebra” do sigilo em uma regra sem exceções (LC 105, art. 6º);

- que, mesmo que assim não fosse, o artigo padeceria de outra inconstitucionalidade (que também vicia o art. 6º da mesma lei complementar), porquanto deixa nas mãos da Administração, parte interessada, e não do Poder Judiciário, em tese imparcial, o juízo acerca da presença das circunstâncias que justificam a quebra;

- que, considerando que no caso ora debatido, o Fisco Federal não possuía qualquer autorização judicial, e nem apresentou motivos para considerar indispensável a

quebrar do sigilo bancário do contribuinte, resta inconteste a nulidade do lançamento pela quebra ilegal do seu sigilo bancário.

2- MÉRITO:

2.1 - OFENSA AO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL - PRESUNÇÃO ILEGAL DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS:

- que, *in casu*, a contribuinte ainda na impugnação provou que mantinha contrato de exclusividade para prestar serviços à operadora de telefonia celular Amazônia Celular S/A - Pará, e por esses serviços era remunerada de acordo com a Cláusula Quinta (Do Preço e Remuneração) do contrato anexado aos autos;

- que não se tratava de um contrato simples, em que a contribuinte apurava o dinheiro pela venda de cartões e repassava, no final do mês, o valor correspondente a 80%, ficando com 20%, como sugere o contrato. Na verdade, o funcionamento desse contrato não era simples assim, isto porque, o acordo se concretizava mediante operações comerciais com descontos concedidos na compra ou reembolsos indenizatórios, que no final, rendia à recorrente um ganho comercial equivalente a 20% de todo faturamento;

- que, embora a empresa ainda esteja com dificuldades para reunir todos os documentos de provas, nesta oportunidade, pretende com os documentos que conseguiu resgatar até agora, esclarecer melhor o funcionamento do contrato e a sua real renda tributável:

a) remuneração pela venda de cartões de crédito:

- que os cartões telefônicos (celular) têm preços pré-fixados pela operadora: o cartão de 15 custa R\$ 15,00; o cartão de 20 custa R\$ 20,00, e assim por diante. Isto significa que a recorrente somente poderia vender os cartões pelos seus respectivos preços pré-fixados e impressos nos próprios cartões, nem um centavo a mais;

- que o ganho da empresa/recorrente está na compra dos cartões. Conforme documentos, em anexo, constata-se que a empresa adquiria os referidos cartões com descontos de até 20%. Por exemplo: a NF nº 09045, emitida em 07/11/2006 pela Amazônia Celular S/A, informa que foram comprados 2.000 cartões de 16, totalizando o valor de R\$ 32.000,00. Essa compra foi paga mediante duplicata vencida em 07/12/2006, com desconto de 15%, ou seja, a empresa pagou apenas R\$ 27.200,00, conforme documentos anexos;

- que, assim, se a empresa/recorrente vendesse os 2.000 cartões faturando R\$ 32.000,00 em novembro, pagaria no mês seguinte à Amazônia Celular R\$ 27.200,00, tendo um lucro efetivo de R\$ 4.800,00 que corresponde ao desconto concedido no momento da compra. E assim por diante;

- que, portanto, o ganho da empresa se concretizava quando da compra dos cartões e não nas vendas dos mesmos. Equivale dizer que, os depósitos resultantes das vendas de cartões não podem representar ganho da empresa/recorrente, posto que esses valores retornavam à empresa Amazônia Celular.

b) remuneração pela venda de aparelhos e serviços de ativação de celular:

- que outras rendas realmente pertencentes à empresa/recorrente são as remunerações pelas vendas de aparelhos celulares e serviços de ativação de linhas. Por essas operações, a Amazônia Celular, com base em relatório periódico (cópias anexas), informava à empresa/recorrente o valor da comissão do período e, com base nesses relatórios, **a recorrente era obrigada a emitir uma nota fiscal contra a Amazônia Celular**, a qual, por sua vez, depositava o valor da comissão, já descontados o Imposto de Renda (retido na fonte), conforme destacado nos respectivos relatórios;

- que a empresa está sendo injusta e duplamente tributada em relação a esses valores depositados, pois se o I. R. já era retido na fonte pagadora, não pode a Fazenda tributar, novamente, esses mesmos valores. Daí, a necessidade de que se faça uma diligência na escrita da empresa Amazônia Celular (hoje Telemar-Oi) para apurar esses fatos, uma vez que esta empresa era a responsável pela retenção do imposto;

- que a diligência além de apurar os valores do I. Renda retidos e recolhidos, provará os valores efetivamente depositados pela Amazônia Celular como comissão e outras indenizações.

c) ressarcimento de venda promocional de telefone:

- que o ganho da recorrente pela parceria comercial com a operadora Amazônia Celular se manifestava no momento das compras de cartões, remuneração pela venda de aparelhos celulares e ressarcimento (ou indenizações) promocionais;

- que, entre essas indenizações promocionais, se destacam o PRICE PROTECTION e CHURNING, que consistiam no seguinte: periodicamente, a Amazônia Celular S/A determinava que a recorrente promovesse um evento promocional para aumentar a venda de um determinado aparelho. Para tanto, mandava que o aparelho fosse vendido ao consumidor por valor inferior ao preço pago na sua aquisição pela recorrente. Por exemplo: a recorrente adquiria um modelo e marca de celular por R\$ 314,00, colocando-o à venda por R\$ 427,04. Posteriormente a Amazônia Celular mandava que esse aparelho fosse vendido por R\$ 99,00. E, para compensar, o evidente prejuízo, a Amazônia Celular ressarcia a recorrente pela diferença do preço de compra e o preço promocional (ou seja, R\$ 215,00);

- que, portanto, uma grande parte dos depósitos são simples ressarcimentos de dinheiro de aquisição de aparelhos promocionais, não receitas de vendas. Isto é, em boa parte dos depósitos denominados “TED recebidos” estão inclusos valores que, na verdade, são devoluções de compras; e, portanto, não representam receitas de vendas, mas devolução de valores pagos a maior, quando da aquisição do aparelho promocional. Isso prova que a Amazônia Celular mantinha o controle das vendas e determinava o ganho da recorrente, assumindo, inclusive, os eventuais prejuízos. Prova também que é temeroso simplesmente presumir que o total dos depósitos eram receitas da recorrente.

d) operações de churning:

- que outra operação com a Amazônia Celular realizada através de depósitos bancários se denomina CHURNING e que consistia basicamente no seguinte: a Amazônia Celular pagava a recorrente os serviços por ela prestados tais como: ativação de pós-pago, caixa postal, transferência de assinatura, migração para outro plano prestado, entre outros. Serviços esses pagos mensalmente através de notas fiscais de serviço. Entretanto, quando um cliente cancelava um determinado serviço dentro de 3 meses, ou deixava de utilizá-lo por mais

de um mês, a Amazônia Celular descontava esses cancelamentos dos serviços já pagos a Recorrente. Em suma, se num mês a empresa recebia “X” e, no mês seguinte fosse punida, receberia então, “x-1”. Era uma forma de punição por não conseguir “cativar melhor o cliente”. Essa operação era denominada “churning”.

2.2- ILEGITIMIDADE PASSIVA - TRIBUTOS JÁ PAGOS PELA AMAZÔNIA CELULAR - DA IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO:

- que, embora a Recorrente não tenha entregue o Livro Caixa por motivos justificados, admitir que toda renda de venda de cartões e celulares é receita tributável, em última análise, é pretender tributar duas vezes a mesma receita (bis in idem). Isto porque, a Recorrente mediante contrato, operava apenas como intermediária na venda de cartões, aparelhos celulares e ativações de linhas telefônicas da operadora Amazônia Celular e, por força desse contrato, tinha um ganho real de até 20% sobre essas receitas.

- que o contrato é claro: a empresa/recorrente prestava serviços Amazônia Celular S/A - Pará e, por isso, recebia como comissão de até 20% desta operadora. Importante ressaltar que a Recorrente era a única distribuidora da operadora Amazônia Celular no Estado (até 2007) e vendia a maior parte dos cartões aos chamados Pontos de Vendas (varejistas);

- que, pelo menos, 80% da receita repassada foi devidamente escriturada e registrada na contabilidade da empresa Amazônia Celular. E, por consequência, ofertada à tributação pela citada empresa. E essa verdade pode ser provada com a verificação da escrita daquela empresa, inclusive com pagamento do respectivo tributo sobre esses valores. Portanto, se a recorrente apontou e provou a quem pertence 80% das “receitas” representadas pelos depósitos, deveria o órgão julgador, em obediência ao princípio da verdade material, mandar investigar com mais imparcialidade e concretamente a origem e o destino da presumida receita;

- que, se não agir assim, a Fazenda Nacional estará se aproveitando indevidamente de uma situação que lhe favorece. Convém lembrar que, no âmbito público, em razão do princípio da legalidade e moralidade, a Administração não pode se prevalecer dessas situações para cobrar tributo duas vezes sobre as mesmas receitas: uma da recorrente e outra da empresa Amazônia Celular;

- que, após verificados todos os elementos de prova, inclusive com a indicação do destino da maior parte das receitas, o feito se apresenta sem força suficiente para ensejar a condenação da contribuinte, uma vez que os indícios ou presunções, não podem mais subsistir incólume para firmar o crédito tributário;

- que soa absurdo pretender que todo o dinheiro depositado na conta corrente da representante comercial seja próprio. Qual a lógica (jurídica ou econômica) para se considerar que a empresa obteve um lucro bruto tributável de 100% sobre suas operações, considerando que a empresa atuava apenas como intermediária da Amazônia Celular? Segue, em anexo, cópias de duplicatas e notas fiscais recuperadas (e-fls. 1321/1388), onde se comprova que a recorrente comercializava apenas com a Amazônia Celular;

- que são robustas as provas e esclarecimentos acerca da origem dos depósitos e que nem todos os valores depositados podem ser arbitrariamente considerados com receitas da recorrente. Ainda citou precedente do CARF: Acórdão 104-19302 ;

- que, para corroborar com esses fatos, enviou ofício à empresa Amazônia Celular S.A., para que a citada empresa forneça, disponibilize cópia dos livros onde constam registrados os valores repassados pela recorrente, e suas respectivas comissões, no sentido de provar que a maior parte das receitas não pertencem à recorrente.

2.3 - DA IMPROCEDÊNCIA DOS LANÇAMENTOS REFLEXOS:

- que a impropriedade dos lançamentos alcançam não só as exigências de IRPJ como também do PIS, COFINS e CSLL, posto que, sendo reflexos de lançamento nulo ou impropriedade no tocante ao IRPJ, diante da íntima relação de causa e efeito que os unem ao tributo principal, seguem a sorte deste.

Por fim, a recorrente pediu:

a) que seja julgando nulo ou impropriedade o lançamento, pelos motivos e provas apontadas na impugnação e neste recurso;

b) para melhor formação da convicção deste E. Conselho seja determinado a realização de diligências junto a Oi/Telemar, sucessora da Amazônia Celular, para o fim de:

- identificar os valores retidos na fonte em nome da recorrente, e respectivas receitas já efetivamente tributadas;

- identificar os valores depositados em conta corrente da empresa/recorrente a título de indenização pelas vendas promocionais de aparelhos celulares.

c) protesta por todos os meios de provas admitidas em direito.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator.

O Recurso Voluntário do sujeito passivo firma individual F.A. TOBELEM -ME, apresentado pela própria titular **FRANCILENE ARAÚJO TOBELEM**, é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade. Portanto, conheço do recurso.

A lide versa acerca do crédito tributário lançado de ofício do ano-calendário 2006, regime de apuração do **SIMPLES Federal** (Autos de Infração do IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e Contrib. Seguridade Social - INSS), em face das infrações imputadas:

a) omissão de receitas - faturamento não oferecido à tributação (informações fornecidas pelas operadores de cartões de crédito) (prova direta);

b) omissão de receitas - depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada - presunção legal (prova indireta);

c) insuficiência de recolhimentos em razão da alteração, progressão das alíquotas, mudança de faixa de alíquota, efeito reflexo do faturamento total (receitas declaradas e receitas omitidas), em relação às receitas declaradas (contribuinte apurou e pagou os tributos do SIMPLES Federal quanto às receitas declaradas com alíquota menor).

A Fiscalização, ainda, imputou sujeição passiva solidária ao **Sr. JOSÉ SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM**, CPF nº 324.873.552-04, procurador legal, conforme Termo de Responsabilidade Tributária, incurso nos arts. 124, inciso II, 135, inciso III, e 137, inciso III, alínea “c”, da Lei nº 5.172/66, Código Tributário Nacional - CTN (e-fls. 1253/1259), o qual tomou ciência da imputação em **25/03/2010** por via postal, Aviso de Recebimento - AR (e-fls. 1260/1261).

Na primeira instância de julgamento, o sujeito passivo firma individual F.A. TOBELEM -ME apresentou impugnação assinada pelo procurador legal Sr. **JOSÉ SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM** (e-fls. 1269/1281).

Já o Sr. **JOSÉ SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM**, **devedor solidário**, embora ciente da imputação do fisco em **25/03/2010** por via postal, Aviso de Recebimento - AR (e-fls. 1260/1261), não apresentou impugnação ao Termo de Responsabilidade Tributária (sujeição passiva solidária).

Como visto, a matéria sujeição passiva solidária está preclusa, não foi impugnada na primeira instância de julgamento. Logo, não mais cabe agitá-la na órbita administrativa.

NECESSIDADE DE SANEAMENTO DO PROCESSO

Não obstante a preclusão da matéria sujeição passiva solidária, compulsando os autos, constata-se, de plano, que não foi dada ciência ao Sr. **JOSÉ SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM, responsável solidário**, do resultado do julgamento de primeira instância - Acórdão da 2ª Turma da DRJ/Belém, sessão de **13/10/2010** (e-fls. 1284/1297).

Frise-se, embora preclusa a matéria sujeição passiva solidária, o coobrigado (responsável solidário) tem o direito, faculdade processual, de recorrer da decisão *a quo*, quanto às matérias que restou vencido o sujeito passivo F.A. TOBELEM - ME, que julgou a impugnação improcedente.

Assim, torna-se necessário dar ciência do resultado do julgamento da decisão de primeira instância ao Sr. **JOSÉ SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM, responsável solidário**, antes do julgamento do Recurso Voluntário da firma individual F.A. TOBELEM - ME nesta instância recursal ordinária.

Demonstrada a necessidade de saneamento do processo, propugno pela conversão do julgamento em diligência, ou seja, devolução dos autos à unidade de origem da RFB, no caso à DRF/Macapá, para que seja dada ciência da decisão de primeira instância ao Sr. **JOSÉ SAMUEL ALCOLUMBRE TOBELEM, responsável solidário**, abrindo prazo de trinta dias da ciência para, em querendo, apresentar recurso voluntário.

Realizada a diligência fiscal, saneado o processo, transcorrido o prazo com ou sem manifestação da parte, a unidade de origem da RFB deverá remeter os autos ao CARF para julgamento da lide.

Por tudo que foi exposto, voto para converter o julgamento em diligência para saneamento do processo.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Nelso Kichel