MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº	10380.010407/2004-11
Recurso nº	149.703 Voluntário
Matéria	IRPJ e OUTROS - EXS.: 2001 a 2003
Acórdão nº	105-16.738
Sessão de	lo de outubro de 2007
Recorrente	JOSÉ JACINTO DE OLIVEIRA - ME
Recorrida	3ª TURMA/DRJ em FORTALEZA/CE

EQUIPARAÇÃO DE PESSOA FÍSICA A PESSOA JURÍDICA - ATIVIDADE MERCANTIL - Demonstrado que a pessoa física exercia com habitualidade atividade mercantil, deve a fiscalização, de ofício, promover a sua inscrição no CNPJ como Pessoa Jurídica, de modo a estabelecer a exata sujeição passiva e proceder ao lançamento dos tributos pertinentes.

ILEGITIMIDADE PASSIVA - ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO - Não comprovada a associação dos depósitos bancários realizados na conta conjunta da pessoa física e seu cônjuge com qualquer atividade da pessoa jurídica – firma individual – caracteriza erro na identificação do sujeito passivo a tributação nesta última, por acarretar conseqüências que ultrapassam os limites do lançamento tributário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso voluntário interposto por JOSÉ JACINTO DE OLIVEIRA - ME

ACORDAM os Membros da QUINTA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Wilson Fernandes Guimarães, Waldir Veiga Rocha e Marcos Vinícius Barros Ottoni (Suplente Convocado).

JOSÉ CLÓVIS ALVES

Presidente

IRINEU BIANCHI

Relator

Formalizado em: 0 9 NOV 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: EDUARDO DA ROCHA SCHMIDT, MARCOS RODRIGUES DE MELLO e ROBERTO BEKIERMAN (Suplente Convocado), Ausente, justificadamente o Conselheiro JOSÉ CARLOS PASSUELLO.

Relatório

Adoto o relatório da decisão recorrida, como segue:

"Contra o Sujeito Passivo acima identificado foram lavrados Autos de Infração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ e Reflexos, fls. 04/18 e 19/60, para formalização e cobrança do crédito tributário nele estipulado no valor total de R$ 1.317.775,75, inclusive encargos legais.

"2. As infrações apuradas pela fiscalização e relatadas na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, fls. 06/10 e no Termo de Verificação de fls. 61/64, foram, em síntese, as seguintes:

"3. Razão do Arbitramento no(s) período(s): 03/2000 a 12/2002:

"3.1. Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte, não dispõe dos livros Diário, Razão e LALUR, conforme correspondência (anexa).

"3.2. A partir do ano-calendário de 2000, a empresa estava obrigada, pelo seguinte motivo:

"3.2. A partir do ano-calendário 1997 a empresa optou pelo regime do SIMPLES sob a modalidade de ME (microempresa). De acordo com as Planilhas apuradas por esta Fiscalização e na forma como relatado no Termo de Verificação que fazem parte integrante do presente auto, consta que no ano 1999 a mesma auferiu receita, no montante de R$ 3.621.980,43, referente revenda de castanha e R$ 75.040,94, receita bruta declarada na declaração anual Simplificada - Simples, portanto, acima do limite de R$ 120.000,00, que a impedia de permanecer nesse regime, sob a forma de ME, no ano seguinte. Assim sendo, de acordo com o artigo 9º da Lei nº 9.317/96, estava vedada a permanência do contribuinte no regime do SIMPLES a partir do ano-calendário de 2000.

"3.3. De registrar-se que foi editado o Ato Declaratório Executivo nº 70 de 26 de outubro de 2004, onde foi declarada a exclusão de ofício da empresa da sistemática do Simples, assegurando ao contribuinte o direito ao contraditório e a defesa, no prazo de 30 (trinta) dias.

"3.4. Em razão das receitas, objeto do presente arbitramento, ensejarem de igual forma, exigência de PIS e COFINS, cuja matéria depende dos mesmos elementos de prova, formalizamos os correspondentes lançamentos através de autos de infração reflexos.

"3.5. Enquadramento Legal: A partir de 01/04/1999 - Art. 530, inciso I, do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda 1999 - RIR/99).

"4. Receita Operacional Omitida (Atividade Não Imobiliária). Revenda de Mercadorias Não Declaradas:

"4.1. Arbitramento do lucro que se faz, tendo por base os montantes de receitas de revenda de castanha de caju, não declaradas pela empresa, assim caracterizadas a partir das constatações circunstanciadas no Termo de Verificação integrante do presenteAuto, na forma

como demonstrado nas Planilhas 01, 02 e 03 dos Anos-calendário de 2000 e 2001, elaboradas pela Fiscalização, anexos ao presente Auto de Infração.

"4.2. Enquadramento Legal: Arts. 532 e 537, do RIR/99.

"5. Receitas Operacionais (Atividade Não Imobiliária). Revenda de Mercadorias Declaradas:

"5.1. Arbitramento do lucro que se faz, tomando-se por base as receitas de revendas de mercadorias, tal como informadas pela empresa nas Declarações Anuais Simplificadas Simples, relativas aos anos-calendário de 2000 a 2002, cujas cópias integram o presente auto.

"5.2. Enquadramento Legal: Art. 532 do RIR/99.

"6. O Termo de Verificação de fls. 61/64 está assim redigido:

"(...)

"O contribuinte acima identificado foi selecionado para fiscalização do imposto de renda pessoa física, a requerimento do Ministério Público Federal, em decorrência do cruzamento dos dados de sua movimentação bancária realizada nos anos de 1999, 2000 e 2001 junto ao Banco do Brasil, que se revelou incompatível com os dados fiscais por ele declarados à Receita Federal nos referidos exercícios.

"No curso de ação fiscal realizada, constatamos os fatos a seguir relatados:

"Com efeito, nos mencionados exercícios o contribuinte declarou à Receita Federal rendimentos de R$ 22.680,00 para o ano de 1999, R$ 28.570,00 para o ano de 2000 e R$ 30.291,37 para o ano de 2001, enquanto na sua conta bancária foram movimentados recursos nesses mesmos períodos da ordem de R$ 3.422.580,33, 4.663.720,36 e 3.629.086,00, respectivamente, conforme constatado mais adiante quando da apresentação dos extratos bancários correspondentes.

"Intimado através do Termo de Início de Fiscalização datado de 21/05/2004, cujo prazo prorrogou-se, a pedido, por mais 30 (trinta dias), o contribuinte em resposta datada de 05/07/2004, esclareceu que a movimentação bancária foi originária de recursos fornecidos pelas empresas Resibras - Companhia Brasileira de Resinas, Iracema Indústrias de Caju Ltda, Agroindustrial Gomes Ltda e Empesca Alimentos Ltda, para aquisição por seu intermédio, de castanhas de caju in natura, tendo apresentado na ocasião demonstrativos de movimentos de valores e os extratos de sua conta bancária nº 30.759-9 agência 00374, mantida no Banco do Brasil S/A, de cuja análise se constatou a existência de depósitos da ordem de R$ 3.422.580,33, 4.663.720,36 e 3.629.086,00, respectivamente dos anos de 1999, 2000 e 2001, conforme detalhado nas planilhas 01, 02 e 03, anexas.

"Por sua vez intimadas, as empresas acima citadas, nos atenderam encaminhando os seguintes documentos:

"1) Companhia Brasileira de Resinas – RESIBRAS

"Intimada em 28/05/2004 (com prorrogação por mais 30 dias), através de correspondência datada de 02/07/2004, a empresa confirmou a realização de pagamentos ao fiscalizado, mediante apresentação da relação dos valores entregues e com cópias dos recibos de depósitos, como também cópias de páginas dos livros Razão de 1999 a 2001 com os respectivos registros contábeis. Apresentou ainda cópia de contratos de "intenção para intermediação e compra e venda de castanha de caju in natura e outras avenças", estabelecendo, dentre outras cláusulas, que o preço será estabelecido entre as partes no momento em que forem acertados os lotes de venda, e sem prever remuneração específica para os tais serviços de intermediação.

"2) Iracema Industriais de Caju Ltda

"Intimada em 28/05/2004, a empresa apresentou relação de pagamentos (anos de 1999, 2000 e 2001) declarações de valores pagos (anos 2000 e 2001) e extratos de financiamentos (anos de 2000 e 2001) dos depósitos efetuados na conta bancária do Sr. José Jacinto de Oliveira, para compra de Castanha de Caju in natura para esta empresa. Juntou ainda contratos de intermediação de venda da castanha de caju - in natura, firmado com o Sr. Jacinto, em cujas cláusulas, consta que este se compromete a adquirir em nome da empresa e entregar junto às suas instalações industriais, determinadas quantidades de castanha sem qualquer alteração sobre o preço de aquisição previamente estabelecido pela compradora; que o custo de aquisição das castanhas será financiado pela encomendante mediante adiantamento de numerário na base do menor percentual entre a inflação do período medida pelo IGP e juros de 1% ao mês, (ano de 1999) e juros de 1% ao mês (anos de 2000 e 2001), e que, em contraprestação pelos serviços de corretagem do Sr. Jacinto, lhe será pago uma comissão de R$ 4,00 (quatro reais) para os anos de 1999 e 2000 e R$ 3,00 para o ano de 2001, por tonelada de castanha que for entregue à empresa.

"3) Agroindustrial Gomes Ltda

"Intimada em 25/08/2004, em resposta através de correspondência datada de 03/09/2004, a empresa apresentou notas fiscais de entradas, notas fiscais avulsas (notas de produtor rural) e cópias de páginas dos livros Razão, relativos aos numerários entregues ao Sr. José Jacinto de Oliveira, nos anos de 2000 e 2001, bem como "contratos de prestação de serviços de intermediação de compra de castanha de caju in natura" em que estipula basicamente que os serviços de intermediação pactuados estão embutidos no preço final da mercadoria, onde a empresa contratante não tem qualquer ingerência sobre o valor aferido pelo contratado (Sr. Jacinto) e ainda que o mesmo terá que fornecer os produtos intermediados dentro da qualidade exigida pelo contratante e ainda assumirá toda a responsabilidade sobre as notas fiscais emitidas em nome de terceiros caso existam. Na sua correspondência, em resposta ao item 4 de nossa intimação, acerca da remuneração devida ao Sr. Jacinto pelos serviços de intermediação contratados, a empresa esclarece textualmente o seguinte, verbis: "a empresa manteve com o contribuinte em questão o contrato de prestação de serviço de intermediação de compra de castanha de caju in natura, o qual,foi celebrado com o intuito de garantir o pagamento da mercadoria por parte da empresa junto ao fornecedor, e ao mesmo tempo, a entrega das mercadorias junto à empresa. Na realidade trata-se de um contrato de fornecimento de matéria-prima (compra e venda de mercadorias), em cujos preços finais já estão embutidas as margens de lucro do fornecedor sem nenhuma interferência de nossa empresa, conforme consta nas cláusulas segunda e terceira do referido contrato. Assim sendo, não constam documentos relativos a qualquer prestação de serviço, tendo em vista não ter havido prestação de serviços, e sim, transações comerciais de compra e venda de mercadorias."

"4) Empesca Alimentos Ltda

"Intimada em 24/08/2004, em resposta através de correspondência datada de 31/08/2004, a empresa informou que comprou castanha de caju da Sra. Eliana Rodrigues de Oliveira, e que os pagamentos foram depositados em 06/06/2001 R$ 15.202,50 e 08.06/2001 R$ 12.517,50, (documentos em anexo), na conta corrente em conjunto com seu esposo o Sr. José Jacinto de Oliveira.

"Embora emoldurados no formato de contratos de corretagem por intermediação comercial, o que se observa de seus conteúdos, notadamente nos contratos firmados com a Agroindústria Gomes e a RESIBRAS é que, de fato, o que o Sr. José Jacinto de Oliveira exercitava eram operações comerciais de compra e venda, com a particularidade de que essas vendas já eram previamente pactuadas, com a assunção do compromisso, por parte do comerciante, para entrega futura de quantidades pré-determinadas do produto negociado. Este fato é reconhecido abertamente por uma das próprias empresas contratantes, no caso a Agroindústria Gomes, que em resposta a intimação desta fiscalização acerca de contrato por ela firmado com o Sr. Jacinto, relata com toda clareza, na sua correspondência-resposta, "não ter havido prestação de serviços, e sim, transações comerciais de compra e venda de mercadorias."

"O mesmo se pode inferir do contrato com a RESIBRAS, dado que não há no seu bojo, como também não havia no contrato com a Agroindústria Gomes, nenhuma previsão de remuneração para o Sr. Jacinto, que, obviamente, tiraria o seu ganho do lucro obtido entre o preço de compra e o de venda recebido da empresa contratante.

"Já em relação às transações com a empresa Iracema, embora haja nos contratos por ela firmados com o Sr. Jacinto, uma cláusula prevendo o pagamento de comissão de corretagem sobre a entrega de castanhas, entendemos que isso não é suficiente para desvirtuar a realidade fática das operações realizadas pelo mesmo em cumprimento dos referidos contratos, como sendo de natureza comercial e não de prestação de serviços como esboçado no ditos contratos. É que, tendo que arcar com os custos da entrega do produto, muitas vezes advindos de regiões longínquas do interior deste e de outros Estados vizinhos e ainda ter que tirar a remuneração por seus serviços, nunca poderia o contratado (Sr. Jacinto) se conformar com míseros R$ 4,00 (quatro reais) para os anos de 1999 e 2000 e R$ 3,00 para o ano de 2001 de comissão por cada tonelada de castanha entregue na porta das instalações industriais da empresa contratante, localizada aqui na cidade de Fortaleza. Ora, segundo se depreende desses contratos, o comprometimento do Sr. Jacinto para com a contratante, residia basicamente na obrigação de fornecer, no prazo e quantidades previamente definidas, o produto (castanha de caju) encomendado pela contratante e ao preço ajustado entre as partes. Com isso, obviamente que o suposto corretor ficava livre para praticar a compra da castanha junto aos produtores rurais ou mesmo nas feiras ou no comércio do interior, a qualquer preço, e assim realizar o seu lucro. De concluir-se, portanto, que a relação do Sr. Jacinto com a empresa era de natureza comercial, concernente a operações de venda para entrega futura e ainda com financiamento da compradora, que inclusive exigia encargo financeiro sobre o capital adiantado na base do menor percentual entre a inflação do período medida pelo IGP e juros de 1% ao mês, (ano de 1999) e juros de 1% ao mês (anos de 2000 e 2001) conforme consta em cláusula dos contratos (doc. 438/441).

"Pelos fatos acima expostos, fica evidenciada a natureza comercial das operações praticadas pelo fiscalizado nos anos de 1999 a 2001, devido à habitualidade com

que as mesmas foram realizadas, conforme o próprio fiscalizado que afirma. Este fato o equipara a pessoa jurídica, na qualidade de empresário (firma individual), sujeito, portanto, às regras tributárias próprias das empresas, conforme preconiza o art. 150, II do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/99), inclusive no que tange a manutenção de escrituração contábil das respectivas operações mercantis.

"Da matéria tributária apurada.

"Após cruzamentos dos valores depositados na conta acima mencionada, com os pagamentos feitos ao intimado pelas empresas, Cia Brasileira de Resinas, Iracema Indústria de Caju, Empesca Alimentos Ltda e Agroindustrial Gomes Ltda, conforme informado pelas mesmas em listagens, foi o contribuinte intimado em 14/09/2004, acerca da origem dos depósitos que restaram em aberto, ou seja, sem correspondência com os dados informados pelas referidas fontes pagadoras, e em resposta datada de 20/09/2004, o contribuinte esclareceu que tais recursos também eram provenientes de suas atividades com a comercialização (corretagem) de castanha.(doc. fls. 96/101).

"Assim sendo, na qualidade de empresa individual sujeita portanto às regras tributárias próprias de pessoa jurídica, foi o titular o Sr. José Jacinto de Oliveira devidamente intimado em 28/09/2004, a apresentar os livros com sua escrituração contábil e fiscal, necessária a apuração do lucro líquido e lucro real dos períodos examinados, ao que, em resposta datada de 15/10/2004, afirmou que não dispunha dos livros Diário, Razão e LALUR.

"Dada a inexistência de escrituração contábil e fiscal por parte do fiscalizado, é de impor-se o regime de arbitramento do lucro "ex-officio", a partir do ano calendário de 2000, para fins de apuração da base tributável pelo Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, na forma como preconizado no art. 47, incisos I e III da Lei 8.981/95, adotando-se como base de cálculo os valores dos depósitos registrados na conta bancária da pessoa física do fiscalizado, equiparada a firma individual, durante os anos de 1999, 2000 e 2001, cujos valores, após as exclusões indicadas nas mencionadas planilhas, são considerados como originários de receitas provenientes de atividades mercantis praticadas pelo fiscalizado, a teor do art. 42, caput e parágrafos 1º e 2º da Lei nº 9.430/96.

"Tendo em vista que o contribuinte já possui inscrição no cadastro do CNPJ sob o número 06.629.521/0001-99, sob a forma de firma individual, os lançamentos tributários decorrentes da presente apuração serão constituídos em nome da referida firma."

"7. Foram lavrados os seguintes Autos de Infração, em conseqüência das infrações acima relatadas:

"7.1. Principal:

"7.1.1. Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, fls. 04/18, no valor total de R$ 369.779,63, incluindo encargos legais.

"7.2. Reflexos:

"7.2.1. Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, capitulada nos artigos 1º e 3º, da Lei Complementar nº 7/70; art. 24, § 2º da Lei nº 9.249/95; arts. 2º, inciso I; 8º, inciso I; e 9º da Lei nº 9.715/98; arts. 2º e 3º, da Lei nº 9.718/98; arts. 2º, inciso I, alínea "a"

e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/2002, fls. 19/31, no valor total de R$ 129.754,99, incluindo encargos legais;

"7.2.2. Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins , fls. 32/44, capitulada nos artigo 1º da Lei Complementar nº 70, de 30/12/1991; art. 24, § 2º da Lei nº 9.249/95; arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718/98, com as alterações das Medidas Provisórias nº 1.807/99 e 1.858/99 e suas reedições; arts. 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/2002, no valor total de R$ 598.871,81,incluindo encargos legais;

"7.2.3. Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido - CSLL, fls. 45/60, capitulado no artigo 2º e seus parágrafos, da Lei nº 7.689/88, arts. 19, 20 e 24 da Lei nº 9.249/95; art. 29 da Lei nº 9.430/96; e art. 6º da Medida Provisória nº 1.858/99 e suas reedições, no valor total de R$ 219.369,52, incluindo encargos legais.

"8. Inconformado com a autuação acima descrita, da qual tomou ciência em 23/11/2004 (Aviso de Recepção às fls. 727), o contribuinte, através de suas procuradoras (instrumento às fls. 747), em 23/12/2004, apresenta impugnação (fls. 733/746 - IRPJ), além de seus reflexos, no mesmo teor (fls. 822/836, 845/859 e 867/881), alegando o seguinte:

"(...)

"1. DO CABIMENTO E DA TEMPESTIVIDADE.

"Dispõe o auto de infração, ora impugnado, que "Fica o contribuinte intimado a recolher ou impugnar, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência deste auto de infração, nos termos dos arts. 5º, 15, 16 e 17 do Decreto nº 70.235/72, com as alterações introduzidas pelas Leis nº 8.748/93 e nº 9.532/97, o débito para com a Fazenda Nacional constituído pelo presente Auto de Infração.

"O art. 15 do Decreto nº 70.235/72 prevê, in verbis:

"Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

"Parágrafo único. Na hipótese de devolução do prazo para impugnação do agravamento da exigência inicial, decorrente de decisão de primeira instância, o prazo para apresentação de nova impugnação, começará a fluir a partir da ciência dessa decisão. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9.12.1993)"

"Analisando o processo de nº 10380.010408/2004-58, verifica-se que a Empresa Impugnante foi cientificada acerca do Auto de Infração acima citado no dia 23/11/2004, conforme AR anexo, tendo, pois, como prazo final para defesa, o expediente do dia 23/12/2004.

"Desta forma, verifica-se que a interposição desta defesa é tempestiva, pois compreendida dentro do período do prazo.

"2. DA AÇÃO FISCAL

A Empresa ora defendente é de propriedade do Sr. José Jacinto de Oliveira.

"Ocorre que o Sr. José Jacinto, pessoa física, fora fiscalizado, através da Fiscalização de nº 0310100/00218/04, processo de nº 10380.010406/2004-69, pela Receita Federal, pela suposta sonegação fiscal de imposto de renda pessoa física (IRPF), conseqüente de sua movimentação bancária durante os anos de 1999 a 2001.

"Prestados os devidos esclarecimentos, o Sr. José Jacinto informou, em suma, que é intermediário na venda de castanhas de caju, recebendo das Empresas (compradoras) o valor referente ao produto (castanha), e repassando aos produtores (vendedores). Informou, ainda, que por este serviço recebe comissões, estas devidamente declaradas anualmente ao fisco, tudo conforme a Lei.

"Contudo, em detrimento dos esclarecimentos prestados, não só pelo Sr. José Jacinto, como também pelas Empresas a quem este presta o serviço de intermediação, os Srs. Fiscais, entenderam, indevidamente, por concluir pela existência de uma relação de comércio e não intermediação, razão pela qual findaram por enquadrar, não só sua "pessoa física", como também a sua Empresa, "pessoa jurídica", numa suposta sonegação fiscal.

"Resultante dessa "conclusão", supramencionada, o Sr. Jacinto foi intimado, em 28/09/2004, a apresentar livros com a escrituração contábil e fiscal da Empresa ora defendente, para apuração do lucro líquido e real provenientes dos períodos examinados, qual seja, dos anos de 1999 a 2001.

"Porém, conforme delineado e devidamente esclarecido e comprovado na ação fiscal em tela, inexiste relação de comércio, bem como fundamento para enquadramento da Empresa ora defendente pela simples dedução de ter sido esta utilizada para comercialização de castanha, posto que não houve comercialização e sim intermediação, devidamente comprovada pelos "contratos de intermediação" anexos e citados pelas Empresas compradoras na presente ação fiscal. Bem como, e ainda, pelo fato de serem os compradores e vendedores já pré-determinados.

"Dessa forma, em não havendo comercialização pela empresa impugnante, não há, conseqüentemente, qualquer lucro por parte desta. RESTOU, PORTANTO, IMPOSSÍVEL A APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO EM TELA, POSTO SER A MESMA INEXISTENTE.

"Por conseguinte, os fiscais encarregados da ação fiscal, findaram por apurar uma suposta existência de crédito tributário, razão pela qual lavraram Autos de Infrações referentes ao recolhimento do IRPF do Sr. Jacinto e IRPJ, PIS, COFINS e CSLL, da empresa defendente.

"3 - DA REALIDADE DOS FATOS

"O Sr. José Jacinto, pessoa física originalmente fiscalizada através da ação fiscal de nº 10380.010406/2004-69, tem como atividades profissionais o exercício do comércio (proprietário de um mercadinho), da locação de um veículo tipo "caminhão" e da prestação de serviços de corretagem na cidade de Amontada - CE e circunvizinhanças.

"Assim, dentre as atividades que desenvolve, a intermediação e corretagem na compra e venda de castanha de caju representa a sua principal fonte de receita.

"A operacionalização da compra e venda de castanha de caju apresente grandes dificuldades, tanto para os pequenos produtores, como para as empresas compradoras, tais como: transporte, falta de instrução para negociação (para os compradores), desorganização, bem como descentralização dos produtores por todo o Estado.

"Dessa forma, pelas dificuldades acima delineadas, muitas empresas e pequenos produtores, optam por contratar um intermediário que realize esse serviço de compra e venda, pagando ao mesmo uma comissão arbitrada sob a quantidade de castanha vendida/comprada.

"Assim, o Sr. Jacinto foi contratado para exercer a atividade de intermediário na venda de castanha de caju. Porém, não é esta a única atividade profissional do mesmo, razão pela qual mantêm uma Empresa, ora defendente, para regularização das demais atividades que desempenha, como comercialização de mercadorias, no seu mercadinho, conforme anteriormente mencionado.

"Dessa feita, observa-se que a intermediação na venda de castanha de caju é exercida pelo Sr, José Jacinto, pessoa física, em nada conflitando com a existência da pessoa jurídica indevidamente autuada pelos créditos resultantes de tal atividade.

"O nosso ordenamento brasileiro (CC, Lei nº 10.406/02), prevê, expressamente, a existência de pessoas naturais (físicas) e pessoas jurídicas (empresas). Sendo estas reconhecidamente distintas, com obrigações e deveres também distintos.

"RESTA INACEITÁVEL, PORTANTO, CONCLUIR-SE QUE PELO SIMPLES FATO DO SR. JOSÉ JACINTO POSSUIR UMA EMPRESA, QUALQUER ATIVIDADE DESEMPENHADA PELO MESMO SEJA ATRAVÉS DESTA.

"A atividade de intermediação desenvolvida pelo Sr. Jacinto, pessoa física, não tem qualquer ligação com a Empresa ora defendente, bem como não caracteriza, por si só, a existência de renda que gere o imposto que busca o Fisco, indevidamente, cobrar nos autos de infrações constantes na ação fiscal em tela.

"Dessa feita, é incabível e ilegal, a autuação da empresa impugnante, através dos Autos de Infrações de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, a efetuar pagamento dos referidos tributos, resultantes de uma apuração na movimentação bancária do Sr. Jacinto, pessoa física, por atividade de intermediação desenvolvida por este e não pela Empresa.

"Em detrimento do que restou aduzido pelos Fiscais da Receita, o Sr. Jacinto, em todos os eventuais ganhos, objeto das transações de intermediação, declarou à Secretaria da Receita Federal, e se houve imposto a recolher, foram devidamente recolhidos, consoante as Declarações do Imposto de Renda Pessoa Física, nos anos de 1999 a 2001.

"A Empresa defendente também declarou os seus ganhos, bem como recolheu os impostos legalmente devidos resultantes das atividades realmente prestadas pela mesma.

"Conclui-se, por conseguinte, pela inexistência de qualquer sonegação por parte da Empresa, posto que independente da movimentação bancária do Sr. Jacinto, que, diga-se de passagem, resultou de um trabalho lícito, digno e necessário para o desenvolvimento da região e do setor produtivo, a Empresa autuada não pode ser coagida a recolher imposto por serviço que não prestou!!!

"4 - DAS RAZÕES JURÍDICAS

"A - Da impossibilidade da utilização dos dados fiscais e bancários colhidos.

"Preliminarmente, cabe destacar que a denominada quebra do sigilo fiscal e bancário fora procedido ao arrepio do preceito constitucional da ampla defesa, contraditório e do devido processo legal.

"No que se refere a autorização judicial para obtenção de dados fiscais e bancários perante a Secretaria da Receita Federal no Ceará, a sua utilização em procedimento investigatório encontra-se maculado de alguns vícios insanáveis.

"Dessa forma, como a requisição dos dados sigilosos foram obtidos sem observância do devido processo legal, roga-se pelo declínio da utilização dos dados obtidos nesse procedimento administrativo inquisitório, assim como a abstenção da utilização desses dados, pois reside outro vício insanável no que diz respeito ao seu fornecimento pela Secretaria da Receita Federal, como se restará a seguir demonstrado.

"A Lei Complementar nº 105, de 10.01.2001, ao estabelecer a inusitada forma de quebra do sigilo bancário por decisão exclusiva da autoridade administrativa, independente de autorização judicial, somente permitiu o acesso aos dados de 2001 em diante.

"Logo, por respeito à segurança jurídica e à irretroatividade das leis , É DEFESO A SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL A OBTENÇÃO, QUANTO MAIS AO FORNECIMENTO DE DADOS BANCÁRIOS, já que a mesma se sub-rogou no dever de sigilo, de período anterior ao da entrada em vigência da Lei Complementar. (período de 1999 e 2000).

"Dessa forma, os dados sigilosos colhidos pela Receita Federal para a ação fiscal que originou os autos de infrações da Empresa defendente não se prestam à utilização em razão de terem sido obtidos ou fornecidos ao arrepio da legalidade e da constitucionalidade, razão pela qual REQUER OUE A RECEITA FEDERAL DECLINE DOS DADOS COLHIDOS EM RESPEITO À ORDEM CONSTITUCIONAL E O DIREITO DE SIGILO DO CIDADÃO.

"B) Da ausência de indícios de sonegação fiscal.

"No que se refere aos depósitos bancários realizados na conta do Sr. José Jacinto, que originaram a Fiscalização da qual resultou a autuação da Empresa Defendente, estes caracterizavam apenas receitas de terceiros, pois a cada entrada de valores equivalia uma saída, que na verdade era repassado aos devidos produtores, ficando o Sr. José Jacinto com apenas aquilo que correspondia ao valor de sua comissão pela intermediação. Valor este muito aquém daqueles depositados em sua conta bancária.

"Evidencia-se, ainda, que foram prestados esclarecimentos pelas Empresas a quem o Sr. Jacinto presta serviço, quais sejam, RESIBRAS - Companhia Brasileira de Resinas, Iracema Indústria de Caju Ltda, Agroindustrial Gomes Ltda e Empesca Alimentos Ltda, e todas confirmaram terem firmado um contato de prestação de serviço de intermediação com o Sr. Jacinto, pessoa física, bem como pagar ao mesmo comissões pela realização de referido trabalho.

"Conclui-se, portanto, que tanto as Empresas (compradoras), como os produtores (vendedores), contrataram o Sr. José Jacinto, pessoa física, e não a Empresa Defendente.

"Dessa forma, constata-se que a Empresa impugnante fora indevidamente autuada por mera suposição dos Ilustres Fiscais da Receita que entenderam, de forma infundada, por considerar a atividade prestada como de comércio e não de intermediação, e, além disso, por deduzir que esta "comercialização" foi realizada pela Empresa e não pelo Sr. Jacinto, tudo isso em detrimento dos argumentos, documentos e esclarecimentos prestados tanto pelo Sr. Jacinto como pelas Empresas acima mencionadas.

"Em simples análise do termo de verificação (anexo), consta-se à fragilidade nos argumentos dos Ilustres Fiscais, para concluírem pelo caráter de comercialização e não intermediação dos serviços prestados pelo Sr. Jacinto, razão pela qual passaremos a analisá-lo pormenorizadamente.

"Constata-se que em diversos trechos do termo de verificação, supramencionado, os Fiscais relatam que as Empresas contratantes confirmaram a relação de intermediação existente entre as mesmas e o Sr. José Jacinto, pessoa física, o que comprova que inexistia comercialização, bem como qualquer ligação destas com a Empresa ora defendente, senão vejamos:

"RESIBRAS:

"Intimada a empresa confirmou a realização de pagamentos ao fiscalizado (...). Apresentou ainda cópia de contrato de intenção para intermediação e compra e venda de castanha de caju in natura e outras avenças (...)"

"IRACEMA:

"Intimada a empresa apresentou relação de pagamentos depósitos efetuados na conta do Sr. José Jacinto de Oliveira, para compra de castanha de caju in natura para a empresa. Juntou ainda contrato de intermediação de venda da castanha de caju in natura firmado com o Sr. Jacinto (...)."

"AGROINDUSTRIAL GOMES LTDA:

"Intimada (...) a empresa apresentou notas relativos aos numerários entregues ao Sr. Jacinto (...), bem como contrato de prestação de serviço de intermediação de compra e venda de castanha de caju (...)".

"EMPESCA:

"Intimada a (...) empresa afirmou que comprou castanha de caju da Sra. Eliana Rodrigues de Oliveira (...) e que os pagamentos foram depositados na conta corrente do Sr. José Jacinto de Oliveira"

"NOTE QUE EM NENHUM MOMENTO FOI MENCIONADO, PELAS EMPRESAS ACIMA DELINEADAS, A EXISTÊNCIA DE UM CONTRATO FIRMADO COM A EMPRESA DEFENDENTE, PARA REALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PRESTADOS, NEM SEQUER A EXISTÊNCIA DESTA EMPRESA!!

"NOTE-SE, AINDA, QUE TODAS AS EMPRESAS DECLARARAM TER FIRMADO COM O SR. JACINTO, CONTRATO DE PRESTACÃO DE SERVIÇO DE INTERMEDIACÃO, PELO QUAL CONFIRMAM TEREM EFETUADO PAGAMENTOS AO MESMO.

"Dessa forma, resta claro que o serviço foi prestado pelo Sr. Jacinto, pessoa física, sendo ilegal e descabida qualquer autuação da Empresa defendente, resultante de tal atividade.

"Por outro lado, compreende-se que o simples fato de uma movimentação bancária redundar em valores, que a princípio não se compatibilizam com a capacidade econômica declarada pelo contribuinte, não é, por si só, elemento material suficiente para que se presuma a ocorrência de fato gerador de tributos, muito menos, então, a existência de um ilícito de sonegação fiscal ou lavagem de dinheiro.

"FRISE-SE QUE O FATO GERADOR DO IMPOSTO DE RENDA É O ACRÉSCIMO PATRIMONIAL OU A DISPONIBILIDADE ECONÔMICA DE RENDA.

"A Constituição Federal adota a expressão fato gerador (arts. 146, III, "a", 150, III, "b"), competindo ao Código Tributário Nacional definí-lo como sendo *"a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência (art. 114)"*.

"O doutrinador, Amilcar Falcão menciona:

"Fato gerador é, pois, o fato, o conjunto de fatos ou o estado de fato, o conjunto de fatos ou o estado de fato, a que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar tributo determinado" (Amilcar Falcão, Fato Gerador da Obrigação Tributária, Ed. Forense, 5ª ed. 1994, p. 2).

"Por conseguinte, inexistindo fato gerador, inexiste, conseqüentemente, incidência do tributo, não sendo este devido pelo contribuinte.

"Considerando que a finalidade do Auto de Infração nº 0310100/00515/04, é buscar indícios de sonegação fiscal de imposto de renda pessoa jurídica (IRPJ), tem-se, inicialmente, pela inexistência de renda auferida pela "pessoa jurídica", posto que esta não prestou o serviço de intermediação, conforme já fartamente delineado, e, ainda, que os depósitos bancários averiguados sequer denunciam a disponibilidade econômica de renda ou acréscimo patrimonial que ensejasse uma tributação, mesmo que de pessoa física.

"Só haverá acréscimo patrimonial se houver a incorporação de riqueza nova ao patrimônio existente, sendo esta a única maneira de aumentá-lo monetariamente. Renda e proventos de qualquer natureza devem representar um acréscimo de riqueza nova ao patrimônio, traduzida por valores líquidos.

"Logo, o simples depósito bancário não revela, por si só o fato gerador do imposto de renda, que, aliás, o Colendo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, que é o órgão especializado em julgamento acerca de tributação federal, é uníssono em afirmar que:

"O Ministro CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO assim também entende: *"É que o sinal exterior de riqueza – os depósitos bancários, que evidenciariam a renda*

auferida ou consumida pelo contribuinte – deve ser o marco inicial da investigação do Fisco, com vistas a comprovar que o contribuinte teve o seu patrimônio aumentado sem a necessária declaração dos rendimentos, não sendo possível aceitar-se aquilo que deve ser o marco inicial da investigação com o seu ato final. Noutras palavras, não é possível acolher o procedimento do Fisco, que, diante dos depósitos bancários, tem como finda a investigação e faz incidir a tributação sobre tais depósitos. Se esse procedimento fosse aceito, o ponto inaugural da investigação Fiscal acabaria se transformando no ato final, o que não é admissível".

"Tem razão o culto Ministro em afirmar que os depósitos representam o marco inicial de investigação, pois subjacentes a tais valores pode estar, por exemplo, presente um empréstimo, uma doação, uma atividade comercial indevidamente exercida em nome da pessoa física, a movimentação financeira de atividades proibidas (doleiros, agiotas) etc.

"Ora, como bem observou o Ministro Carlos Velloso, se os depósitos representam o marco inicial da investigação, eles não podem ser erigidos a fato indiciário na construção da aludida presunção legal, vale dizer, esses depósitos não podem sustentar uma presunção legal, posto que, além da ausência de correlação natural exigida na instituição desse artifício legal, tal providência implicaria na transferência integral do encargo probatório para o contribuinte. Para uma pessoa física, quase sempre, no rigor exigido pelo Fisco, essa prova não poderá ser produzida.

"Logo, se não há indícios de ocorrência de fato gerador do IRPJ daqueles já declarados pelo notificado, não há que se falar em indícios de ilícitos de sonegação fiscal.

"In casu, como o Sr. Jacinto nunca se valeu de meios ardilosos para reduzir ou suprimir tributos, especialmente, o IR, e como sempre cumpriu piamente suas obrigações acessórias, declarando anualmente sua renda, sem deixar nada à margem da tributação, logo, não há que se falar em ocorrência de dolo que tipifique a conduta delituosa de sonegação fiscal.

"Como se não bastasse o equívoco da Fiscalização no que se refere aos depósitos em conta corrente gerarem recolhimento de imposto de renda, é de se reiterar, conforme acima aduzido, que a atividade desenvolvida fora de INTERMEDIAÇÃO, e foi exercida pelo Sr. JOSÉ JACINTO DE OLIVEIRA, PESSOA FÍSICA e não da Empresa defendente, PESSOA JURÍDICA!!!

"Demonstra-se, pois. grave equívoco da Fiscalização ao enquadrar a empresa defendente, por considerar o serviço de intermediação prestado como de comercialização, posto que, como já demonstrado, de forma clara e induvidosa, o serviço foi de mera intermediação, e não comercialização, e este foi prestado pela PESSOA FÍSICA, Sr. Jacinto!

"E, mesmo como pessoa física, tal tributação, ainda assim, não seria devida, tendo em vista o que restou acima abordado, ou seja, o fato de que movimentação bancária, por si só, não gera renda (fato gerador do imposto de renda)!!!

"Pelo menos no tocante às pessoas físicas, essa inadequação está presente na presunção legal estabelecida pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96, posto que entre os depósitos bancários e a omissão de rendimentos não há uma correlação lógica direta e segura. Vale dizer, nem sempre o volume de depósitos injustificado leva ao rendimento omitido correlato.

"Em primeiro lugar, a observação da experiência cotidiana demonstrou que não há uma correlação natural entre depósitos e rendimentos omitidos: o fato desconhecido pode

ser de outra natureza. Ademais, conforme mencionado, a movimentação bancária não corporifica fato gerador do Imposto de Renda. Para usar uma linguagem econômica, depósito bancário é estoque e não fluxo, e não sendo fluxo não tipifica renda. Juridicamente, só o fluxo tem a conotação de acréscimo patrimonial.

"São uníssonos, neste sentido, as jurisprudências administrativas e judiciais.

"Na área administrativa, cabe destacar o Acórdão 104-17.494, da 4ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, cuja ementa, publicada no DOU de 13.09.2000, tem a seguinte redação:

"IRPF – OMISSÃO DE RENDIMENTO – LANÇAMENTO COM BASE EXCLUSIVAMENTE EM DEPÓSITO BANCÁRIO – Os depósitos bancários não constituem, por si só, fato gerador do imposto de renda pois não caracterizam dispinibilidade econômica de renda e proventos. O lançamento baseado em depósitos bancários só é admissível quando ficar comprovado o nexo causal entre o depósito e o fato que representa omissão de rendimento.

"Esse entendimento foi confirmado pela Câmara Superior de Recursos, como exemplifica o Acórdão CSRF/01-02.741 (DOU de 06.12.2000), sintetizado na seguinte ementa:

"IRPF – OMISSÃO DE RENDIMENTOS – DEPÓSITOS BANCÁRIO – Os depósitos bancários embora possam refletir indícios de augerimento de renda, não caracterizam, por si só, disponibilidade de rendimentos, não podendo ser considerados como "aplicações" no fluxo de "entradas" e "saídas" para apuração de variação patrimonial, cabendo à Fiscalização aprofundar seu poder investigatório a fim de demonstrar que os depósitos representam efetivamente gastos importados pelo contribuinte".

"Na área Judicial, consoante a Súmula nº 182, do extinto Tribunal Federal de Recursos – TRF, restou averbado ser ilegítimo o lançamento arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários.

"Dessa forma, verifica-se que a presunção legal estabelecida pelo art. 42 da Lei 9.430/96 colide com as diretrizes do processo de ciração das presunções legais, pois a experiência haurida com os casos anteriores evidenciou que entre esses dois fatos não havia nexo causal, vale dizer, constatou-se não haver liame absoluto entre o depósito bancário e o rendimento omitido.

"Conclui-se, por conseguinte, que a simples movimentação bancária na conta do Sr. Jacinto, não geral, necessariamente, renda (fato gerador da incidência do imposto de renda, indevidamente cobrado pelo Fisco no auto de infração ora rebatido). Inexistindo, fato gerador, inexiste obrigação tributária, restando, pois, clara, a impertinência do auto de infração de IRPJ de nº 0310100/00515/04, devendo este ser anulado e, conseqüentemente, arquivado.

"5 – DO PEDIDO

"Considerando a impossibilidade jurídica de utilização dos dados sigilosos obtidos, a inexistência de conduta de sonegação fiscal, e, sobretudo, o fato do serviço ser de intermediação e ter sido prestado pelo Sr. José Jacinto de Oliveira, pessoa física, e não pela Empresa defendente, esta REQUER que Vossa Excelência determine a nulidade do auto de infração de IRPJ de nº 0310100/00515/04, posto já ter nascido NULO DE PLENO DIREITO.

"Requer ainda:

"a) que em virtude do diminuto prazo de tempo para apresentação de defesa, seja deferida a juntada posterior de novos argumentos e esclarecimentos, que a Empresa defendente ache conveniente, em um prazo de até 15 (quinze) dias, a contar desta data, evitando, com isso, configuração de cerceamento de defesa;

"b) a nulidade da presente ação fiscal, bem como dos seus reflexos, que abalariam o crédito da Empresa, indevidamente autuada, tais como Inscrição na Dívida Ativa, CADIN, dentre outros;

"c) que os esclarecimentos e qualquer decisão referente a presente questão seja comunicada à Empresa defendente, bem como às advogadas que abaixo subscrevem, na Av. Desembargador Moreira, nº 2.001, salas 101/103, Aldeota, nesta urbe.

Através do Acórdão DRJ/FOR Nº 7.130 (fls. 892/928), a Terceira Turma Julgadora da DRJ em Fortaleza (CE), julgou procedente a ação fiscal, cujos fundamentos acham-se consubstanciados na seguinte ementa:

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO - EXAME DA LEGALIDADE E DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS - Não compete à autoridade administrativa o exame da legalidade/constitucionalidade das leis, porque prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

SENTENÇAS JUDICIAIS E DECISÕES ADMINISTRATIVAS – EFEITOS - As decisões administrativas e as judiciais não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquela objetoda decisão, à exceção das decisões do STF sobre inconstitucionalidade da legislação.

POSICIONAMENTOS DE TRIBUNAIS E DE JURISTAS - A Autoridade Administrativa não tem competência para apreciar alegações de descabimento de norma legitimamente inserida na legislação tributária nacional

LANÇAMENTO – LEGISLAÇÃO - Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios.

AMPLIAÇÃO DOS MEIOS DE FISCALIZAÇÃO - IRRETROATIVIDADE DE LEI - A Lei Complementar nº 105, de 2001, apenas ampliou os poderes de fiscalização do Fisco, inclusive quanto a fatos geradores ocorridos anteriormente a sua vigência, ficando, pois, afastada a alegação de desrespeito ao princípio da irretroatividade, o qual atinge somente os aspectos materiais do lançamento.

IRPJ - EQUIPARAÇÃO À PESSOA JURÍDICA - A prática reiterada de atividade comercial exercida por pessoa física com objetivo de lucro o equipara à pessoa jurídica.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - Caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS - Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza a presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

SIGILO BANCÁRIO - As informações bancárias obtidas regularmente e usadas reservadamente, no processo, pelos agentesdo Fisco, não caracterizam violação do sigilo bancário.

ÔNUS DA PROVA - Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários.

ARBITRAMENTO DE LUCRO - A não apresentação da escrita contábil na forma das leis comerciais e fiscais, em estando a elas obrigado, implica na forma de tributação pelo lucro arbitrado.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA - CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL - CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - Aplica-se às exigências ditas reflexas o que foi decidido quanto à exigência matriz, devido à íntima relação de causa e efeito entre elas, ressalvadas as alterações exoneratórias procedidas de ofício, decorrentes de novos critérios de interpretação ou de legislação superveniente.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NULIDADE – INOCORRÊNCIA - Descabe a nulidade do lançamento quando a exigência fiscal foi lavrada por pessoa competente e sustenta-se em processo instruído com todas as peças indispensáveis à constituição do lançamento, inexistindo qualquer prejuízo ao exercício do direito de defesa da pessoa jurídica autuada.

JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS - A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; refira-se a fato ou a direito superveniente ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Cientificado da decisão (fls. 936), tempestivamente, o contribuinte interpôs o recurso voluntário de fls. 937/954, reafirmando os termos da impugnação.

Arrolamento de bens certificado às fls. 1.039.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro IRINEU BIANCHI, Relator

Estando presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso voluntário merece ser conhecido.

O presente recurso difere daquele anteriormente julgado – 150930 – apenas quanto aos períodos fiscalizados, sendo que as questões fáticas e de direito são rigorosamente as mesmas.

Assim, reproduzo na íntegra o voto proferido no citado recurso, como segue:

Não tenho dúvidas quanto às conclusões da fiscalização e da decisão recorrida quanto à caracterização das atividades do Sr. JOSÉ JACINTO OLIVEIRA como sendo ATOS DE COMÉRCIO. A uma, porque todo o *modus operandi* leva a tal conclusão e a duas, porque o fiscalizado não comprovou à saciedade que era um mero agenciador.

Não tenho dúvidas, por conseqüência, quando a fiscalização ao deparar-se com tal quadro fático, equipara a pessoa física à pessoa jurídica para fins tributários, como. Aliás, vem decidindo o Primeiro Conselho de Contribuintes, como segue:

> *EQUIPARAÇÃO DE PESSOA FÍSICA A PESSOA JURÍDICA – ATIVIDADE MERCANTIL – Demonstrado que a pessoa física exercia com habitualidade atividade mercantil, deve a fiscalização, de ofício, promover a sua inscrição no CNPJ como Pessoa Jurídica, de modo a estabelecer a exata sujeição passiva e proceder ao lançamento dos tributos pertinentes* (Ac. 104-21.136).

Por outro lado, é pacífico, no âmbito administrativo, o entendimento no sentido de considerar como receitas omitidas os valores representados por depósitos bancários que restem a descoberto de qualquer justificativa.

E, como anotado no relatório, o foco da atividade fiscal foi justamente a movimentação bancária registrada na conta corrente da pessoa física JOSÉ JACINTO OLIVEIRA, que, à falta de comprovação escorreita, por presunção legal, representa receita omitida e portanto, tributável.

No caso em exame, contudo, há considerações outras e que não foram levadas em conta pelas autoridades fiscais e que, no meu sentir, contaminam o auto de infração.

Com efeito, a primeira questão diz respeito ao fato de que a conta bancária onde se acham registrados os depósitos objeto da autuação é uma conta conjunta, tendo o Sr. JOSÉ JACINTO como primeiro titular e sua esposa como segundo titular.

Inobstante isto, não consta dos autos que a segunda titular tenha sido intimada, em qualquer momento, a prestar esclarecimentos acerca da movimentação bancária.

Todavia, a impropriedade mais significativa diz diretamente com a equiparação da pessoa física JOSÉ JACINTO OLIVEIRA à pessoa jurídica, levada a efeito, no meu modo de ver, indevidamente, no CNPJ da firma individual JOSÉ JACINTO OLIVEIRA.

Extrai-se do Relatório Fiscal:

> *Pelos fatos acima expostos, fica evidenciada a natureza comercial das operações praticadas pelo fiscalizado nos anos de 1999 a 2001, devido à habitualidade com que as mesmas foram realizadas, conforme o próprio fiscalizado que afirma. Este fato o equipara a pessoa jurídica, na qualidade de empresário (firma individual), sujeito, portanto, às regras tributárias próprias das empresas, conforme preconiza o art. 150, II, do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/99), inclusive no que tange a manutenção de escrituração contábil das respectivas operações mercantis.*

Até aqui não há nenhuma impropriedade. Mas veja-se a conclusão simplista da autoridade fiscal:

> *Tendo em vista que o contribuinte já possui inscrição no cadastro do CNPJ sob o número 06.629.521/0001-99, sob a forma de firma individual, os lançamentos tributários decorrentes da presente apuração serão constituídos em nome da referida firma.*

De sua parte, ao formular sua impugnação, o recorrente ofereceu resistência a esta equiparação, afirmando ser inaceitável concluir-se que pelo simples fato do Sr. José Jacinto possuir uma empresa, qualquer atividade desempenhada pelo mesmo seja através desta.

A decisão recorrida, por seu turno, após analisar os fatos e concluir pela ocorrência de atos de comércio, não enfrentou a questão proposta pelo recorrente, limitando-se a afirmar, *verbis:*

> *Deste modo, estando a pessoa física, pela atividade de compra e venda de produtos, equiparada à pessoa jurídica, já que o autuado não logrou comprovar ser apenas um intermediário nas referidas transações comerciais, cabe a atribuição do valor omitido à sua firma individual (pessoa jurídica) JOSÉ JACINTO DE OLIVEIRA ME – CNPJ Nº 06.629.521/0001-99.*

Ou seja, deixou sem resposta a irresignação do sujeito passivo.

As conseqüências desta equiparação, sem a atribuição, *ex officio,* de um CNPJ autônomo, circunscrito à movimentação bancária fiscalizada, provocaram conseqüências que vão muito além dos limites da exigência tributária.

Explico:

Se a firma individual registrasse movimento zero ou se apresentasse como inativa, creio que a adoção de seu CNPJ não produziria efeitos outros que não a mera exigência tributária decorrente dos atos então fiscalizados. Esta não era a realidade. A firma individual ostentava movimentação própria de sua atividade específica que não se confundia com os atos praticados pelo Sr. JOSÉ JACINTO, e que resultaram na sua equiparação à pessoa jurídica, por ficção legal.

Ao ser adotado o CNPJ da firma individual do fiscalizado, a primeira conseqüência foi a sua exclusão do SIMPLES, uma vez que o valor dos depósitos bancários foi agregado à movimentação normal daquela pessoa jurídica, ocasionando receitas superiores ao limite legal.

No entanto, nenhuma prova foi produzida pelas autoridades fiscais para ligar a firma individual aos depósitos bancários. Aquela pessoa jurídica tem sede própria e atividade específica – Código 47.12-1-00 – Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – minimercados, mercearias e armazéns.

Já a atividade do fiscalizado, à toda evidência, só pode ser caracterizada como sendo de comércio atacadista, dada à grande quantidade de apenas um tipo de mercadoria (castanha de caju) e do número ínfimo de clientes – apenas (4) quatro.

Se ao menos a conta bancária fiscalizada fosse de titularidade da pessoa jurídica, ter-se-ia estabelecido um liame probatório.

A eleição, pelo agente fiscal, do CNPJ da firma individual, não tem respaldo legal, o que caracteriza nítido erro na eleição do sujeito passivo da obrigação tributária.

A propósito, a Quarta Turma do Primeiro Conselho de Contribuintes, através do acórdão nº 104-20.686, tendo como relatora a ilustre conselheira MARIA HELENA COTTA CARDOZO, assim decidiu:

> *ILEGITIMIDADE PASSIVA – Não se comprovando a associação dos depósitos bancários com a pessoa jurídica da qual o correntista é titular, incabível a alegação de que a exigência deveria recair sobre a firma individual.*

Infere-se claramente, que a hipótese é justamente o oposto do que ocorre nestes autos. Lá, o sujeito passivo, pessoa física equiparada à pessoa jurídica, pugnava no sentido de que a tributação ocorresse na firma individual da qual era o titular.

À falta de comprovação de que os depósitos realizados na conta-corrente da pessoa física tinham alguma ligação com a firma individual, os argumentos foram rejeitados e o recurso improvido.

No caso em exame, a tributação ocorreu na pessoa jurídica sem que tivesse sido produzida qualquer prova tendente a demonstrar que os depósitos realizados na conta-corrente da pessoa física tinham alguma ligação com a pessoa jurídica.

Evidentemente, é caso típico de erro na identificação do sujeito passivo.

A outra conseqüência, também destituída de qualquer amparo legal, diz respeito com o regime tributário da empresa individual. Com efeito, se antes ela era tributada pelo SIMPLES, com as intervenções realizadas ela foi sumariamente excluída do regime simplificado de tributação e em conseqüência, passou a ser tributada pelo lucro arbitrado.

Porém, como antes demonstrado, a movimentação bancária de que aqui se trata não se comunica com a receita tributável da firma individual. Assim sendo, houve intervenção indevida no regime tributário da firma individual, obrigando-a à tributação pelo lucro tributado, quando sua opção era pelo SIMPLES.

ISTO POSTO, conheço do recurso e oriento meu voto no sentido de DAR-LHE PROVIMENTO, tornando insubsistente o auto de infração.

Sala das Sessões, em 18 de outubro de 2007.

IRINEU BIANCHI