



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

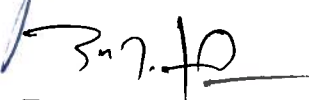
Processo nº : 10746.000606/2002-55
Recurso nº : 151.238
Matéria : SIMPLES - EXS.: 1998 a 2001
Recorrente : D'PAULA PAPELARIA LTDA.
Recorrida : 4ª TURMA/DRJ em BRASÍLIA/DF
Sessão de : 08 DE NOVEMBRO DE 2007

RESOLUÇÃO Nº 105-1.351

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso voluntário interposto por D'PAULA PAPELARIA LTDA.

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, CONVERTER o julgamento em diligência, nos termos do voto do relator.


JOSE CLÓVIS ALVES
PRESIDENTE


EDUARDO DA ROCHA SCHMIDT
RELATOR

FORMALIZADO EM: 07 DEZ 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: WILSON FERNANDES GUIMARÃES, MARCOS RODRIGUES DE MELLO, ROBERTO BEKIERMAN (Suplente Convocado), WALDIR VEIGA ROCHA, MARCOS VINÍCIUS BARROS OTTONI (Suplente Convocado) e IRINEU BIANCHI. Ausente, justificadamente o Conselheiro JOSÉ CARLOS PASSUELLO.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10746.000606/2002-55

Resolução nº : 105-1.351

Recurso nº : 151.238

Recorrente : D'PAULA PAPELARIA LTDA.

RELATÓRIO

Trata o processo de auto de infração de IRPJ, com lançamentos reflexos de CSLL, PIS, COFINS e INSS para tributação receitas omitidas por pessoa jurídica optante do SIMPLES, caracterizadas pela constatação da existência de notas fiscais calçadas/clonadas e por presunção legal em virtude da constatação de depósitos bancários de origem não comprovada, bem como para exigência de insuficiências de recolhimento.

Foi lançada multa de ofício qualificada, no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento), em relação à primeira das infrações acima referidas (notas fiscais calçadas/clonadas).

Impugnação às folhas 877 a 894.

Acórdão julgando os lançamentos parcialmente procedentes às folhas 913 a 927, com a seguinte ementa:

"Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Período de apuração: 01/08/1997 a 31/12/2000

Ementa: INTIMAÇÃO POR EDITAL. VIABILIDADE. TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO.

A intimação do contribuinte via edital somente pode ser efetivada, quando comprovadas improfícuas as intimações via pessoal e via postal. Assim, considera-se tempestiva a impugnação na data de sua apresentação.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF-C. PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10746.000606/2002-55
Resolução nº : 105-1.351

Não há que se falar em nulidade por cerceamento do direito de defesa, por falta de ciência de um dos MPF-C, quando comprovado, nos autos, que o período por ele abrangido já havia sido objeto de discussão por parte do contribuinte durante o procedimento fiscal.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Estando clara a identificação da matéria tributável na descrição dos fatos relatados no Auto de Infração, tendo o contribuinte tomado ciência de todos os valores lançados por meio de planilhas, não prevalece à alegação de prejuízo ao direito de defesa.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

A Lei 9.430/96, no seu art. 42 autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados.

INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA SELIC E DA MULTA DE OFÍCIO.

Não cabe à autoridade administrativa apreciar matéria atinente à inconstitucionalidade de lei, ficando a administração limitada ao seu cumprimento, sendo que o foro próprio para discutir sobre esta matéria é o Poder Judiciário.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA. LEGALIDADE.

Sobre o imposto apurado e lançado de ofício, está prevista, na lei vigente, a aplicação de multa de ofício e juros de mora à taxa Selic. Lançamento procedente."

Recurso voluntário às folhas 942 a 958, alegando, em síntese, o seguinte:

- i) que parte das preliminares suscitadas com a impugnação não teria sido apreciada pelo acórdão recorrido;
- ii) que o MPF de folha 5 não conteria assinatura do representante legal da empresa, do que decorreria a nulidade de todo o procedimento fiscal;
- iii) que o Termo de Constatação e de Intimação Fiscal n. 001, juntado à folha 279, teria sido entregue desacompanhado dos seus anexos, notadamente os dados sobre



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

FL.

Processo nº : 10746.000606/2002-55

Resolução nº : 105-1.351

sua movimentação bancária, tais como demonstrativos indicadores dos depósitos supostamente não contabilizados, do que decorreria a nulidade do processo, por cerceamento do direito de defesa;

iv) que estaria comprovado no processo que toda a sua documentação contábil e fiscal, por ocasião do procedimento de fiscalização, encontrava-se em poder da Secretaria de Estado de Fazenda e da 2ª Vara Criminal da Comarca de Palmas, a qual não teria sido requisitada pela autoridade lançadora, em prejuízo à sua defesa, que se calcou, entre outras, na alegação de que as diferenças encontradas não estariam justificadas em seus livros contábeis e fiscais;

v) que parte da diferença entre as receitas escrituradas e a sua movimentação financeira *"referir-se-ia à reapresentação de cheques depositados e devolvidos na conta corrente"* (folha 949), o que estaria comprovado em sua escrita contábil e fiscal, fato que teria sido desconsiderado pelas autoridades julgadoras de 1º grau, que não requisitou essa documentação à Secretaria de Estado de Fazenda e nem à 2ª Vara Criminal da Comarca de Palmas;

vi) que, das duas, uma: *"ou a DRF apresentaria os documentos (livros fiscais), cujos dados haveriam de se tomar por base para lavrar o Auto de Infração, ou não os requisitaria, mas também não utilizaria – por mera presunção – os dados ali escriturados em desfavor do contribuinte"*;

vii) que a afirmação da autoridade lançadora de que tomou por base as cópias das notas fiscais fornecidas pelo Ministério Público Estadual, não serviriam para justificar a autuação, *"posto que a perícia técnica, por meio de Laudo de Exame Técnico Pericial (requisitado inclusive pelo MPE) constatou não terem os representantes legais da contribuinte nenhuma relação com os documentos apresentados pelo MPE"*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10746.000606/2002-55
Resolução nº : 105-1.351

viii) que não seria possível a concomitante tributação de receitas omitidas apuradas mediante a constatação da existência de notas fiscais calçadas/clonadas e por presunção legal em virtude da constatação de depósitos bancários de origem não comprovada, pois, se tivesse ocorrido a primeira, *"teria dado-se por meio da movimentação da conta corrente da pessoa jurídica"*;

ix) que as informações constantes de seus extratos bancários não permitiriam apurar qualquer omissão de receitas, sendo certo que a constatação da existência de depósitos bancários de origem não comprovada não autorizaria a presunção de que teria omitido receitas;

x) que as penalidades aplicadas teriam efeito confiscatório;

xi) que seria ilegal e inconstitucional a utilização da taxa SELIC como índice de juros de mora em matéria tributária.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

FL.

Processo nº : 10746.000606/2002-55
Resolução nº : 105-1.351

VOTO

Conselheiro EDUARDO DA ROCHA SCHMIDT, Relator

O recurso é tempestivo, devendo ser conhecido.

O processo, todavia, não está maduro para julgamento.

Com efeito, sustenta a contribuinte preliminar de nulidade das autuações, por cerceamento de defesa, fundada na alegação de que estaria comprovado no processo que toda a sua documentação contábil e fiscal, por ocasião do procedimento de fiscalização, encontrava-se em poder da Secretaria de Estado de Fazenda e da 2ª Vara Criminal da Comarca de Palmas, a qual não teria sido requisitada pela autoridade lançadora, em prejuízo à sua defesa, que se calcou, entre outras, na alegação de que as diferenças encontradas não estariam justificadas em seus livros contábeis e fiscais.

Sobre esta alegação, também contida na impugnação, assim se manifestou o acórdão recorrido:

"Prosseguindo nas razões da sua petição em favor da nulidade por cerceamento do direito de defesa, explica ele que já havia informado aos fiscais que a documentação de sua empresa D'Paula Papelaria encontrava-se em poder da Secretaria de Estado de Fazenda e da 2ª Vara Criminal de Palmas, tendo, inclusive, solicitado à DRF/Palmas/TO que requisitasse a documentação mencionada, uma vez que os valores movimentados na sua conta corrente, noticiados no TCIF, note-se, por oportuno, a presença de mais uma evidência de que ele teve acesso aos anexos do Termo de Constatação n. 001.

Segundo ele, os auditores não tomaram conhecimento das alegações, não atendendo à sua solicitação, quando bastaria, para fins da comprovação requisitada, um comparativo entre os depósitos feitos com lançamentos efetuados nos livros contábeis de sua empresa.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10746.000606/2002-55
Resolução nº : 105-1.351

Primeiramente, há que se destacar que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, competindo privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade abível (art. 142, CTN). Significa isto dizer que o fiscal autuante não pode fugir às normas legais que delimitam a atividade de tributação tanto das pessoas quanto das pessoas jurídicas.

Assim, quando os fiscais, no Relatório Fiscal, afirmam que “quanto às justificativas/esclarecimentos apresentados, constatamos que, em relação ao Termo de Constatação e de Intimação Fiscal n. 001, item a, o contribuinte não apresentou documentação alguma que comprove a origem dos recursos depositados/creditados em sua C/C, sendo os argumentos utilizados pelo mesmo descabidos de qualquer respaldo legal”, estão respeitando a vinculação legal prevista em sua atuação (destaque da transcrição).

Sob outro enfoque, o art. 42 da Lei 9.430/96, o qual serviu de embasamento legal para a presente autuação, constitui-se numa presunção legal, o que significa dizer que, tendo a fiscalização constatado os depósitos bancários, cabe ao contribuinte o ônus de provar a origem de tais recursos. Assim, cabia ao contribuinte produzir toda a prova que considerasse importante para a sua defesa.

Em face do exposto, pode-se afirmar que, embora o impugnante tenha optado, durante o procedimento fiscal, por não apresentar/providenciar as provas que lhe foram solicitadas e/ou que achava oportunas, não houve qualquer razão que o impedisse de exercer o seu direito de ampla defesa, uma vez que ele tomou conhecimento do andamento de todo o processo de fiscalização, inclusive, tendo-lhe sido entregues as planilhas que continham a relação dos depósitos/créditos efetuados em sua conta corrente do Banco do Brasil (fl. 280 a 300 – Vol. II, e 250 a 265 – Vol. II), ocasião em que foi instado a comprovar a origem desses recursos, tendo, inclusive, obtido a dilação de prazo solicitada, para o atendimento da referida intimação.

Assim, em vista dos fatos apontados, comprovado que o impugnante não sofreu qualquer restrição quanto à sua possibilidade de defesa, fica



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10746.000606/2002-55
Resolução nº : 105-1.351

refutada essa preliminar de nulidade. Em decorrência, não cabe, nesta instância, abertura de novo prazo para defesa nem tampouco efetuar diligência para a obtenção dos livros contábeis apreendidos da empresa D'Paula Papelaria."

Em resumo, afirma-se, no v. cordão recorrido, que não teria havido cerceamento ao direito de defesa da contribuinte, apesar de parte de sua escrita contábil e fiscal ter estado retida pelo Fisco e pela Justiça Estadual, em virtude de suas respostas às intimações que lhe foram dirigidas, notadamente aquela de folhas 303 e 304, não terem tido, segundo o entendimento ali defendido, de afastar a presunção legal de omissão de receita em que se ampara a autuação.

O exame das respostas apresentadas pela ora recorrente às intimações que lhe foram dirigidas no curso da ação fiscal, evidenciam o desacerto do acórdão recorrido.

Com efeito, em resposta ao Termo de Início de Fiscalização (folhas 103 e 104), a contribuinte, limitou-se a solicitar a concessão de prazo de 30 (trinta) dias para apresentar a documentação que lhe foi requerida, notadamente os seus extratos bancários.

Em nova manifestação, às folhas 256 a 258, a contribuinte informa não dispor, ainda, dos extratos bancários que lhe foram solicitados, eis que ainda não disponibilizados pela instituição financeira, bem como que os seus livros fiscais se encontram em poder da "*Delegacia de Polícia Fazendária ou da Corregedoria Fazendária da Secretaria Estadual de Fazenda*", esclarecendo, ainda, que seus blocos de notas fiscais se encontram em poder do Juízo da 2ª Vara Criminal de Palmas. Ao fim, solicita sejam oficiados os referidos órgãos, para que remetessem os documentos solicitados.

Em resposta ao Termo de Constatação e de Intimação Fiscal n. 001 (folha 279), pelo qual foi intimada a se manifestar, especificamente, sobre os depósitos efetuados em sua conta-corrente bancária, notadamente para "*comprovar a origem dos recursos*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10746.000606/2002-55

Resolução nº : 105-1.351

utilizados" nas operações representadas pelas movimentações financeiras que excederam sua receita bruta declarada, a contribuinte, às folhas 301 e 302, fazendo alusão aos seus documentos fiscais apreendidos pelas autoridades estaduais, solicitou a prorrogação do prazo para se manifestar, no que foi atendida.

Em nova e definitiva manifestação, às folhas 303 e 304, afirma a contribuinte o seguinte:

i) que parte da diferença entre a sua receita bruta declarada e a sua movimentação financeira, referir-se-ia à *"reapresentação de cheques depositados e devolvidos na conta corrente da pessoa jurídica"* e, o restante, à *"vendas antecipadas, ou seja, para entrega futura, sendo a nota fiscal ainda não emitida"*;

ii) que, de fato, a receita bruta do ano-calendário 2000 foi declarada em montante equivocado, pelo que careceria de retificação a declaração apresentada, erro este que se deveu ao fato de sua escrita fiscal ter ido apreendida em 26 de dezembro de 2000.

iii) que deixa de apresentar documentos comprobatórios de suas alegações pelo fato de sua escrita contábil e fiscal estar, então, indisponível.

Como se vê, a contribuinte, antes mesmo de ser intimada para se manifestar sobre os depósitos bancários, já alegara, e comprovava, que não dispunha dos elementos de sua escrita contábil e fiscal, porquanto apreendidos pelas autoridades estaduais, sendo que, ao se manifestar especificamente sobre os depósitos bancários efetuados em sua conta-corrente e sobre as diferenças entre sua movimentação financeira e a receita que declarara, as justificou com alegações plausíveis, justificando a não apresentação de documentação comprobatória pelo fato de a mesma não lhe estar disponível.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10746.000606/2002-55
Resolução nº : 105-1.351

Para a fiscalização, assim como para as autoridades julgadoras, a falta de apresentação de documentação hábil e idônea para justificar a regular origem dos depósitos bancários, atrairia a aplicação da norma do art. 42 da Lei 9.430/96, autorizando se presumam receita omitida estes depósitos cuja origem não foi comprovada.

A interpretação adotada pelas autoridades lançadoras e julgadoras, à primeira vista, até parece aceitável, pois, de fato, a contribuinte não logrou comprovar, com documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados em sua movimentação bancária.

Tenho que a hipótese dos autos, todavia, não aceita tal simplória solução, pois a não comprovação da regular origem dos recursos movimentados não foi premeditada e nem decorreu de desídia da contribuinte, estando justificada pelo fato de esta ter sido desapossada de sua escrita contábil e fiscal pela pelas autoridades fazendárias e judiciais do Estado do Tocantins.

Na espécie, exigir da contribuinte, desapossada que está de sua escrita contábil e fiscal, notadamente seus livros diários e razão, que comprove a regular origem dos depósitos efetuados em sua conta-corrente bancária, corresponde a exigir-lhe verdadeira "prova diabólica", definida por Fredie Didier Jr. como "*aquela que é impossível, senão muito difícil, de ser produzida*"¹.

Segundo Fredie Didier Jr. Quando diante de uma "prova diabólica", "*o ônus da prova deve ser distribuído dinamicamente, caso a caso*"², devendo o julgador fugir das regras que ordinariamente definem a distribuição do ônus probatório, adotando a chamada "*distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto*".

¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civi, Volume I*. Salvador: Podivm, 2006, p. 518.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10746.000606/2002-55
Resolução nº : 105-1.351

Penso que, na espécie, pura e simplesmente aplicar a presunção legal de omissão de receita positivada no art. 42 da Lei 9.430/96, implica, indubitavelmente, em exigir da contribuinte inaceitável "prova diabólica", mormente quando esta, desde o início do procedimento fiscalizatório, noticiou que sua escrita contábil e fiscal fora apreendida pelas autoridades judiciais e fazendárias do Estado do Tocantins, solicitando às autoridades lançadoras que, em virtude disso, solicitassem às referidas autoridades estaduais que remetessem a referida documentação.

Entendo que a contribuinte, na especial hipótese dos autos, se desincumbiu, da forma que lhe era possível, do ônus probatório que lhe recaia, tendo comprovado com documentação hábil e idônea que a sua escrita fiscal e contábil havia sido apreendida por autoridades competentes e regularmente constituídas, bem como requerido, ainda no curso da ação fiscal, que as autoridades lançadoras requeressem àquelas autoridades que remetessem à referida documentação, para que, então, pudessem comprovar suas alegações defensivas.

As autoridades lançadoras, todavia, comodamente, preferiram se esconder sob o manto da presunção legal do art. 42 da Lei 9.430/96, não produzindo a prova que lhe competia, isto é, não requisitando às autoridades estaduais a documentação em questão, em inescandível desprestígio ao princípio da verdade material.

Acerca do princípio a verdade material, nunca é demais recordar a lição de James Marins³, que bem sintetiza sua importância e dinâmica de atuação:

"A exigência da verdade material corresponde à busca pela aproximação entre a realidade factual e sua apresentação formal: aproximação entre os eventos ocorridos na dinâmica econômica e o registro formal de sua existência; entre a materialidade do evento

² Ob. cit, p. 518.

³ MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 179.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10746.000606/2002-55
Resolução nº : 105-1.351

econômico (fato imponible) e sua formalização através do lançamento tributário. A busca pela verdade material é princípio de observância indeclinável da administração tributária no âmbito de suas atividades procedimentais e processuais. Deve fiscalizar em busca da verdade material; deve apurar e lançar com base na verdade material."

Pelo princípio da verdade material, corolário dos da capacidade contributiva e legalidade, a autoridade administrativa deve atentar para a realidade dos fatos, buscando que a tributação recaia, com a maior aproximação possível, sobre a verdadeira base de cálculo do tributo, envidando todos os esforços ao seu alcance para que assim aconteça.

Pelo exposto, em respeito aos princípios da verdade material e ampla defesa, resolvo converter o julgamento em diligência, para que seja verificado se a documentação apreendida já foi devolvida à contribuinte, intimando-a, em caso positivo, a se manifestar, em 30 (trinta) dias, sobre a origem dos depósitos bancários tributados neste processo, comprovando a sua regular origem e devida escrituração, bem como sobre as notas calçadas em que se ampara a autuação, demonstrando que também ofereceu à tributação os valores supostamente omitidos.

Na hipótese de a documentação apreendida não ter sido devolvida à contribuinte, deverá a autoridade preparadora oficial ao Juízo da 2ª Vara Criminal de Palmas, solicitando à autoridade judicial que coloque à disposição da contribuinte, na serventia judicial, em data ou datas previamente agendada(s), a documentação fiscal apreendida por conta de decisão proferida no processo 211/2000, facultada a obtenção de cópias. A esta diligência, se possível, deverá comparecer Auditor Fiscal da Receita Federal, para acompanhar o exame dessa documentação pela contribuinte. Finda a diligência, terá a contribuinte prazo de 30 (trinta) dias para se manifestar sobre a origem dos depósitos bancários tributados neste processo, comprovando a sua regular origem e devida escrituração, bem como sobre as notas calçadas em que se ampara a autuação, demonstrando que também ofereceu à tributação os valores supostamente omitidos.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10746.000606/2002-55
Resolução nº : 105-1.351

Em caso de manifestação da contribuinte sobre os depósitos bancários e notas calçadas, deverá a autoridade preparadora manifestar-se a respeito, mediante a elaboração do termo fiscal competente, retornando-se, após, o processo ao Colegiado.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 08 de novembro de 2007.

EDUARDO DA ROCHA SCHMIDT