



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

Processo nº 10830.002596/95-43
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-00.823 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de novembro de 2011
Matéria IRPJ e outros
Recorrente TOMORROW COMUNIC. E MARKETING S/C LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1990, 1991, 1992

FALTA DE DEPÓSITO RECURSAL. CONCOMITÂNCIA DA AÇÃO JUDICIAL COM O PROCESSO ADMINISTRATIVO. MESMO OBJETO. SÚMULA Nº 1 DO CARF.

Tendo o sujeito passivo interposto ação judicial para cancelar a inscrição em Dívida Ativa da União, e conseqüentemente, os autos de infração, com o mesmo objeto do recurso voluntário, e tendo a ação judicial sido interposta em razão da não apreciação do recurso voluntário, em segunda instância administrativa, por falta de depósito recursal, e uma vez que o dispositivo legal que exigia o depósito foi considerado inconstitucional pelo STF, com o cancelamento da inscrição em Dívida Ativa da União e com o retorno do recurso voluntário para julgamento, e tendo o contribuinte desistido da ação judicial, com a respectiva homologação judicial, não é o caso de se aplicar a súmula nº 1 do CARF.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM ORIGEM NÃO JUSTIFICADA. PRESUNÇÃO SIMPLES.

Para que a falta de comprovação da origem dos depósitos bancários excedentes aos recursos financeiros contabilizados, seja considerada omissão de receita, por se tratar de presunção simples, implicaria no aprofundamento da ação fiscal, uma vez que à época da ocorrência dos fatos geradores, ainda não vigia o art. 42 da Lei 9.430/96.

LUCRO REAL. GLOSA DE DESPESAS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTOS.

A falta de comprovação da efetividade dos pagamentos, por si só, não é suficiente para justificar a glosa das despesas. Seria necessário o aprofundamento da ação fiscal, com a reunião de outros indícios, para que as despesas fossem consideradas não dedutíveis.

LUCRO REAL. GLOSA DE DESPESAS OPERACIONAIS. FALTA DE COMPROVAÇÃO.

A falta de comprovação da realização de despesas com documentação hábil e idônea, implica na correspondente glosa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade, e no mérito, dar provimento parcial ao recurso para manter somente a glosa por falta de comprovação de despesas (item 2 do TVF), nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Ausente justificadamente, o Conselheiro Moises Giacomelli Nunes da Silva.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima – Presidente e Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, João Carlos de Figueiredo Neto, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moises Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Albertina Silva Santos de Lima.

Relatório

Trata-se de lançamentos relativos ao IRPJ, Finsocial - Faturamento, PIS, IRRF e CSLL, dos anos-base de 1990 e 1991 e do ano-calendário de 1992. As infrações são:

a) omissão de receitas caracterizada por suprimento de numerário não comprovado: falta de comprovação da origem dos depósitos/créditos bancários excedentes aos recursos financeiros contabilizados, conforme item 3 do TVF.

b) glosa de despesas operacionais, tendo em vista que a fiscalizada não comprovou, por meio de documentação hábil e idônea, a efetividade dos pagamentos das aludidas despesas, conforme item 1 do TVF;

c) glosa de despesas operacionais face a fiscalizada não haver apresentado documentação hábil para comprovação das despesas, item 2 do TVF.

O lançamento foi considerado procedente em parte, tendo sido excluída a exigência do Pis, do IRRF, da multa por atraso na entrega da declaração, dos juros de mora com base na TRD no período de 04.02 a 29.07.91, e foi reduzida a multa de ofício de 100% para 75%.

Transcrevo as ementas proferidas da parte do lançamento que foi mantido:

Ementa: OMISSÃO DE RECEITAS. EXTRATOS BANCÁRIOS E OUTROS INDÍCIOS.CABIMENTO.

Cabível a exigência fiscal por omissão de receitas quando apoiada não apenas na existência de diversos depósitos bancários, mas também com base em diversos outros elementos comprobatórios, mormente quando ao ser reiteradamente intimado, e mesmo durante a fase impugnatória, o sujeito passivo não logra demonstrar a origem e a natureza de tais ingressos de recursos, embora admita ter conhecimento da referida movimentação bancária.

GLOSA DE DESPESAS. FALTA DE COMPROVAÇÃO.

A falta de comprovação de realização de despesa, impõe glosa correspondente, visto que a pessoa jurídica é obrigada, por lei, a conservar em ordem, documentos e papéis que se refiram a atos e operações que modifiquem ou possam vir a modificar a sua situação patrimonial.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. FINSOCIAL.COFINS.

A decisão proferida no processo principal aplica-se as exigências reflexas, devido à íntima relação de causa e efeito entre elas.

O recurso voluntário foi interposto em 26.03.2002.

Ao final do mesmo, a recorrente sintetiza seus argumentos:

É nula de pleno direito a exigência fiscal ora recorrida, porque lastreada em provas e condutas manifestamente ilícitas (quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, em afronta aos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988), sendo medida de rigor seu cancelamento, como matéria preliminar;

As despesas operacionais então deduzidas pela recorrente foram glosadas simplesmente porque os agentes fiscais entenderam que foram (sic) satisfatoriamente comprovadas, ora faltando a "efetividade do pagamento", ora comprovada através de "documentação imprestável", sendo certo que há prova suficiente - esta Colenda Câmara quem o dirá - para demonstrar a ocorrência do fato do fato jurídico tributário (despesas operacionais) e os pagamentos efetuados;

A alegada "omissão de receitas" é totalmente impertinente, primeiro porque a atividade somente é remunerada por honorários, sendo certo que a receita desta advém de honorários; logo, sua movimentação financeira não poderá servir de base para arbitramento de faturamento e/ou receita;

Depois, a prova que embasou a acusação - extratos de movimentação bancária - não são suficientes para demonstrar fraude ou simulação. É mister do fisco, no caso presente, trazer indícios - ao menos plausíveis - de sonegação fiscal ou receitas encobertas, o que não logrou fazer prova.

DO PEDIDO.

Ante o exposto, vem respeitosamente requerer a V. Sa. a admissibilidade do presente recurso, uma vez que a ilegal exigência do depósito de 30% para sua admissibilidade esta sendo discutido judicialmente, (Mandado de Segurança nº 2001.61.05.002472-1, 4º Vara Federal de Campinas);

E, após o regular processamento, seja o mesmo, perante esta Egrégia Câmara, conhecido e provido, primeiramente anulando todo o procedimento fiscal impugnado, uma vez que fundamentado em provas ilícitas; depois, ultrapassada a preliminar, requer a seja reformada a decisão do Delegado da Receita Federal de Julgamento de Campinas - SP, cancelando definitivamente o lançamento guerreado e tornando insubsistente a exigência reflexa (FINSOCIAL e COFINS)

Cita jurisprudência administrativa relativa ao proc. 10580.007209/97-80, em julgamento de 18.10.2000, 10950.002333/99-56, em julgamento de 16.08.2000, 10480.005312/87-04 e em julgamento de 08.07.92. Cita a súmula 182 do extinto STF e jurisprudência judicial.

Com o recurso apresentou cópia de notas promissórias e de contratos de mútuo, bem como, cópia de duas notas de débito, cópia de faturas, recibos, todos emitidos por

Caiuá Viagens e Turismo, e ainda, cópia de fatura emitida pelo Correio Popular, comandas emitidas pelo Hotel Alpino, fatura emitida pelo Zero dB Comunicações, nota fiscal emitida pelo Jornal de Valinhos, entre outras notas fiscais e recibos.

Quando a contribuinte interpôs recurso voluntário, a legislação exigia o depósito de 30% do valor do crédito tributário. Mediante ação judicial discutiu essa exigência, tendo a decisão sido desfavorável à recorrente, o que impossibilitou a apreciação do recurso voluntário pelo então 1º CC. O débito foi inscrito em DAU.

Posteriormente, em função da alteração da legislação que passou a não exigir o depósito, o sujeito passivo requereu que o recurso voluntário fosse apreciado em segunda instância.

Pelo despacho de fls. 772, se constata o cancelamento da DAU, fls. 766/767 e o processo foi encaminhado, em 14.05.2008, para o 1º CC.

Conforme se verifica na correspondência datada de 06.08.2009, às fls. 776, a Procuradora da Fazenda Nacional em Campinas, encaminhou decisões proferidas nos autos da ação ordinária nº 2004.61.05.001136-0, cujo objeto é a anulação do presente processo administrativo.

A justiça federal de 6ª Vara Cível Federal de Campinas, em 04.06.2008, julgou o processo com apreciação do mérito e rejeitou o pedido formulado pela parte-autora.

Em 04.02.2009, o patrono da recorrente por meio da petição dirigida ao desembargador federal da 3ª Turma do TRF03, informa que cuida-se de ação anulatória com o objetivo de desconstituir os lançamentos dos créditos tributários inscritos nas CDA que identifica, decorrentes do proc. Administrativo 10830.002596/95-43, e que em função da não apreciação do recurso voluntário pelo Conselho de Contribuintes, a autoria não teve outra alternativa senão ajuizar a ação para desconstituição das CDAs.

Registrou que, tendo sido a exigência do depósito julgada inconstitucional pelo STF, a PFN cancelou as inscrições em CDA, discutidas naquela ação judicial o processo administrativo teve seguimento.

Destacou que aquela ação somente foi interposta em razão da finalização precipitada do processo administrativo, posteriormente corrigida por força da decisão pelo STF. Informa que ação travada naquela ação judicial perdeu o objeto e requereu a desistência do feito.

Pediu a extinção daquele processo sem julgamento do mérito. No processo de apelação cível (2004.61.05.001136-0/SP) foi homologado o pedido de desistência do recurso, para que produzisse seus regulares efeitos, nos termos do art. 501 do CPC e do art. 33, VI, do Regimento Interno daquela Corte. A decisão transitou em julgado em 14.04.2009.

Em 21.11.2011, o sujeito passivo apresentou petição, na qual consigna que à época dos fatos e da apuração dos lançamentos, não dispunha de meios hábeis para comprovar efetivamente que, no que tange à omissão de receitas, ocorreu um equívoco na análise da documentação apresentada à fiscalização.

Apresentou cópias de documentos que teriam sido obtidos junto à instituição bancária, com a finalidade de comprovar que os mencionados depósitos e créditos bancários se tratavam de transferências de valores entre as contas bancárias mantidas pela recorrente, descabendo a acusação de omissão de receitas.

Argumenta que caso não seja esse o entendimento, requer a conversão do julgamento em diligência, a fim de que os autos sejam remetidos à Procuradoria para ciência e manifestação dos documentos ora juntados, em atendimento ao princípio da verdade material que rege o processo administrativo.

Este é relatório.

Voto

Conselheira Albertina Silva Santos de Lima

O recurso foi apresentado em 26.03.2002. A intimação foi datada de 20.02.2002. Na cópia do aviso de recebimento, às fls. 384, não se consegue identificar a data da ciência.

Assim, não tendo nos autos elementos que esclareçam a data da ciência da decisão de primeira instância, considero que o mesmo é tempestivo, e que atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pelo qual o recurso deve ser conhecido.

Há uma outra preliminar a ser apreciada.

O sujeito passivo entrou com ação judicial para cancelar os autos de infração, com o mesmo objeto do recurso voluntário, que teve decisão de primeira instância desfavorável. Alegou que a ação somente foi interposta porque o recurso não havia sido julgado em segunda instância administrativa, em razão da falta de depósito recursal, e que uma vez que o dispositivo legal que exigia o recurso foi considerado inconstitucional pelo STF, a inscrição em Dívida Ativa da União foi cancelada e o recurso foi encaminhado ao então 1º CC.

No CARF há uma súmula que dispõe:

***Súmula CARF nº 1:** Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.*

O sujeito passivo, nessa ação judicial, pugnou pela concessão da antecipação dos efeitos da tutela antecipada para suspender a exigibilidade do crédito, e no mérito, requereu que fosse reconhecida a inexistência da relação obrigacional tributária entre a autora e a ré, principalmente no que tange ao processo 10830.002596/95-43, da SRF, cujo crédito tributário

resultante estava inscrito em DAU. Ou seja, a ação judicial visava o cancelamento da inscrição dos débitos em DAU, e para tanto, discutiu as matérias contidas nos autos de infração.

Tendo o sujeito passivo interposto a ação judicial para cancelar a inscrição em DAU, tendo ocorrido administrativamente o cancelamento da DAU, tendo desistido da ação judicial, e tendo a desistência sido homologada, e havendo a informação de fls. 766, que o ajuizamento seria cancelado, é o caso de se aplicar a súmula neste julgamento?

Entendo que em situações normais, ainda que haja desistência da ação judicial após a decisão de primeira instância, sendo o objeto de discussão no recurso voluntário idêntico ao discutido na ação judicial, implica em renúncia à esfera administrativa.

Mas, neste caso específico não se deve aplicar a súmula do CARF nº 1, pois, a contribuinte pretendia com a ação o cancelamento das inscrições em DAU, com a necessidade de discutir o mérito. O cancelamento da inscrição em DAU foi providenciado pela PFN. O recurso voluntário foi interposto antes da ação judicial, e esta somente foi impetrada porque o recurso não foi apreciado pela falta de depósito recursal.

Assim, passo à apreciação do recurso voluntário.

Em relação à preliminar de quebra de sigilo bancário em razão do uso pela fiscalização dos extratos bancários, transcrevo da decisão do Juízo Federal da Sexta Vara Federal de Campinas, ação ordinária, processo nº 2004.61.05.001136-0, doc. de fls. 778/783, por concordar com seus termos:

Primeiramente, é importante assinalar que a quebra de sigilo fiscal ocorre quando, por ordem de autoridade do poder público instituição financeira, esta presta informações relativas a um dado correntista. Assim, não há que se falar em quebra do sigilo fiscal se a documentação é exigida do correntista e por ele apresentada ao fisco.

Isto porque o correntista, se entendesse que a exigência violava seu direito à intimidade (que já é bem difícil de sustentar em se tratando de empresa), poderia deixar de prestar as informações ao fisco.

Voltando os olhos para o que consta no PAF, observo que, no termo de retenção de documentos fiscais, de 6/04/2004 (fl.605), não consta qualquer menção a respeito do fato de ter havido coação quando da retenção dos extratos bancários, livro diário e fichas de razão pela fiscalização. Aliás, vale notar que o termo de retenção foi subscrito pelo Sr. ANTONIO CARLOS TOGNOLO (CPF n. 907.647.818- 04). Se não era de se esperar que a retenção forçada constasse no termo, também não era de se esperar que alguém da empresa assinasse o termo de retenção, sem qualquer ressalva.

Não vejo também qualquer irregularidade na atuação fiscal quando emitiu os Termo de Solicitação de documentos (fl.718) e o Termo de Intimação (fl.719/721). No que tange a este último houve requisição dos cheques compensados à própria empresa fiscalizada e não às instituições financeiras contra quem os cheques foram emitidos.

Tampouco vejo irregularidade nas conclusões contidas no Termo de Intimação de fl. 814/815, relativamente aos documentos apresentados pela ora autora.

Igualmente observo que a requisição do fisco datada de 15/03/1995 (fl.824/825) também não se encontra maculada de ilegalidade, na medida em que a intimação para apresentação dos cheques foi direcionada à empresa fiscalizada e não a qualquer instituição financeira. A empresa foi devidamente intimada das conclusões da fiscalização por meio do Termo de Intimação de 17/04/95 (fl.847/850), tendo sido viabilizada mais uma vez a oportunidade de comprovar a efetividade dos pagamentos das despesas que relaciona, assim como a origem dos numerários utilizados, tendo a empresa requerido prazo para atendimento, prazo este que foi deferido pela fiscalização (fl.859/860).

Lavrado o auto de infração (f.870/880), a interessada impugnou-o (fl.882/885), sem mencionar qualquer quebra de sigilo fiscal. A DRF/Campinas proferiu decisão administrativa (fl.921/931) mantendo em parte a autuação. Intimada da decisão, a ora autora interpôs recurso voluntário (fl.941/961) ao Conselho de Contribuintes, sustentando ter ocorrido quebra do sigilo bancário, tendo este órgão se negado a julgar o recurso em face da legislação vigente à época, que exigia o depósito de 30 % do valor do crédito, e da cassação em sentença da liminar que havia sido concedido em ação judicial, assegurando o trânsito do recurso ao Conselho (fl.1135).

Pois bem.

Considerado tal relato fático, entendo que não houve a alegada quebra do sigilo bancário porque: a) no termo de retenção de fl. 605 não consta qualquer ressalva de que os documentos estariam sendo retidos contra a vontade da empresa e b) na impugnação apresentada contra o auto de infração a empresa em parte alguma menciona a coação que ora sustenta ter ocorrido.

(...)

Assim, essa preliminar deve ser rejeitada.

Sobre a infração de omissão de receitas caracterizada por suprimimento de numerário não comprovado, item 3 do TVF, a tributação incorreu com base nos depósitos/créditos bancários excedentes aos recursos financeiros contabilizados, ou seja, a fiscalização somou o faturamento, os empréstimos, o aumento de capital, diminuiu esse valor da diferença do saldo em caixa em 31.12 de cada ano comparado com o saldo no início do ano, obteve o montante possível de depósito/crédito bancário, e diminuiu esse valor do total dos depósitos/créditos efetuados.

Portanto, na realidade, a infração se refere a falta de comprovação da origem dos depósitos bancários excedentes aos recursos financeiros contabilizados. À época da ocorrência dos fatos geradores, ainda não vigia o art. 42 da Lei 9.430/96. Trata-se portanto, de

uma presunção simples, razão pela qual deveria ter havido o aprofundamento da ação fiscal para reunião de outros indícios de omissão de receitas.

Ademais, tratando-se de lançamentos relativos aos fatos geradores de 1990 a 1992, aplica-se ao caso, a súmula 182 do extinto TFR: “É ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários”.

Logo, em relação à infração de omissão de receitas, dou provimento ao recurso.

Passo a apreciar a glosa de despesas fundamentada na falta da comprovação da efetividade de pagamentos, de despesas deduzidas como operacionais, item 1 do TVF.

A falta de comprovação da efetividade dos pagamentos, por si só, não é suficiente para se glosar as despesas. Seria necessário o aprofundamento da ação fiscal, com a reunião de outros indícios, para que se desconsiderasse a dedutibilidade dessas despesas.

Passo a apreciar a glosa de despesas por falta de comprovação de documentação hábil, item 2 do TVF. As informações contidas na tabela abaixo foram extraídas do Termo de Verificação Fiscal.

Ano e despesa	Fls.	Cr\$
1990		
Propaganda e publicidade – parte (diário nº 1, fls. 9) falta doc. relativa a 08/90	288	167.241,28
Serviços prestados por pessoas jurídicas (Diário nº 1, fls. 14) – documentação apresentada não se refere a 12/90.	288/237/242	921.213,94
Viagens (Diário nº 1, fls. 14) – documentação não apresentada relativa a 12/90	288	249.043,50
1991		
Anúncios (Diário nº 1, fls. 18) – documentação apresentada não se refere a 03/91.	233/236/288	1.515.174,69
1992		
Serviços contratados (Diário nº 1, fls. 34-verso) – documentação imprestável para efeito de comprovação das despesas relativas a 08/92.	243/246/288	3.025.930,00

Registre-se que a recorrente juntou aos autos, com o recurso voluntário cópia de documentos, tais como, notas fiscais, duplicatas, recibos, orçamento, mas, não os relacionou aos itens glosados.

Não localizei entre os mesmos, os relativos aos períodos indicados pela fiscalização em relação aos anos de 1991 e 1990, exceto, um recibo emitido por Caiuá Viagens e Turismo, de Cr\$ 20.733,00, relativo a passagem aérea SP/BSB/SP, de dezembro de 1990, e neste caso não se pode com os elementos trazidos se aferir também a necessidade da despesa, condição relevante para a dedutibilidade.

Em relação a 08/92, segundo a fiscalização a documentação apresentada seria imprestável para comprovação das despesas no valor de Cr\$ 3.025.930,00.

Com o recurso foram apresentadas cópias de notas fiscais emitidas por restaurantes - venda a consumidor, não identificado, e cópia de orçamento relativo a conserto. Tais documentos não são suficientes para comprovar que foram realizadas pela autuada e não permitem verificar a sua necessidade, condições relevantes para a dedutibilidade.

Também foram apresentadas cópias de recibos, emitidos por pessoas físicas, sendo um relativo a prestação de serviços, sem identificação dos mesmos, no valor de Cr\$ 1.687.000,00, e sem outros elementos para se aferir a efetividade dos serviços e sua necessidade, e outro de valor muito maior do que está sendo glosado, sem qualquer relação com a glosa.

Aplica-se aos lançamentos decorrentes, o decidido em relação ao tributo principal, em relação da estreita relação de causa e efeito.

Do exposto, oriento meu voto para rejeitar a preliminar de nulidade, e no mérito, dar provimento parcial ao recurso para manter, apenas, a glosa por falta de comprovação dos custos e despesas, item 2 do TVF.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima - Relatora