

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10945.000306/2002-20
Recurso nº : 134.579
Matéria : IRPJ e OUTROS - EX.: 1999
Recorrente : EVERALDO JOÃO CIVIERO & CIA LTDA.
Recorrida : 2ª TURMA/DRJ em CURITIBA/PR
Sessão de : 29 DE JANEIRO DE 2004
Acórdão nº : 105-14.287

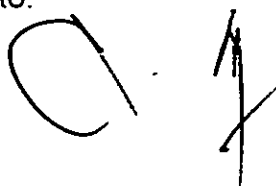
IRPJ - PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA - OMISSÃO DE RECEITAS. MOVIMENTO BANCÁRIO MANTIDO À MARGEM DA ESCRITURAÇÃO - MULTA QUALIFICADA - A propositura pelo contribuinte contra a Fazenda, de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas. Admitida a caracterização de omissão de receita, pela manutenção de movimento bancário à margem da escrituração, o seu valor será quantificado pelo somatório das importâncias creditadas em conta de depósito não computadas na base de cálculo do imposto, e será tributado de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão. Inteligência dos artigos 42, da Lei nº 9.430, de 1996, e 24, da Lei nº 9.249, de 1995. Aplica-se, no lançamento de ofício, a multa prevista no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996, sobre os fatos descritos no auto de infração que se ajustam à hipótese nele preconizada.

DECORRÊNCIA - CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS, COFINS E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - Tratando-se de lançamentos reflexos, a decisão prolatada no lançamento matriz, é aplicável, no que couber, aos decorrentes, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por EVERALDO JOÃO CIVIERO & CIA LTDA.

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER da preliminar argüida pelo recorrente e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. O Conselheiro Roberto Bekierman (Suplente Convocado) fará declaração de voto.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10945.000306/2002-20

Acórdão nº : 105-14.287


DORIVAL PADOVAN
PRESIDENTE


LUIS GONZAGA MEDEIROS NÓBREGA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 25 MAR 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: VERINALDO HENRIQUE DA SILVA, DANIEL SAHAGOFF, CORINTHO OLIVEIRA MACHADO (Suplente Convocado), EDUARDO DA ROCHA SCHMIDT e JOSÉ CARLOS PASSUELLO. Ausente, justificadamente o Conselheiro ÁLVARO BARROS BARBOSA LIMA.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10945.000306/2002-20

Acórdão nº : 105-14.287

Recurso nº : 134.579

Recorrente : EVERALDO JOÃO CIVIERO & CIA LTDA.

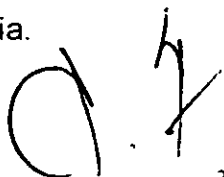
RELATÓRIO

EVERALDO JOÃO CIVIERO & CIA LTDA., já qualificada nos autos, recorre a este Conselho, da decisão prolatada pela Segunda Turma de Julgamento da DRJ em Curitiba/PR, consubstanciada no Acórdão de fls. 350/358, do qual foi cientificada em 17/04/2002 (Aviso de Recebimento – AR às fls. 367), por meio do recurso protocolado em 13/05/2002 (fls. 374/382).

Contra a Contribuinte acima foi lavrado o Auto de Infração (AI), de fls. 311/317, para a formalização de exigência do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, relativa ao ano-calendário de 1998, correspondente ao exercício financeiro de 1999, em virtude de haver sido constatada omissão de receita, caracterizada pela falta ou insuficiência de sua contabilização.

Conforme detalhamento contido no Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 304/310, a infração foi apurada, mediante a verificação de que a Autuada mantinha à margem da escrituração, a sua movimentação financeira efetuada em duas contas-correntes bancárias tituladas pelo seu atual sócio Everaldo João Civiero, as quais acolhiam depósitos originados de operações de suas atividades comerciais, conforme declarado pela própria fiscalizada; além disso, foram, igualmente, omitidos nos assentamentos contábeis da Contribuinte, os depósitos levados a efeito em duas outras contas bancárias, mantidas em nome da pessoa jurídica, cujos recursos também tiveram origem em operações mercantis por ela realizadas no período, segundo declaração de fls. 301.

Para uma perfeita compreensão das circunstâncias em que foi apurada a infração, por parte de meus pares, leio, em Sessão, o inteiro teor do aludido TVF, que se acha anexado à peça acusatória.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10945.000306/2002-20

Acórdão nº : 105-14.287

Na oportunidade, foram ainda exigidos como lançamentos reflexos, as Contribuições para o PIS (AI às fls. 318/321) e para a Seguridade Social – COFINS (AI às fls. 322/325) e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (AI às fls. 326/329).

Em impugnação tempestivamente apresentada (fls. 335/341), instruída com os documentos de fls. 342 a 348, a autuada se insurgiu contra os lançamentos com base nos argumentos dessa forma sintetizados no julgado recorrido:

“Preliminar – nulidade dos lançamentos

“Segundo o artigo 11, parágrafo 3º, da Lei nº 9.311, de 24/10/1996, era vedado à Receita Federal utilizar, para a constituição de outros créditos tributários, os dados atinentes à movimentação financeira colhidos para a finalidade específica de lançamento de CPMF. Essa norma esteve em vigor até o advento da Lei nº 10.174, de 09/01/2001.

“Portanto, antes da Lei nº 10.174, de 09/01/01, era vedado utilizar, para a constituição de créditos tributários que não de CPMF, as informações prestadas pelas instituições financeiras para fins de CPMF.

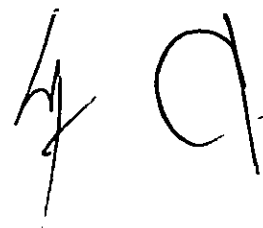
“Os depósitos motivadores destes lançamentos ocorreram em 1998. Assim sendo, são nulos tais lançamentos, por contrariarem a vedação expressa da Lei nº 9.311, de 24/10/1996.

“A utilização de dados bancários provenientes da CPMF, para fins de lançamentos tributários outros, só é válida em relação a fatos posteriores a janeiro/2001.

“Mérito – Apuração ilegal e exorbitante dos lucros

“A fiscalização tributou as omissões pelo somatório total dos depósitos bancários, convertendo-os em lucro na proporção de 100%.

“Em verdade, o artigo 24 da Lei nº 9.249/1995 manda determinar o imposto relativo a receita omitida conforme o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no correspondente período-base. Mas para que essa regra possa ser aplicada, é essencial que a escolha do contribuinte se apresente formal e legalmente adequada e apta ao regime escolhido, em particular no pertinente à escrituração.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10945.000306/2002-20

Acórdão nº : 105-14.287

“Se a escolha tem impedimento, ou a escrituração é inexistente ou imprestável, a escolha configura ato falho ou mesmo um embuste, que não pode e nem deve ser acolhido pela autoridade lançadora. É o caso de empresa que declara pelo lucro presumido sem preencher os requisitos necessários. Nesse caso, a autoridade fiscal deve lançar com base no lucro arbitrado.

“No caso presente está configurada a imprestabilidade da escrituração. Incumbia à autoridade fiscal reconhecer essa realidade e impor o arbitramento, em face da impossibilidade de aceitar o lucro real.

“A autuada declarou receitas no importe de R\$ 1.747.727,30 no ano-calendário de 1998. Somada essa receita às omissões, totaliza R\$ 4.148.017,78. Assim, a omissão atinge a proporção de quase 60%.

“Os custos registrados na contabilidade totalizam R\$ 1.361.415,73. Esse valor é incompatível com a receita de R\$ 4.148.017,78, o que implicaria margem de lucro de 300%. Então, obviamente foram omitidos custos por compras de mercadorias, talvez na mesma proporção de 60%.

“Em linhas gerais, a escrituração que ampara a apuração pelo lucro real abrangeu não mais que 40% das compras e vendas. Trata-se, sem exagero, de escrituração inexistente ou imprestável, que não pode ser aceita para embasar opção pelo lucro real.

“Além do mais, a movimentação bancária foi omitida da escrituração pela quase totalidade, fato por si só suficiente para determinar a invalidade formal da escrituração e impor o arbitramento.

“Mérito – quantificação errônea das receitas omitidas

“A movimentação bancária não contabilizada envolveu receitas e custos que abrangem tanto os valores que foram contabilizados como os que não foram. Ambos, registrados e não registrados na escrituração, circularam pelas contas bancárias como depósitos e saques para fornecedores e demais obrigações da empresa.

“Se as receitas, quer registradas, quer não registradas, circularam nas contas bancárias e assim compuseram os depósitos não contabilizados, a omissão seria a diferença, calculada da seguinte maneira:

“Receita total apurada pelos depósitos bancários R\$ 2.400.290,48

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10945.000306/2002-20

Acórdão nº : 105-14.287

"Receita declarada – soma dos trimestres (-) R\$ 1.747.727,30

"Diferença (omissão) (=) R\$ 652.563,18

"A ação fiscal não considerou a receita declarada, que também concorreu para formação dos depósitos. O somatório dos depósitos bancários representa o montante máximo da receita.

"Segundo o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, caracteriza omissão de receita o depósito bancário cuja origem dos recursos não for conhecida, o que não é o caso uma vez que está comprovado que os depósitos provêm de vendas de mercadorias. Sabida a origem dos recursos, os depósitos prestam-se para fixar o montante das receitas, montante máximo, com certeza, mas não necessariamente o montante omitido.

"Mérito – multa agravada de 150%

"Não existiu o evidente intuito de fraude justificatório da multa máxima. Também não existiu o crime de conluio aventado ao fundamento de que a autuada foi auxiliada por Everaldo João Civiero no cometimento do crime de sonegação de tributos.

"O aludido cidadão era empregado da empresa e passou a movimentar em seu nome próprio os recursos em virtude de problemas de saúde de seu pai, o proprietário da pessoa jurídica. Não se beneficiou e nem se apropriou dos recursos. Apenas movimentou-os como pertencentes à empresa. Não existe conluio ou outra fraude nesse procedimento, ainda que tecnicamente irregular.

"Essa situação foi corroborada no auto de infração lavrado contra aquela pessoa física (fls. 344-348), no qual não houve o agravamento da multa.

"Além do mais, o Sr. Everaldo prestou depoimento espontâneo afirmando pertencerem os recursos à pessoa jurídica, sendo que esse depoimento configura denúncia espontânea excludente da responsabilidade, prevista no art. 138 da Lei nº 5.172, de 25/10/1966 - CTN.

"Não se configurando com clareza o evidente intuito de fraude, não pode prosperar a multa de 150%.

Em Acórdão de fls. 350/358, a Segunda Turma de Julgamento da DRJ em Curitiba/PR manteve integralmente as exigências, se fundamentando nas seguintes razões:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10945.000306/2002-20

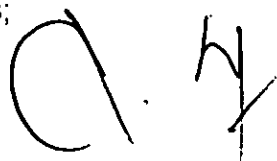
Acórdão nº : 105-14.287

1. sob o argumento de que a questão preliminar suscitada pela Impugnante – impossibilidade de utilização dos dados fornecidos pelas instituições financeiras para embasar lançamentos de tributos e contribuições distintos da CPMF, vedada pela Lei nº 9.311, de 1996 – já foi analisada pelo Poder Judiciário no MS nº 2001.70.02.001712-7 (fls. 30 a 38), tendo a autoridade judicial declarado a legitimidade do procedimento, o aresto recorrido não conheceu da alegação;

2. já no mérito, embora reconheça que a tributação da receita omitida com base no lucro real tenha sido mais gravosa, o relator do acórdão rejeitou a tese da defesa de que deveria ser adotado o lucro arbitrado como base imponible, por existir expressa disposição legal naquele sentido (artigo 24, da Lei nº 9.249/1995), e por não haver sido configurada a absoluta imprestabilidade da escrituração da autuada, que levasse o Fisco a desclassificá-la;

3. argumentando que inexistente previsão para que seja presumida a não contabilização de custos, e que a opção pelo lucro real utilizada pela Contribuinte no período objeto da autuação pressupõe o seu registro integral na escrituração, foi afastada a alegação da defesa de se considerar, no procedimento, pretensos custos não escriturados na mesma proporção das receitas omitidas;

4. quanto à alegada quantificação errônea das receitas arroladas na autuação, sob o argumento de que as receitas declaradas compunham o total do movimento bancário, o órgão julgador *a quo*, não obstante reconhecer a possibilidade de alguns valores depositados terem origem na receita escriturada, conclui tratar-se de uma informação que, não podendo ser confirmada, não pode ser acatada; a *contrario sensu*, pode-se afirmar, com convicção, que nem toda a receita auferida foi depositada em banco; assim, não prospera o raciocínio de que o movimento bancário coincide com a receita total da Contribuinte, devendo prevalecer o comando contido no artigo 42, da Lei nº 9.430, de 1996, mormente pelo fato de a defesa não conseguir vincular os depósitos efetuados, com receitas escrituradas;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10945.000306/2002-20

Acórdão nº : 105-14.287

5. no que concerne à multa de ofício, considerou correta a interpretação dada pela Fiscalização, ao qualificar a infração constatada e impor a penalidade agravada, levando-se em conta que a metodologia concertada entre a pessoa jurídica autuada e o Sr. Everaldo João Civiero, de depositar em contas pessoais deste, recursos pertencentes à primeira, caracterizou a intenção deliberada de dificultar a apuração e o conseqüente lançamento tributário, configurando, ainda, aquele procedimento, o conluio, em prejuízo do Erário, tendo sido buscado, inclusive, impedir a quebra do sigilo bancário, pela via judicial;

6. por fim, rejeitou a alegação de que o depoimento prestado pelo titular das contas bancárias configura a denúncia espontânea, nos termos do artigo 138, do Código Tributário Nacional (CTN), pois as informações foram fornecidas, na ocasião, em seu nome próprio, e não, da pessoa jurídica, além de não se fazer acompanhar do pagamento integral do débito, conforme dispõe o citado comando legal.

Inconformada com a decisão, a Contribuinte, por meio de seu Procurador (Mandato às fls. 385) interpôs o recurso de fls. 374/382, no qual requer a este Colegiado, a reforma do julgamento prolatado na instância inferior, com base nos argumentos a seguir sintetizados:

1. reitera a preliminar de nulidade dos lançamentos, pela utilização dos dados da CPMF para fundamentar exigências distintas daquela contribuição, tendo em vista que a permissão da Lei nº 10.174, de 2001, não pode ser aplicada retroativamente, ao entendimento de que o argumento deve ser conhecido e decidido no litígio administrativo, ainda que o Judiciário, no caso concreto, já tenha se pronunciado pela legalidade do procedimento fiscal;

2. sob o título "*Quantificação errônea das receitas omitidas*", insiste a Recorrente na alegação de que o valor arrolado deveria se limitar à diferença entre o somatório dos depósitos e o montante da receita declarada; segundo ela, a presunção do artigo 42, da Lei nº 9.430/1996 admite demonstração em contrário e, como no caso de que se cuida, restou comprovado que os recursos depositados tiveram origem nas receitas da

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10945.000306/2002-20

Acórdão nº : 105-14.287

autuada, não há como dissociá-los das receitas declaradas, devendo ser tributada apenas a diferença, nos termos do parágrafo 2º, do dispositivo legal citado;

3. censura a presunção que considera receita omitida o simples somatório dos depósitos bancários não contabilizados, especialmente quando toda a movimentação bancária não foi registrada, invocando julgados deste Primeiro Conselho de Contribuintes para corroborar aquele entendimento;

4. taxa de hipotéticas e contraditórias as objeções do julgado recorrido para afastar o seu argumento; é contraditória, pois, enquanto na sua ementa consta que os valores dos depósitos, cujas origens não restarem esclarecidas, caracterizam omissão de receita, é justamente o fato de aquela origem se assentar na receita da sociedade o que restou esclarecido, sendo desmotivada a objeção; e é hipotética, ao afirmar ser possível que alguns depósitos provenham de receita escriturada, o que não pode ser confirmado e que, no sentido inverso, nem todas as receitas auferidas foram depositadas;

5. como a presunção legal se funda na origem dos recursos depositados e essa origem (receita da empresa) se acha demonstrada e aceita, a presunção se considera satisfeita, devendo ser quantificada a receita omitida, pelo excesso dos depósitos em relação à receita declarada, pois esta já tem a sua origem demonstrada e compõe a base de cálculo declarada, não podendo ser tributada mais uma vez;

6. a Recorrente volta a alegar a apuração ilegal e exorbitante dos lucros, sob o fundamento de não ser aplicável à espécie dos autos, o disposto no artigo 24, da Lei nº 9.249, de 1995, apesar de haver optado pelo lucro real no período arrolado na autuação; segundo o seu entendimento, como a escrituração omitiu a movimentação bancária, o Fisco deveria tê-la considerado inexistente ou imprestável, impondo o arbitramento do lucro, o que não o fez; o próprio julgado recorrido reconheceu que a margem de lucro para o seu ramo de atividade *"aparenta ser superior à praticada no mercado"*, o que demonstra a distorção acarretada pela adoção indevida do lucro real como base imponible;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

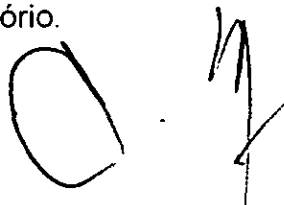
Processo nº : 10945.000306/2002-20

Acórdão nº : 105-14.287

7. encerra, reiterando os argumentos contrários à imposição da multa de ofício no percentual de 150%, e ratificando o seu ponto de vista acerca da inoccorrência de fraude ou conluio, pois, ainda que irregular a situação, não existiu o evidente intuito de iludir a autoridade fiscal, devendo prevalecer, na hipótese, a multa mínima.

Às fls. 383 e 384 e 386 a 407, constam documentos relativos ao arrolamento de bens realizado pela contribuinte, nos termos da legislação de regência, o qual foi considerado regular pela Repartição de origem, que encaminhou os autos para apreciação do recurso, por parte deste Primeiro Conselho de Contribuintes, de acordo com o despacho de fls. 408.

É o relatório.

A handwritten signature, possibly 'M. J.', is written to the right of a large, hand-drawn oval shape, which likely represents a stamp or official mark.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10945.000306/2002-20

Acórdão nº : 105-14.287

V O T O

Conselheiro LUIS GONZAGA MEDEIROS NÓBREGA, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de sua admissibilidade, pelo que deve ser conhecido.

De acordo com o relatório, verifica-se que a presente lide trata de se verificar a regularidade do procedimento fiscal que arrolou, como receitas omitidas no ano-calendário de 1998, os depósitos efetuados em contas bancárias tituladas por terceiros, relacionados a recursos confessadamente originados de operações da Autuada, cumulados com valores depositados em contas bancárias em nome da pessoa jurídica, igualmente mantidos à margem de sua escrituração.

DA PRELIMINAR:

No recurso, a Contribuinte reitera a preliminar de nulidade do feito, em razão de haverem sido utilizados, no procedimento, dados fornecidos pelas instituições financeiras relacionadas às bases de cálculo da CPMF em período que vigia a Lei nº 9.311, de 1996, a qual vedava aquela utilização para fundamentar exigências distintas da citada contribuição; segundo o seu entendimento, a permissão da Lei nº 10.174, de 2001, não pode ser aplicada retroativamente, devendo esta instância administrativa se pronunciar sobre a alegação, independentemente de o Poder Judiciário já havê-lo feito, no caso concreto.

A discussão judicial acerca da matéria foi inaugurada por iniciativa do próprio sócio, titular das contas bancárias que movimentavam os recursos da fiscalizada, ao impetrar mandado de segurança visando vedar o acesso do Fisco àquela movimentação, ao mesmo tempo em que buscava impedir a utilização de seus dados para apuração de bases imponíveis de exações outras, que não de CPMF; e, não acolhendo o mesmo argumento ora apresentado nesta instância administrativa, a autoridade judicial indeferiu a liminar

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10945.000306/2002-20

Acórdão nº : 105-14.287

requerida e negou a segurança, conforme cópias das decisões constantes das fls. 30 a 38, se fundamentando no parágrafo 1º, do artigo 144, do Código Tributário Nacional (CTN).

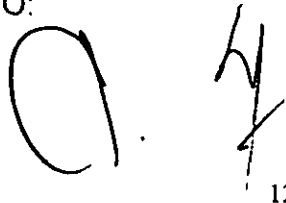
Poder-se-ia questionar o fato de o autor da citada ação judicial ser distinto da pessoa jurídica autuada, para negar aplicação, neste particular, e por analogia, ao comando contido no § 2º, do artigo 1º, do Decreto-lei nº 1.737, de 20/12/1979, combinado com o que dispõe o parágrafo único do artigo 38, da Lei nº 6.830, de 22/09/1980 (Lei das Execuções Fiscais).

No entanto, há que se considerar que, ao ser inicialmente intimado pela Fiscalização, em 03/05/2001 (fls. 07) – o que lhe levou à busca da tutela judicial – o Sr. Everaldo João Civiero era informalmente responsável pela pessoa jurídica (embora sem procuração), na impossibilidade de seu genitor (Honorato Civiero) dirigir os negócios, por alegados problemas de saúde, situação que já se configurava no ano-calendário de 1998, objeto da autuação, conforme declaração de fls. 187.

Somado a isso, o fato de os recursos movimentados nas contas bancárias que se tentou manter oculto do Fisco, pertencerem, confessadamente, à pessoa jurídica autuada, leva a que se considere plenamente aplicáveis à hipótese dos autos, as conclusões contidas no Ato Declaratório (Normativo) – ADN COSIT nº 03, de 1996 – no sentido de que, a propositura pelo contribuinte contra a Fazenda, de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto – o qual, embora não vincule o julgador de 2º grau, coincide com a jurisprudência majoritária desta Casa.

Por essas razões, acompanho a conclusão contida no julgado recorrido, não conhecendo da preliminar suscitada pela defesa.

DO MÉRITO:

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized letter 'O' followed by a vertical line and a horizontal stroke at the top, resembling a stylized 'H' or 'N'.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10945.000306/2002-20

Acórdão nº : 105-14.287

De início, é de se ressaltar que em nenhum momento a Contribuinte negou o cometimento da infração, consubstanciada na manutenção do movimento bancário à margem da escrituração, caracterizando omissão de receitas, tendo, apenas, questionado a quantificação desta e a forma da apuração da base imponible no procedimento fiscal sob análise.

Configurado o contorno da lide, passo a apreciar os argumentos da defesa.

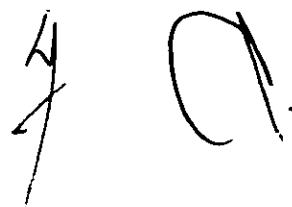
DA ALEGADA QUANTIFICAÇÃO ERRÔNEA DAS RECEITAS OMITIDAS:

Para a Recorrente, como restou comprovado que os recursos depositados nas contas bancárias arroladas na autuação, se originaram de receitas da pessoa jurídica, não há como dissociá-los das receitas declaradas, cabendo a tributação apenas sobre a diferença existente entre o total depositado e o valor já tributado, conforme dispõe o parágrafo 2º, do artigo 42, da Lei nº 9.430/1996, o qual, por presunção, autoriza a tributação dos valores creditados em contas mantidas em instituições financeiras, de origem não comprovada, mas admite demonstração em contrário, como no caso de que se cuida.

A tese da defesa parte de uma premissa não provada e de uma errônea interpretação do dispositivo invocado, como, a seguir, busco demonstrar.

O comando contido no *caput* do artigo 42, da Lei nº 9.430/1996, diz respeito à caracterização como omissão de receita (ou de rendimento), dos valores creditados em contas bancárias, na situação em que o contribuinte, intimado pelo Fisco a comprovar a sua origem, não demonstre que os correspondentes recursos provieram de operações e/ou atividades já tributadas ou não alcançadas pela tributação na legislação do imposto de renda; trata-se, pois, de uma presunção legal, de que aqueles valores configuram receita omitida, se não for provado que tiveram origem distinta.

Já o parágrafo 2º do dispositivo trata de omissão efetivamente ocorrida, pela comprovação de que os recursos depositados e omitidos pelo contribuinte, no caso das pessoas jurídicas, se originaram de operações mantidas à margem da escrituração – e que,

Handwritten signature and initials in black ink, located at the bottom right of the page.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10945.000306/2002-20

Acórdão nº : 105-14.287

portanto, não foram computadas na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos; e, como tal, se submetem às normas de tributação específicas, previstas na legislação de regência.

Na espécie dos autos, afora as declarações da Fiscalizada, no sentido de que os recursos depositados nas contas arroladas na autuação se originaram de operações mercantis por ela realizadas no período, não existe nenhuma evidência probatória da afirmação da empresa, uma vez que não logrou ela apresentar qualquer elemento que vincule os aludidos valores com alguma operação realizada, para ficar caracterizada a hipótese de que trata o citado parágrafo 2º do dispositivo em questão.

Com efeito, aquela declaração, desacompanhada de provas, equivale à falta de demonstração de que os recursos em tela provieram de operações não tributadas, devendo prevalecer a presunção legal prevista no *caput* do artigo em comento.

Ainda que assim não fosse, ou seja, que a *mera alegação* pudesse ser *acatada como comprovação*, não vislumbro qualquer consequência prática daí decorrente, como pretendido pela defesa, pois o teor do parágrafo 2º, não autoriza a conclusão a que ela chegou, quanto à quantificação da receita omitida, considerando que os depósitos abrangem a parcela da receita já declarada, cabendo a tributação apenas sobre a diferença.

Como já esposado acima, o seu teor manda submetê-los às normas de tributação específicas, exatamente pelo fato de não haverem sido computados nas bases de cálculo dos impostos e contribuições a que se sujeitam, somente podendo se cogitar de dedução de alguma parcela se restar comprovado que parte dos valores creditados já foram tributados. E esta prova não foi produzida em qualquer momento.

Improcede a censura quanto à metodologia aplicada no procedimento, de considerar receita omitida o somatório dos depósitos bancários não contabilizados, pois é ela expressamente autorizada pelo artigo 42, da Lei nº 9.430, de 1996, acima analisado.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10945.000306/2002-20

Acórdão nº : 105-14.287

O procedimento somente poderia ser contestado, neste particular, caso houvesse sido demonstrada a existência de erros de fato na quantificação do valor arrolado para autuação, derivados da inobservância de transferências interbancárias, inclusão indevida de valores como depósitos, ou de outros créditos que não configuram o tipo eleito pelo legislador como caracterizador de omissão de receita, o que não constitui a espécie dos autos. Neste sentido, não socorre a Recorrente a jurisprudência invocada no apelo, pois foi ela produzida antes da vigência da norma legal que fundamentou o presente lançamento.

As demais alegações da defesa relacionadas à comprovação de que os recursos depositados nas contas bancárias mantidas à margem da contabilidade correspondem, efetivamente, à receita da sociedade, restam prejudicadas, tendo em vista partirem da mesma premissa encerrada no argumento concernente à aplicação do artigo 42, da Lei nº 9.430, de 1996, que já foi objeto de análise neste voto, sendo rejeitado.

Nessa esteira, não vejo qualquer impropriedade na hipótese levantada pelo julgado recorrido, de que parte dos depósitos possa ter advindo de receitas escrituradas; essa possibilidade, embora real, somente poderia ser considerada no procedimento, caso fosse ela comprovada pela Recorrente; e se não o foi, certamente é porque não pode a defesa fazê-lo, o que confirma a assertiva contida naquela decisão.

Como a presunção legal é a de que os valores depositados, nas circunstâncias presentes, configuram omissão de receita, caberia à Contribuinte demonstrar que a receita declarada compõe o universo daqueles valores e, nesta hipótese, estaria sendo tributada em duplicidade; desacompanhada de prova, insubsiste a alegação.

DA ALEGADA APURAÇÃO ILEGAL E EXORBITANTE DOS LUCROS:

Quanto ao argumento de que a apuração dos lucros foi feita de forma ilegal e exorbitante, faço as seguintes observações:

1. não possui a autoridade fiscal o poder discricionário de, ao seu talante, escolher a forma de tributação a ser adotada no procedimento, em razão de sua atividade

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10945.000306/2002-20

Acórdão nº : 105-14.287

estritamente vinculada à lei, segundo dispõe o artigo 142, do CTN; nesses termos, não lhe cabe perquirir acerca do critério de apuração da base imponible mais (ou menos) favorável ao sujeito passivo, ainda que a forma prescrita em lei possa ser mais onerosa, como alegado pela defesa;

2. na hipótese de que se cuida, como a Contribuinte optou pelo lucro real trimestral no período arrolado na autuação, a receita omitida foi tributada com base naquele critério, de acordo com o disposto no artigo 24, da Lei nº 9.249, de 1995; e, em cumprimento às normas que disciplinam a sua atuação (artigo 894, inciso III, do RIR/94, cuja matriz legal é o artigo 79, da Lei nº 5.844, de 1943), a Fiscalização acresceu ao lucro real declarado, as importâncias não declaradas, afigurando-se plenamente correto o procedimento;

3. defende a Recorrente a tese de que como a escrituração omitiu a movimentação bancária, deveria ela ter sido considerada inexistente ou imprestável, impondo-se o arbitramento do lucro; de plano, deve ser rejeitada a alegação, uma vez que a legislação somente autoriza a desclassificação da escrita da pessoa jurídica para aquele fim, na presença de vícios que, de tal monta, a tornem imprestável para a apuração do lucro real (alínea "b", do inciso II, do artigo 47, da Lei nº 8.981/1995);

4. os vícios constatados na escrituração da autuada, concernentes à movimentação financeira, inclusive, a bancária – que constitui a outra hipótese para o arbitramento, prevista na alínea "a", do dispositivo citado – do meu ponto de vista, não são suficientes para comprometer a determinação do lucro real, tendo em vista o regramento dado ao fenômeno pela legislação de regência superveniente àquele diploma legal (artigo 42, da Lei nº 9.430, de 1996, e artigo 24, da Lei nº 9.249, de 1995), a qual deve prevalecer, na espécie, em razão do tratamento específico dispensado posteriormente à matéria, pelo legislador ordinário;

5. de mais a mais, a tese da defesa contraria a jurisprudência desta Casa, há tempos firmada, no sentido de que, por se constituir medida extrema, o arbitramento de lucros somente deve ser adotado na impossibilidade absoluta de apuração do lucro real.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10945.000306/2002-20

Acórdão nº : 105-14.287

DA APLICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO EXASPERADA (150%):

No recurso, a Contribuinte reitera os argumentos contrários à imposição da multa de ofício no percentual de 150%, alegando a inexistência de fraude ou conluio e o evidente intuito de iludir a autoridade fiscal, devendo prevalecer a multa mínima.

Acompanho, também, a decisão recorrida, quanto à manutenção da multa de ofício qualificada imposta no procedimento fiscal, por rejeitar o argumento da Recorrente, no sentido de que não restou caracterizada a ocorrência de fraude ou conluio, que justificaria a qualificação da penalidade, nas situações previstas nos artigos 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502/1964.

Com efeito, a ausência de registro nos assentamentos contábeis da Autuada, dos depósitos bancários por ela efetuados em contas de sua titularidade e a utilização de contas bancárias de terceiros (no caso, o filho do sócio responsável pela pessoa jurídica, que administrava o negócio na impossibilidade de seu genitor, e que, posteriormente, passou à condição de sócio) para movimentar recursos financeiros mantidos à margem da escrituração, demonstram a deliberada intenção da infratora de subtrair tributos, mediante expedientes ilegítimos, situação que configura a *conduta dolosa*, a autorizar a exasperação da multa, nos termos do artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/1996.

Da análise das circunstâncias que cercaram a apuração da infração, a situação atenuante alegada pela Recorrente não se sustenta, pelas seguintes razões:

1. o depoimento inicialmente prestado pelo Sr. Everaldo João Civiero, não foi “espontâneo”, como argumentou a defesa; na verdade, foi ele intimado a esclarecer a existência de contas bancárias por ele tituladas, com a movimentação de recursos incompatível com um contribuinte que não apresentava declaração de rendimentos;

2. na ocasião, o mesmo já era responsável, de fato, pela sociedade e omitiu essa circunstância no depoimento, se dizendo, apenas gerente de compras; ao contrário do

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10945.000306/2002-20

Acórdão nº : 105-14.287

que constou do recurso, naquela oportunidade ele não informou que os recursos eram da pessoa jurídica, tendo afirmado que pertenciam ao seu genitor, Sr. Honorato Civiero;

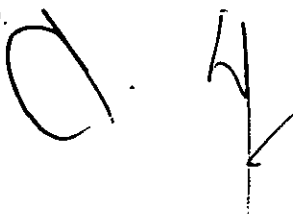
3. somente com o aprofundamento da ação fiscal – e a frustração da tentativa de manter oculta aquela movimentação pela via judicial – a verdadeira titularidade dos recursos veio à tona, resultando nas exigências formalizadas nos presentes autos.

Na verdade, ainda que circunscrita ao grupo familiar (pai e filho), o conluio na conduta dolosa se configurou, pois, mesmo acometido de doença, o responsável de direito pelo negócio permitiu que o responsável de fato desviasse recursos da pessoa jurídica para as suas contas pessoais, dificultando a ação do Fisco, que somente tomou conhecimento dos fatos, pela via transversa da fiscalização da pessoa física do Sr. Everaldo João Civiero, ponto de partida para o presente procedimento.

Mesmo que se alegasse que aquele procedimento foi de exclusiva responsabilidade do Sr. Everaldo – sem a participação de seu genitor – a sua condição de responsável de fato pela sociedade, não o autorizava a proceder com infração à lei de forma autônoma, pela aplicação do princípio contábil da entidade, que distingue a pessoa jurídica de seus sócios.

Por essas razões entendo que deve ser mantida a multa de ofício no patamar constante dos autos de infração.

As conclusões contidas neste voto relativas ao IRPJ são extensivas aos lançamentos reflexos (Contribuição para o PIS, COFINS e CSLL), por aplicação do princípio da decorrência processual, uma vez que todas as exigências tiveram o mesmo suporte fático.

Handwritten signature and initials in black ink, consisting of a large 'D' and a stylized 'A' with a vertical line and a checkmark-like stroke.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10945.000306/2002-20

Acórdão nº : 105-14.287

Em função do exposto, voto no sentido de não conhecer da preliminar suscitada e, no mérito, negar provimento ao recurso.

É o meu voto.

Sala das Sessões - DF, em 29 de janeiro de 2004.


LUIS GONZAGA MEDEIROS NÓBREGA



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Processo nº : 10945.000306/2002-20
Acórdão nº : 105-14.287

MANIFESTAÇÃO DE VOTO

Concordo com as conclusões a que chegou o i. Relator, no tocante a não conhecer da preliminar e negar provimento ao recurso, inclusive quanto à manutenção da multa agravada de 150%.

Entendo, contudo, que o art. 42, § 2º da Lei nº 9.430/96 cria hipótese de presunção legal, bastante para que se tribute os depósitos bancários com origem não comprovada pelo contribuinte, mas, sendo um mera presunção, ainda que legal, não autoriza o lançamento da multa agravada, aplicável somente aos casos em que há comprovação cabal do evidente intuito de fraude. Dessa forma, a simples existência de depósitos não identificados não seria suficiente para a imposição da multa agravada.

A despeito disso, entendo que, no caso concreto, houve sim a prova do evidente intuito de fraude, que foi, inclusive, confessado pelo representante legal do contribuinte, quando informou que os depósitos recebidos em suas contas-correntes particulares referiam-se a receitas da Recorrente, mas não escrituradas. A multa se sustenta *in casu*.

É o meu voto.


ROBERTO BEKIERMAN

