



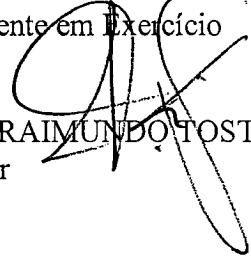
MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 11030.001817/2003-15
Recurso nº 143.763
Resolução nº 3301-0.021 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Data 02 de junho de 2009
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente VALDIR CASELANI
Recorrida 2ª TURMA DA DRJ SANTA MARIA/RS

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Primeira Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, CONVERTER o julgamento em diligência, nos termos do voto do Relator.


MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA
Presidente em Exercício


JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS
Relator

FORMALIZADO EM: 05.FEV 2010

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Silvana Mancini Karam, Núbia Matos Moura, Alexandre Naoki Nishioka, Eduardo Tadeu Farah, Vanessa Pereira Rodrigues Domene e Rubens Maurício Carvalho (Suplente convocado).

Relatório

O recurso voluntário em exame pretende a reforma do Acórdão DRJ/STM nº 3.105 (1.179/1197), de 27/08/2004, que julgou, por unanimidade de votos, procedente o lançamento.

As infrações indicadas no lançamento e os argumentos de defesa suscitados pelo contribuinte foram sumariados pelo Órgão julgador a quo, nos seguintes termos:

“Contra o contribuinte foi lavrado auto de infração (fls. 03 a 25 e 507 a 511) referente a Imposto sobre a Renda de Pessoa Física dos anos-calendários 1998 a 2000, no qual foi apurado o crédito tributário de R\$ 9.819.139,57, nele compreendido imposto, multa de ofício de 150% e juros de mora, em decorrência da apuração de omissão de rendimentos provenientes de depósitos bancários de origem não comprovada, na forma dos dispositivos legais sumariados na peça fiscal.

Pelo fato de a fiscalização entender que ficou evidenciado o intuito do fraude, caracterizando crime contra a ordem tributária, de acordo com a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, arts. 1º e 2º, foi realizada representação fiscal para fins penais em processo apenso a este.

Tempestivamente, o interessado apresenta a impugnação da exigência às fls. 518 a 581, instruída com os documentos de fls. 582 a 751, 754 a 1003, 1006 a 1177. Suas alegações estão, em síntese, a seguir descritas.

Preliminares de Nulidade

Argüi a nulidade do auto de infração, pelo fato da autoridade fiscal:

- ter agido arbitrariamente (aleatoriedade/desuniformidade de critérios);
- ter se equivocado na identificação do sujeito passivo;
- ter se baseado em provas obtidas irregularmente.

Arbitrariedade cometida no lançamento

Chama atenção para a simultaneidade dos procedimentos que dão origem ao processo fiscal. O primeiro teve partida com o *Termo de Início de Fiscalização* lavrado contra a pessoa física de Raquel Felix de Freitas e o segundo teve partida com o *Termo de Início de Fiscalização* lavrado contra o impugnante.

Os critérios que a autoridade fiscal adotou para efetuar o lançamento são aleatórios, sem nexos com a realidade. A superficialidade, a falta de compreensão dos fatos e ou documentos examinados, demonstram a inconfiabilidade do auto de infração.

Examinando o processo fiscal nº 11030.000343/2003-94 observa-se que, naquele feito, à vista da existência de depósitos bancários em contas de terceiros – pessoa física - o lançamento incidiu sobre a pessoa jurídica com a qual o agente fiscal interpretou haver vínculos. No presente processo, há identidade de situações, resultando evidente não só o descritério, mas, sobretudo, o indevido e ilegal personalismo que orientou a lavratura da autuação em lide.

O caráter arbitrário da autuação fiscal resta confirmado com a postura contrária à evidência das provas tornadas disponibilizadas ao autuante no curso da verificação fiscal, representadas pela vinculação dos cheques emitidos pelo impugnante e pela funcionária Raquel com os respectivos Contratos de Fomento firmados pela empresa Real, pela procuração constante do anexo 5.

Assim, a equivocada opção pela tributação dos depósitos na pessoa física do impugnante, torna evidente o caráter arbitrário, desuniforme, errôneo do lançamento efetuado, tornando-o juridicamente nulo.



Erro na Identificação do Sujeito Passivo

Examinando o processo, constata-se que o impugnante informou que os recursos transitados em sua conta corrente e da funcionária Raquel pertenciam à empresa Real Fomento Mercantil Ltda, a qual, como a própria denominação sinaliza, operava negocialmente no ramo de prestação de serviços de *factoring* tendo, ainda, observado que a ela deveriam ser imputados eventuais efeitos tributários.

A faturização se qualifica como ato de comércio e nos anos fiscalizados as operações realizadas atingiram o número de 2.166 vezes, houve a prática habitual e com intuito de lucro do ato de comércio denominado faturização.

Diante da inconteste e habitual prática de atos de comércio, caberia à fiscalização ter promovido de ofício a equiparação da pessoa física à jurídica, e, depois disso, tributado o lucro então apurado.

É nulo, portanto, o lançamento por erro de identificação do sujeito passivo.

Provas obtidas Irregularmente

Defende o impugnante que ao requisitar os extratos bancários, as cópias de cheques e de recibos de depósitos, as cópias da ficha cadastral e das fichas de assinatura, o Agente Fiscal exigiu, obteve e fez uso de provas de forma irregular, evento este que determina a nulidade dos lançamentos, baseados que estão na tributação pura e simples dos depósitos bancários.

A prejudicialidade ora argüida apóia-se nas razões expostas:

A exigência da apresentação de cópias dos extratos bancários e da concomitante comprovação/justificação dos valores depositados, não está calcada numa clara e precedente exteriorização dos motivos e da real necessidade da prática de tal ato.

À época da prática dos atos em lide, a Câmara Superior de Recursos Fiscais e o Poder Judiciário tomaram decisões consolidando o entendimento de que a quebra do sigilo bancário só era possível à vista de ordem judicial.

O artigo 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, vigente nos anos de 1998, 1999 e 2000, de forma clara impedia à Receita Federal de fazer uso dos dados da CPMF para efeitos de controle e lançamento de outros tributos.

Inconsistência legal (formal) do lançamento

O procedimento fiscal carece de falta de clareza (cientificação), motivação e base legal, porque: a quebra do sigilo bancário foi processada sem qualquer processo administrativo instaurado; na data da intimação não havia um procedimento fiscal em curso e sobretudo, nenhuma causa anterior ou contemporânea foi apontada declarando a indispensabilidade da solicitação e do exame de tais documentos/comprovações.

Agindo assim, o Agente Fiscal procedeu em completo desacordo com as prescrições legais e inconstitucionais, especialmente, as contidas no artigo 7º do Decreto nº 70.235/1972, nos artigos 2º e 28 da Lei nº 9.784/1999, no artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e Decreto nº 3.724/2001 e, nos artigos 5º, incisos X, LIV, LV e 37, da CF/1988.

Ressalta, ainda, que o procedimento da quebra do sigilo bancário e a requisição de extratos com base na Lei Complementar nº 105/2001 e Decreto nº 3.724/2001, além de ferir o



princípio da legalidade, ofendeu ainda, aos princípios constitucionais da repartição de competências e da irretroatividade das leis.

Inconsistência Material do Lançamento

A fiscalização não observou a qualificação jurídica da atividade (factoring) exercida pelo impugnante, onde a retribuição, ou seja, a remuneração auferida pelo factor, e de outra parte, a despesa suportada pelo cedente, corresponde à diferença a menor entre o preço de aquisição do crédito e seu valor nominal, conforme o ADN-COSIT nº 51/1994.

No caso, a tributação integral dos valores brutos de depósitos/créditos de origem não comprovados com base no art. 42 da Lei nº 9.430/1996, não se justifica e caracteriza uma tributação mais onerosa e ofende o conceito de renda e dispositivos constantes nos artigos 3º, 43, 110, 114, 116 e 142 do Código Tributário Nacional – CTN, bem como viola ao princípio da capacidade contributiva, em face dos expressivos valores tributados.

Inconsistência Factual do Lançamento

O autuante olvidou que o preço da prestação do serviço, ou seja, a receita resultante das operações de faturização corresponde apenas à diferença entre o valor nominal e o de aquisição dos créditos, e, desavisadamente, não atentando para os dados contidos nos borderôs que lhe foram apresentados – neles estão claramente especificados os deságios – tributou os valores brutos dos depósitos como se receitas fossem, quando, de acordo com o já evidenciado, representam tão somente o capital circulante empregado no desenvolvimento da sua atividade meio.

Promovendo, então, um confronto entre os parâmetros/critérios de apuração delineados pela própria administração tributária (vide ADN CST nº 51/94), com os adotados na peça autuatória, infere-se que o agente adotou um entendimento não apenas paradoxal, como, sobretudo, afrontoso aos mais elementares princípios orientadores do Direito Tributário.

Lícito é concluir, portanto, que se está diante de uma desuniformidade procedimental que invalida o lançamento.

A fiscalização não observou que o somatório dos depósitos não é equivalente receitas-lucros. Além disso, tributou equivocadamente muitos depósitos estornados por motivos diversos, conforme relação dos valores de cheques depositados e devolvidos – Anexo 2 (fls. 894-895).

O impugnante defende a necessária reconstituição dos fatos na forma das planilhas 2, 3 e 4, no sentido de fixar a verdade material de que os créditos/depósitos havidos na conta bancária, por si sós, não consubstanciam rendimentos/lucros tributáveis.

Na planilha 2, que compõe o já citado anexo 2, foram arrolados os valores correspondentes aos estornos dos cheques depositados.

Na planilha 3, que compõe o anexo 3, foram discriminados os cheques compensados cujas emissões compuseram o volume das operações de faturização praticadas em 1998, 1999 e 2000 (896 a 1003 e 1006 a 1172). Na elaboração desta planilha foram adotados os seguintes procedimentos:

As datas das emissões dos cheques foram consideradas como sendo o ponto de partida das operações;

As quantias constantes dos cheques foram consideradas como sendo os valores líquidos despendidos nas aquisições dos títulos;



Foi considerado o prazo médio de vencimento dos títulos em 30 dias;

Sobre os valores líquidos foram aplicados os fatores e os índices publicados mensalmente pela ANFAC, seja para obtenção dos valores brutos das operações que constituem a origem dos depósitos- seja para apurar a receita diferencial, potencialmente tributável.

Tal conclusão se extrai a partir da constatação de que o montante dos depósitos apurados nos períodos condensam o reingresso, o redépósito de parte dos valores dos cheques de terceiros devolvidos, a reaplicação dos ganhos obtidos.

Realização de Perícia

A magnitude pecuniária do lançamento, a elevada numerosidade de operações realizadas, o entrelaçamento entre os valores sacados e posteriormente depositados, enfim, a necessidade de tornar realmente conhecida a sistemática de como se processou o giro dos recursos que produziram os frutos (receitas, rendas) especificados no Anexo 3, torna imperiosa a realização de perícia, como amparo no artigo 16, inciso IV do Decreto n.º 70.235/1972, com alteração redacional dada pelo artigo 1º da Lei n.º 8.748/1993.

Para tanto, formula os quesitos constantes às fls. 578/579 da impugnação e indica como perito o Sr. Marlon Steinbrenner, Contador – CRC/RS 059.972/0-7.

Inaplicabilidade da Multa Qualificada

A primeira razão para a fiscalização deduzir que houve evidente intuito de fraude e impor a multa de 150%, assenta-se no fato do impugnante ter utilizado conta bancária de terceiro para movimentar seus recursos;

A segunda foi a presumida ocorrência de omissão de receita, representada por depósitos bancários em conta de terceiro sem a comprovação de origem.

Tais motivos não caracterizam os ilícitos apontados:

Primeiramente porque a *movimentação de recursos com a utilização de conta de terceiro* não está tipificado como Crime Contra a Ordem Tributária nos artigos 1º, I, II e 2º, I, da Lei nº 8.137/90.

Em segundo lugar porque os lançamentos tributários estão alicerçados num mero processo mental de ficção – equiparação ontológica de operações de depósitos a receitas/rendas/lucros tributáveis – prática não admitida para embasar qualquer exigência tributária.

Em terceiro lugar, mesmo admitindo o emprego da ficção, ou até mesmo da presunção para fins tributários, tal procedimento não se estenderia à esfera penal em face do princípio da estrita legalidade que orienta essa face do Direito.

Instrui sua impugnação com parte de textos de alguns doutrinadores e jurisprudências administrativas e judiciais.

Por fim, pede, em preliminar, seja declarada a nulidade do lançamento, ou, na hipótese do acolhimento, no mérito, o cancelamento, por improcedente, do auto de infração e o arquivamento do processo fiscal.”



Ao apreciar o litígio, a 2ª Turma de Julgamento da DRJ Santa Maria, por unanimidade de votos, manteve integralmente o lançamento, resumindo o seu entendimento na seguinte ementa:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1998, 1999, 2000

Ementa: PROVA.

Sendo o ônus da prova, por presunção legal, do contribuinte, cabe a ele a comprovação da origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários.

NULIDADE

Somente a incompetência do agente do ato e a preterição do direito de defesa são vícios insanáveis que conduzem a nulidade.

CONSTITUCIONALIDADE.

A instância administrativa é incompetente para manifestar-se sobre a constitucionalidade de leis.

PERÍCIA. DESNECESSIDADE

A realização de perícia é desnecessária quando for possível a apresentação de prova documental sobre as questões controversas.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 1998, 1999, 2000

Ementa: OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. A partir de 01/01/1997, os valores depositados em instituições financeiras, de origem não comprovada pelo contribuinte, passaram a ser considerados receita ou rendimentos omitidos.

MULTA POR INFRAÇÃO QUALIFICADA

É devida a multa qualificada de 150% nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Lançamento Procedente

Em sua peça recursal (fls. 1.204/1.275), o recorrente inicialmente discorre sobre a autuação fiscal, a impugnação e a decisão de primeiro grau. A seguir, repisa e aprofunda as mesmas questões suscitadas perante o Órgão julgador a quo, oportunidade em que fustiga os fundamentos do voto condutor do Acórdão. Como reforço aos argumentos declinados, acosta elementos probatórios que passam a compor os anexos I a V deste recurso.

No anexo I, por amostragem, pretende comprovar o entrelaçamento operacional/financeiro existente entre as contas das pessoas físicas Valdir Caselani (sócio-gerente) e Raquel Felix de Freitas (gerente-financeira, cuja conta bancária era também movimentada em sua maior parte, através de procuração, por Valdir Caselani) e da pessoa jurídica Real Fomento Mercantil Ltda, sempre envolvendo negócios da empresa. Afirma que através dos documentos que compõem este Anexo pode ser visto que muitas duplicatas eram

Ah

adquiridas com recursos saídos das contas das pessoas físicas, cuja liquidação, porém, era processada na conta da pessoa jurídica.

No anexo II, por amostragem, através de algumas “fitas de caixa” obtidas junto ao Banrisul, é demonstrado que as liquidações dos cheques adquiridos em nome da “factoring” ocorreram mediante depósitos nas contas das pessoas físicas, possibilitando a liberação imediata dos mesmos (como se fosse depósito em dinheiro), benefício este não permitido à conta de empresa. Conforme fotocópias dos requerimentos em anexo, afirma que solicitou o fornecimento de todas as cópias das “fitas de caixa”, não recebidas até aquele momento.

No anexo III, por amostragem, é demonstrado de forma documental e aritmética que um único aditivo (operação de “factoring”) gera depósitos em datas e valores diferentes. Observa, ainda, que os depósitos efetuados diariamente (tributados pelo fisco) não traduzem individualmente os valores de um determinado contrato, que, via de regra, sofre alterações para mais ou para menos, derivadas de pedidos de prorrogações de prazo ou acréscimos de títulos (títulos/cheques reapresentados etc), respectivamente, daí a impossibilidade de individualizar os valores que compuseram os montantes depositados.

No anexo IV, por amostragem, sob outra perspectiva, é demonstrado que determinado montante depositado, corresponde ao somatório de títulos de menor valor negociados em diferentes aditivos (operações de “factoring”).

No anexo V, pretende demonstrar que frente a situações idênticas à presente, a fiscalização reconheceu que as movimentações das contas bancárias de pessoas físicas traduziam operações de pessoas jurídicas a que se vinculavam, e, acertadamente, exigiram os tributos devidos tomando como base de cálculo o “spread” (deságio), ou seja, a diferença entre o valor da aquisição e o valor de face dos títulos.

O julgamento foi convertido em diligência, nos termos da Resolução de nº 102-02.383 (fls. 1415/1426).

Arrolamento de bens efetuado de ofício, controlado no Processo de nº 11030.001819/2003-12, consoante despacho à fl. 1.412.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro José Raimundo Tosta Santos, Relator

O recurso interposto atende os requisitos de admissibilidade.

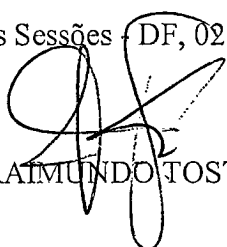
Inicialmente, cumpre esclarecer que foi solicitada a juntada aos autos do anexo à Intimação nº 02 (fl. 329), contendo a relação de depósitos da conta bancária de nº 3504576708 (23 folhas), em nome de Valdir Caselani, já que somente consta no processo a relação de depósitos da conta 3504576902, contendo 48 folhas, pertencente a Raquel Felix de Freitas. No item “A” do Termo de Diligência Fiscal, à fl. 1429, encontram-se indicados apenas os extratos bancários da referida conta (fls. 254/328), e não a relação contendo a listagem de créditos bancários.



É entendimento pacífico deste Colegiado que a prévia intimação do sujeito passivo para comprovar a origem dos créditos é condição necessária para se aplicar validamente a presunção estabelecida pelo artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. É imprescindível, portanto, que conste dos autos, individualizadamente, os depósitos que compuseram a intimação, relativamente à conta bancária de nº 3504576708 (23 folhas), em nome de Valdir Caselani, levados posteriormente à base de cálculo da omissão de rendimentos indicada no Auto de Infração.

No que tange às demais verificações, reconheça-se que o lapso temporal em muito prejudicou o aprofundamento da investigação. Entretanto, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o contribuinte deve ser intimado para se manifestar sobre o Termo de Diligência Fiscal às fls. 1.429/1.434, oportunidade em que deverá trazer aos autos todos os elementos de prova relacionados aos créditos bancários.

Sala das Sessões - DF, 02 de junho de 2009.



JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS