



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº 11080.101286/2004-55
Recurso nº 150.173 Voluntário
Matéria IRPJ E OUTROS
Acórdão nº 103-23.469
Sessão de 28 de maio de 2008
Recorrente ZILMA CATARINA MALLMANN E CIA. LTDA.
Recorrida 5ª Turma/DRJ - Porto Alegre/RS

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001

Ementa: PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

O artigo 42, da Lei nº 9.430/96, estabeleceu a hipótese da caracterização de omissão de receita com base em movimentação financeira não comprovada. A presunção legal trazida ao mundo jurídico pelo dispositivo em comento torna legítima a exigência das informações bancárias e transfere o ônus da prova ao sujeito passivo, cabendo a este prestar os devidos esclarecimentos quanto aos valores movimentados.

EXTRATOS BANCÁRIOS. UTILIZAÇÃO NO PROCEDIMENTO FISCAL. CABIMENTO.

A utilização de informações bancárias no procedimento fiscal, com vistas à apuração do crédito tributário relativo a tributos e contribuições, tem respaldo no artigo 1º da Lei nº 10.174, de 9 de janeiro de 2001, que deu nova redação ao § 3º, do artigo 11 da Lei nº 9.611, de 24 de outubro de 1996.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001

Ementa: LUCRO ARBITRADO. APLICABILIDADE.

Cabível o arbitramento do lucro quando as receitas omitidas decorrentes da movimentação bancária não contabilizada superam em proporção significativa a receita declarada.

LANÇAMENTO.MULTA DE OFÍCIO.

É aplicável na hipótese de lançamento de ofício, nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430/96, não cabendo a este colegiado manifestar-se quanto a eventual natureza confiscatória de penalidade prevista em lei.

[Assinaturas manuscritas]

[Assinatura manuscrita]

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

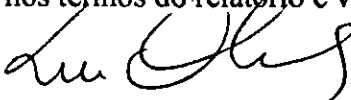
Comprovada nos autos a intenção de fraude, caracterizada pela utilização de conta corrente de interpostas pessoas na movimentação de recursos financeiros pertencentes à empresa, cabível a qualificação da multa, nos termos do inciso II, do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais (Súmula 1º CC nº 4).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ZILMA CATARINA MALLMANN E CIA. LTDA.,

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos REJEITAR a preliminar e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



LUCIANO DE OLIVEIRA VALENÇA
Presidente



LEONARDO DE ANDRADE COUTO
Relator

Formalizado em: 01 AGO 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Cheryl Berno (Suplente Convocada), Waldomiro Alves da Costa Júnior, Antonio Bezerra Neto e Antonio Carlos Guidoni Filho. Ausentes justificadamente os Conselheiros Alexandre Barbosa Jaguaribe e Paulo Jacinto do Nascimento.



Relatório

Por bem resumir a controvérsia, adoto o Relatório da decisão recorrida que abaixo transcrevo:

A empresa sofreu, em 04/05/2004, a lavratura de autos de infração (AIs), cuja ciência ocorreu em 06/05/2004, via postal, exigindo-se-lhe Imposto de Renda sobre a Pessoa Jurídica – IRPJ, fl. 1512 e demais tributos reflexos – Programa de Integração Social (PIS), fl. 1524, Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), fl. 1539 e Contribuição Social, fl. 1554, no valor total de R\$ 313.151,99 (trezentos e treze mil, cento e cinquenta e um reais e noventa e nove centavos). O Relatório do Trabalho Fiscal encontra-se às fls. 1501/1511.

A fiscalização relata os fatos e infrações da seguinte forma:

- a) a empresa fiscalizada, com sede à Rua São Carlos, nº 846, tem como sócio majoritário (98% de participação) o Sr. Fernando José Guzinski;
- b) no mesmo local estão também em atividade as empresas Madrigal Administração e Participações Ltda. (Madrigal Administração) e Marisa Guzinski e Cia Ltda. (Marisa), nas quais o Sr. Guzinski tem participação societária de 90% e 53%, respectivamente, exercendo a gerência de todas;
- c) houve cumprimento de Mandado de Busca e Apreensão nº 52/01 que resultou na obtenção do Diário Geral e do mapa de controle das receitas referentes ao período de 01 a 05 e 21 a 30/09/1999;
- d) a empresa fiscalizada utilizava quatro contas bancárias para movimentação dos recursos financeiros decorrentes de sua atividade, uma de outra pessoa jurídica (Marisa Guzinski & Cia. Ltda) e as demais de pessoas físicas (Fernando José Guzinski e Maria Ione Guzinski);
- e) as mesmas contas correntes também serviam para movimentação de recursos das empresas Zilma, Madrigal Administração e pessoa física do Sr. Guzinski;
- f) inexistiam registros contábeis das contas bancos ou de qualquer movimentação bancária e, assim, a fiscalização intimou a empresa contribuinte a discriminar e individualizar a quem pertenceriam valores naquelas contas creditados;
- g) como resposta à intimação a empresa apresentou declarações assinadas por sessenta e oito moças que freqüentavam a boate e teriam recebido os valores por serviços por elas prestados a seus clientes sendo que a casa noturna Madrigal limitava-se a trocar valores por eles pagos em Cheque ou cartão para dinheiro vivo;
- h) todas as declarações eram de quantias em torno de R\$ 10.000,00 anuais, assinadas anos após os eventos, sem individualização dos pagamentos, sem coincidência de valores ou datas com qualquer registro contábil, não sendo aceitáveis por falta dos requisitos essenciais previstos em Lei;
- i) houve a comprovação de resgates de aplicações financeiras do Sr. Guzinski, originários da empresa Orbival Corretora de Câmbio e Valores Ltda., admitidas como



meio de prova pela fiscalização e excluídos das planilhas originalmente apresentadas à contribuinte;

j) outrossim, dos valores creditados nas quatro contas correntes foram também afastados valores declarados e contabilizados por Madrigal Administração como receitas de aluguel de imóveis, o que levou à apuração da tabela de fls. 1.506;

k) os créditos e depósitos nas contas estavam em desacordo com as receitas escrituradas, de tal forma que era impossível quantificar que créditos correspondiam a que empresa, já que todas utilizavam as mesmas contas, a exceção da Madrigal Administração conforme acima explanado;

l) em virtude deste imbróglio, a fiscalização elaborou rateio dos créditos entre a reclamante e Zilma na proporção das receitas contabilizadas, apresentando o resultado em planilhas às fls. 1507/1508;

m) as diferenças apontadas nas planilhas entre os valores creditados sem comprovação hábil e idônea da origem dos recursos caracterizam omissões de receitas reiteradas da contribuinte;

n) ainda entre os documentos apreendidos, havia planilhas de controle interno que registram receitas auferidas nos dias 01 a 05 e 21 a 30 de setembro de 1999, que montam a R\$ 109.523,50, valor que em muito supera a soma das receitas escrituradas pelas três empresas;

o) com base no artigo 42 da Lei 9.430/96 lançou-se a receita omitida, pois a interessada, intimada, não logrou comprovar a origem nem informou o percentual dos créditos que pertenceriam a cada uma das empresas;

p) procedeu-se ao arbitramento do lucro, com base no artigo 47 da Lei 8.981/95, inciso II, alíneas "a" e "b", pois a escrita revela indícios de fraude e contém vícios e deficiências que a tornaram imprestável para identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária, ou determinar o lucro real;

q) a multa de ofício foi agravada, tendo em vista a existência de omissões de receita sistemáticas, caracterizando evidente intuito de fraude, pela omissão dos valores movimentados em contas bancárias de outra pessoa jurídica e de pessoas físicas;

A interessada impugnou, tempestivamente, a exigência, fls. 1582/1623, alegando, em síntese, o que segue.

Em suma, a contribuinte nega que os valores creditados em sua conta sejam receitas próprias. Afirmar que realizava serviço de troca de cheques e créditos de cartão por dinheiro, em atenção a sua clientela e também a garotas que freqüentam a casa noturna e mantinham uma relação com os clientes da qual a impugnante não participava. Estes valores, apesar de circularem pelas contas dos sócios da impugnante, não constituíram sua renda, mas das moças para quem o recebimento em dinheiro afastaria o calote, "prática bastante comum nessa atividade". Procura comprovar sua afirmação com declarações das moças, cujas cópias, anexas à impugnação, já se encontravam no processo, pois esta linha de argumentação já havia sido expendida em resposta a diversas intimações havidas ao longo do procedimento fiscal.

Com base na argumentação e documentos acima, reafirma que está configurada a existência de receita de terceiros em sua conta e a não aceitação dos documentos pelo agente fiscal, em razão dos valores declarados serem inferiores ao limite de isenção da pessoa física, impõe-lhe a obrigação de realizar verificações a este respeito, e não

apenas negar a validade das declarações existentes. Aliás, combatendo o entendimento do fiscal de que havia falta de requisitos essenciais e de idoneidade das declarações, busca estofo no art. 368 do Código de Processo Civil para presunção da veracidade do conteúdo dos documentos particulares escritos e assinados, em relação aos signatários. Entende caber ao fisco a prova da falsidade de tais declarações.

Também em relação à comprovação, protesta contra a falta de individualização de pagamentos alegada pelo fiscal, haja vista não ser normal que pessoas físicas lembrem de valores individualizados ao longo de dois ou três anos, mormente em atividade informal, como a das garotas, normalmente caracterizada pelo anonimato e sigilo da "fonte pagadora", associada a altíssima "rotatividade da clientela". Outrossim, em se tratando de tributação anual, da pessoa física, o normal seria a Receita limitar-se a saber o montante total ao longo de um exercício inteiro.

A contribuinte afirma ainda a existência de recebimento de valores de terceiros, outros proprietários de boates, através de suas máquinas de cartão de crédito, resultando em créditos na sua conta corrente, sem com isto constituir receita própria. Informa que a fiscalização teria apreendido diversos documentos que comprovariam estas transações, mas desconsiderou totalmente tais informações. Assevera também que esses ingressos montavam a, aproximadamente, R\$ 780.000,00.

Entende haver incoerência na ação fiscal, quando o fisco considera, para efeito de apuração dos créditos, meras anotações apócrifas e rabiscos, ignorando todavia as declarações perfeitamente identificadas e datadas das garotas que efetivamente receberam os valores depositados. Enxerga aí um excesso de formalidade, que não deve ser aplicado ao processo administrativo tributário.

Ao contrário da lógica da fiscalização, a contribuinte vê afronta ao art. 42 da Lei nº 9.430/1996, que no §5º do art. 42 determina, quando comprovada a existência de depósitos de terceiros na conta investigada, seja efetuada a apuração dos rendimentos ou receitas em relação a este terceiro, como efetivo titular da conta.

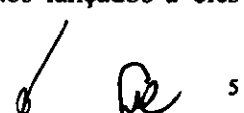
Por fim, tece arrazoado sobre o conceito de renda, procurando demonstrar que movimentação financeira não implica renda ou receita, pois não necessariamente importa acréscimo patrimonial, sendo inadmissível considerar "todos os valores que transitam nas contas particulares dos sócios como renda da impugnante", quando a contribuinte tem a condição exclusiva de depositária; corrobora seu entendimento com acórdãos do Conselho de Contribuintes e entendimentos dos tribunais federais.

Considera, outrossim, que não houve o atendimento das formalidades constantes do Decreto 3.724/2001, para que se pudesse proceder ao pedido da apresentação dos extratos bancários, o que tornaria o ato do lançamento nulo, pelo descumprimento das formalidades legais que um ato administrativo deve ter. A entrega espontânea dos extratos não supre tal deficiência.

Ataca também o arbitramento do lucro perpetrado pela fiscalização, pois ela tinha todos os meios para calcular o lucro sem precisar arbitrá-lo.

Também contesta a multa agravada, primeiro por não existir evidente intuito de fraude, já que disponibilizou todos os elementos exigidos pelo fisco. Além do mais, tal multa é confiscatória.

O processo foi baixado em diligência mediante o Despacho 070, de 25 de agosto de 2004, fls. 1723/1724, para verificação da efetividade dos pagamentos indicados pela impugnante e determinar as parcelas a serem afastadas dos tributos lançados a eles correspondentes, nos termos do art. 23 de Lei 9.317/1996.

 5

Mediante a informação fiscal de fls. 1726/1727, cumpriu-se o solicitado pela DRJ, sendo elaborada a tabela de fls. 1727.

A Delegacia de Julgamento prolatou o Acórdão DRJ/POA nº 6.077/2005 (fls. 1.734/1.749) acolhendo parcialmente a impugnação exclusivamente para que fossem deduzidos da base de cálculo apurada os valores recolhidos no SIMPLES. A decisão consubstanciou-se na seguinte ementa:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 31/03/1999, 30/06/1999, 30/09/1999, 31/12/1999, 31/03/2000, 30/06/2000, 30/09/2000, 31/12/2000, 31/03/2001, 30/06/2001

Ementa: PAF. RMF. NULIDADE. DESCABIMENTO. Os requisitos formais estabelecidos pelo Decreto 3.724/2001 são indispensáveis para requisição às instituições financeiras dos extratos bancários, não se aplicando à entrega espontânea daqueles documentos pela própria fiscalizada.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Data do fato gerador: 31/03/1999, 30/06/1999, 30/09/1999, 31/12/1999, 31/03/2000, 30/06/2000, 30/09/2000, 31/12/2000, 31/03/2001, 30/06/2001

Ementa: DEPÓSITO BANCÁRIO. A existência de depósito bancário não contabilizado e cuja origem não foi comprovada configura presunção de omissão de receita não elidida pela interessada. Comprovado que os recursos pertencentes à autuada e depositados em contas mantidas junto a terceiros, desta devem ser exigidos os correspondentes tributos.

PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA - As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei.

ARBITRAMENTO. Arbitra-se o lucro em face da existência de receitas omitidas constantes de contas bancárias não contabilizadas superiores a mais do que o dobro do montante das receitas declaradas pelo SIMPLES.

MULTA QUALIFICADA. A multa de ofício de 150% é devida nos casos em que for comprovado o evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. A utilização de conta bancária em nome de outra pessoa jurídica e/ou sócios da autuada, para omitir a percepção de receitas, caracteriza a prática de ação dolosa tendente a impedir o conhecimento da ocorrência do fato gerador do imposto ou da contribuição, de modo a evitar o seu pagamento, sendo cabível, nesses casos, a aplicação da multa agravada. Também concorre para isso a sistemática omissão de receitas decorrente desse tipo de operação.

JUROS MORATÓRIOS - A incidência de juros calculados com base na taxa SELIC está prevista em lei, que os órgãos administrativos não podem se furtar a aplicar.

INCONSTITUCIONALIDADES - Quando o contribuinte entende-se prejudicado por lei vigente que increpa de inconstitucional, só lhe resta a via do Poder Judiciário para reclamar seu pretense direito, pois falece competência à autoridade administrativa para apreciação de inconstitucionalidade de lei, cabendo-lhe apenas acatar e fazer cumprir seus ditames.

LANÇAMENTOS DECORRENTES – CSLL– COFINS – PIS - solução dada ao litígio principal, relativo ao Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas, estende-se aos demais lançamentos decorrentes quando tiver por fundamento o mesmo suporte fático.

Inconformado, o sujeito passivo recorre a este Colegiado (fls.1.759/1.799, com documentos de fls. 1.800/1.869), ratificando em essência as razões expedidas na peça impugnatória.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro LEONARDO DE ANDRADE COUTO, Relator

Em primeira argumentação, o sujeito passivo transcreve alguns Acórdãos que comprovariam sua tese segundo a qual o Conselho de Contribuintes só aceitaria a tributação com base na movimentação bancária se a Fiscalização comprovar que esses valores foram consumidos como renda.

Essas decisões têm por base as disposições da Lei nº 8.021/90 cujo teor já foi superado com o advento da Lei nº 9.430/96. O art. 42 desse diploma legal estabeleceu a presunção legal no sentido de que os valores creditados em conta de depósito em relação aos quais o titular, devidamente intimado, não comprovar a origem dos recursos, implicam em omissão de receita. Perfeitamente legal, portanto, a natureza tributária dos valores movimentados em conta-corrente, quando não justificados.

Se esses valores representam omissão de receita, não há que se falar em distinção de fatos geradores, nos moldes alegados. Registre-se ainda que a Lei nº 10.174/01 deu nova redação ao art. 11 da Lei nº 9.311/96 de forma a permitir que as informações bancárias fossem utilizadas na constituição de crédito tributário relativo a outros tributos administrados pela Receita Federal, além da CPMF:

Art. 1º O art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 11.....

....."

"§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores." (NR)

(grifo acrescido)

Do exposto, resta claro não haver irregularidade na utilização das informações bancárias como suporte no procedimento fiscal, motivo pelo qual rejeito a preliminar de nulidade do procedimento.

Quanto à suposta inexistência da receita omitida a decisão recorrida enfrentou o tema com precisão, não havendo ressalvas que lhe possam ser imputadas. Se a interessada assumiu o risco temerário de movimentar, nas mesmas contas correntes, recursos próprios e outros que pertenceriam a terceiros, não há como distingui-los sem uma correlação mínima do montante depositado com os documentos que comprovariam as alegações.



Nesse aspecto as razões de defesa, além de repetitivas, não elidem o fato de que em nenhum momento o sujeito passivo logrou estabelecer qualquer liame de datas e valores entre os valores creditados e aqueles que pertenceriam a terceiros. Não foi comprovado o repasse dos valores às moças nem aos outros estabelecimentos que seriam os titulares dos recursos auferidos e depositados.

Sob essa ótica, não há como acatar os argumentos de defesa.

A sistemática de apuração do lucro por arbitramento no presente caso está prevista na legislação transcrita pela própria recorrente. O inciso II do art. 47 da Lei nº 8.981/95 estabelece o arbitramento do lucro quando a escrituração contém irregularidades que a tornam imprestável para determinar a movimentação bancária. A autoridade lançadora registrou que a escrituração da recorrente sequer possui registros na conta Banco. Além disso, os extratos bancários registram a movimentação de recursos muito superior às receitas declaradas. Correto, destarte, o arbitramento.

No que se refere à suposta natureza confiscatória da multa de ofício, é matéria que abrange violação a princípios constitucionais sendo estranha ao presente foro. Não compete a este Colegiado apreciar questões de inconstitucionalidade de norma legal plenamente inserida no ordenamento jurídico pátrio.

Esse entendimento foi consolidado neste Conselho de Contribuintes através da edição da Súmula 1º CC nº 2, com Enunciado nos seguintes termos:

O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Aqui, cabe apenas registrar que a inobservância da norma jurídica importa em sanção, aplicável coercitivamente, visando evitar ou reparar o dano que lhe é conseqüente. Assim, nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, pertinente a aplicação da multa de ofício.

Quanto ao percentual da multa, a autuação foi lavrada com base na presunção legal estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96. Entendo, como regra geral, que a exigência formalizada sob essa égide por si só não comporta a qualificação da multa.

A lei confere à autoridade tributária o poder de presumir que os depósitos bancários não justificados têm origem em receitas omitidas. No entanto, não há autorização para presumir que essa conduta ocorreu dolosamente. A fraude, não se presume.

É necessária a presença de outros elementos que caracterizem a prática fraudulenta. No presente caso, considero existir uma circunstância que indica a natureza dolosa da conduta. Isso porque foram utilizadas contas correntes de interpostas pessoas para a movimentação de recursos da empresa. Não pode haver outra motivação para tal prática a não ser dificultar o acesso do Fisco às informações que indiquem a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Sob esse prisma, nos termos do art. 71 da Lei nº 4.502/64 tem-se:



Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

(.....)

Enquadrado nessas condições aplica-se ao caso o inciso II, do art. 44 da Lei nº 9.430/96 que estabelece, na redação original aplicável ao período em tela:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I – (.....)

II – 150% (cento e cinquenta por cento) nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

(....)

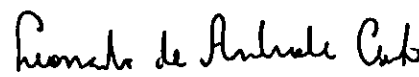
Do exposto, considero pertinente a aplicação da multa de 150%.

A utilização da taxa SELIC como indexador dos juros de mora é matéria consolidada na jurisprudência deste Colegiado, conforme Súmula 1º CC nº 4 com Enunciado nos seguintes termos:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais

De todo o exposto, meu voto é por rejeitar as razões de defesa e negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 28 de maio de 2008


LEONARDO DE ANDRADE COUTO