



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

Processo nº 11543.001029/2004-20
Recurso nº 143.217 Voluntário
Acórdão nº 1103-00.049 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 01/10/2009
Matéria IRPJ e outros
Recorrente AUTO POSTO CONTORNO LTDA
Recorrida 3ª TURMA DRJ RIO DE JANEIRO I - RJ

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002

Ementa:

RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL. MESMO OBJETO. SÚMULA Nº 1 DO 1º CC.

Conforme dispõe a Súmula nº 1 do 1º CC, importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação da matéria diferenciada.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM DOS RECURSOS NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS. REGULAR INTIMAÇÃO.

Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/97, a Lei nº 9.430/96, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de receitas com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

OMISSÃO DE DEMAIS RECEITAS. VALORES NÃO ESCRITURADOS. INDÍCIOS FORTES, VEEMENTES E GRAVES.

O recebimento de valores a título gratuito, sem explicação da razão da gratuidade, o fato de os valores não terem sido escriturados e as demais provas obtidas pela fiscalização são

indícios fortes, veementes e graves que caracterizam o auferimento de receitas não incluídas no conceito de receita bruta, enquadradas entre as parcelas de que trata o inciso II do art. 25 da Lei 9.430/96, a título de demais receitas.

OMISSÃO DE RECEITAS. SALDO CREDOR DE CAIXA. PRESUNÇÃO LEGAL.

A constatação de saldo credor na conta Caixa, caracteriza-se como omissão no registro de receita, ressalvado ao sujeito passivo a prova da improcedência da presunção, nos termos do inciso I do art. 281 do RIR/99. Não tendo sido efetuada essa prova o lançamento deve ser mantido.

PENALIDADE. MULTA QUALIFICADA.

Presentes os pressupostos legais para imposição da multa qualificada de que trata o art. 44, II, da Lei 9.430/96.

JUROS SELIC - SÚMULA Nº 4 DO 1º CC.

Conforme dispõe a Súmula nº 4 do 1º CC, 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.

TRIBUTAÇÃO DECORRENTE.

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

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002

Ementa:

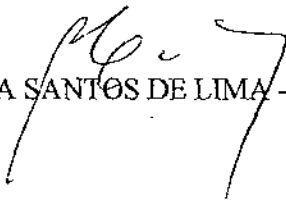
PIS E COFINS. RECEITAS NÃO INCLUÍDAS NO CONCEITO DE RECEITA BRUTA.

Levando em conta o disposto no art. 26-A, § 6º, I, do Decreto 70.235/72, e considerando a decisão plenária do STF, no RE/585235, que reafirmou a jurisprudência acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, e ainda, tendo em vista que a acusação fiscal é a de que há omissão de receitas não enquadradas no conceito de receita bruta do art. 224 do RIR/99, o correspondente valor deve ser excluído da base de cálculo das exigências da Contribuição para o PIS e da COFINS.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.



ACORDAM os membros da 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária da Primeira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para excluir o PIS e a COFINS incidente sobre as receitas não enquadradas no conceito de receita bruta, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA - Presidente e Relatora

29 JAN 2010

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Albertina Silva Santos de Lima (Presidente), Hugo Correia Sotero (Vice-Presidente), Guilherme Adolfo dos Santos Mendes (Conselheiro substituto convocado), Marcos Takata, Eric Moraes de Castro e Silva e Décio Lima Jardim (suplente convocado).

Relatório

Trata-se de lançamento do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS em razão das infrações de omissão de receitas caracterizada por:

a) saldo credor de caixa (fatos geradores em 31/12/2000 e em 30/06/2002). Enquadramento legal: art. 24 da Lei 9.249/95, arts. 281, I e 528, do RIR/99. A contribuinte registrou entradas fictas na conta caixa. Segundo a fiscalização, tal situação caracteriza uma insubsistência ativa, isto é, valor falsamente ingressado no caixa da empresa, tendo como origem fictícia o empréstimo de sócio, mediante cheque pré-datado e em espécie, sem comprovação da efetiva entrega do numerário. Foi aplicada multa de 75%.

b) falta de comprovação da origem de depósitos bancários (fatos geradores de 31/03/2001 e 30/06/2001) não contabilizados. Conta corrente 7.876.725 do Banestes mantida à margem da contabilidade. Enquadramento legal: art. 24 da Lei 9.249/95, art. 25 e 42 da Lei 9.430/96 e art. 528 do RIR/99. Foi aplicada multa de 150%.

c) Valor referente a receitas não enquadradas no conceito de receita bruta definida no art. 224 do RIR/99, representadas por valores depositados em suas contas bancárias que não foram acrescidas à base de cálculo do lucro presumido (fatos geradores de 31/03/2001 e de 31/12/2002). Tais valores não caracterizariam venda de bens ou direitos ou de prestação de serviços. Foram enquadrados como "outras receitas omitidas". Enquadramento legal: art. 25, II, 29, II, da Lei 9.430/96, art. 521 do RIR/99 e art. 3º da Lei 9.718/98. Foi aplicada multa de 150%.

Sobre a infração de outras receitas omitidas, os valores foram depositados na conta 7.876.725, do Banestes/0087: (i) cheques 600 e 602 do Banestes/0093, nos valores de R\$ 240 mil e R\$ 200 mil respectivamente, emitidos pela Escelsa como parte do pagamento de créditos do ICMS transferidos pela Samarco (fls. 140/143) que não foram identificados na escrita contábil da recorrente; (ii) cheque 480141 do Banco do Brasil no valor de R\$ 100 mil da Samarco Mineração (fl. 327 e 361). Foi depositado na conta nº 3.941.978 do Banestes, em 29.11.2002 e refere-se a TED do Bradesco/1133, no valor de R\$ 1.040 mil da Sandri Representações Ltda (fls. 328/329).

Os primeiros cheques (letra i) foram obtidos por meio da ação fiscal desenvolvida na Samarco; os mesmos não constaram da escrita contábil da recorrente. A conta 7.876.725 do Banestes foi mantida à margem da contabilidade.

A informação sobre o cheque de R\$ 100 mil foi obtida do Banestes e a empresa Samarco Mineração foi intimada a informar se o referido cheque era de sua titularidade, o registro contábil, a natureza jurídica e a que título foi pago. A empresa respondeu que não efetuou qualquer pagamento ao Auto Posto Contorno Ltda, na data de 16.03.2001 através do cheque 480141 (fl. 343). Posteriormente, complementou o atendimento à intimação, com a apresentação de cópia de nota fiscal 000079 da Construtora Estrada e Engenharia Ltda, referente ao pagamento efetuado por meio do referido cheque, assim como, o lançamento contábil correspondente (fls. 344/346). Registra a fiscalização que essa Construtora, domiciliada em Belo Horizonte, jamais apresentou declaração de imposto de renda da pessoa jurídica e sequer efetuou qualquer pagamento de tributos.



Consta no Termo de encerramento da ação fiscal (fl. 781) que os cheques 600 e 602 do Banestes, acima mencionados, segundo a Samarco (fl. 256), referem-se às doações para a Fundação Freitas Júnior e não para o Sr. José Tasso Oliveira de Andrade e informou que os cheques foram entregues aos membros do Governo Estadual para transferirem às entidades ambientais que fossem indicadas pelo Governo. No curso da referida ação fiscal desenvolvida na Samarco, diligências realizadas nos hipotéticos endereços da Fundação Freitas Junior restaram demonstrado que a Fundação não passa de uma ficção, que só existe no papel e que nunca teve existência de fato (fls. 261/264). Assim, os cheques que de acordo com a Samarco, deveriam ser entregues para entidades do meio ambiente, a título de doação, foram depositados na conta bancária de Auto Posto Contorno. Consignou a fiscalização, que à época, o sócio da fiscalizada eram membro do governo estadual na qualidade de Chefe da Casa Civil, além de deter mandato de Deputado Estadual.

A fiscalização concluiu que os cheques 600 e 602 do Banestes integram o patrimônio da pessoa jurídica Auto Posto Contorno Ltda e que não correspondem a empréstimos ou recursos fornecidos pelo sócio José Tasso Oliveira de Andrade.

A informação sobre o depósito de R\$ 1,04 milhão de 29.11.2002 foi obtida pelo Banestes e não tem registro na escrita comercial. A fiscalização intimou a empresa Sandri Representações S/C a informar e comprovar a natureza jurídica do depósito mas, a empresa não prestou as informações. Tal valor foi aplicado (fl. 379), sendo que em 16.12.2002, foi resgatada a importância de R\$ 500 mil (fl. 380) e depositada em 17.12.2002, na conta 134257-8 no Unibanco, não escriturada, em aplicação financeira (fl. 380/384).

Sobre a Sandri Representações Ltda, a fiscalização consignou que a mesma auferiu receita exclusivamente de serviços profissionais prestados à pessoa jurídica SAB Trading Comercial Exportadora S/A, que tem como acionistas Germana Helena Ribeiro Coutinho Guinle e Jorge José Ribeiro Coutinho Guinle, ex-sócios da Sandri. A empresa SAB é ligada à SAB SP Trading Company S/A, por terem em comum seus acionistas citados. Em resposta, o representante legal da diligenciada aduziu que deixava de atender ao solicitado pela fiscalização por entender que a intimação só poderia ser feita pela DRF em Osasco. Alegou necessidade de vistas dos autos, obtenção de cópia de documentos, etc. Na diligência efetuada pela DRF em Osasco, o auditor constatou que no endereço indicado na SRF, não se encontra estabelecida tal empresa, pois trata-se de chácara particular.

Segundo a fiscalização, o sujeito passivo ocultou fraudulentamente os depósitos mencionados ao mantê-los à margem de sua escrituração. A conta bancária 7.876.725 mantida junto ao Banestes teve toda a sua movimentação financeira não contabilizada. Tendo a contribuinte silenciado quando intimada a comprovar a natureza jurídica dos depósitos, foram realizadas diligências junto à Samarco e à Sandri Representações para comprovar que os valores creditados na conta bancária não caracterizam receitas de venda de bens ou direitos ou de prestação de serviços. Os valores dos depósitos foram adicionados integralmente à base de cálculo do IRPJ e da CSLL (lucro presumido) e integraram a base de cálculo do PIS e da COFINS (Lei 9.718/98, art. 2º e 3º). Valor total da receita omitida: R\$ 1,58 milhão.

Sobre a infração de omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários não contabilizados, cuja origem não foi comprovada, registrou a fiscalização que as contas bancárias 7.876.725 e 007.367.000, mantidas junto ao Banestes e ao Banco Santos Neves, respectivamente, não foram contabilizadas em sua escrita comercial. Valor total: R\$ 68.027,34.

Em relação à infração de omissão de receitas caracterizada por saldo credor de caixa, foram escriturados na contabilidade como ingressados na conta caixa da seguinte forma: (i) Valor de R\$ 250 mil – débito na conta caixa em 03.01.2000 (rec. de Ailton Gomes Cardoso referente empréstimo cfe. Nota promissória n/data) e crédito na conta “sócios c/particular – Ailton Gomes Cardoso (mesmo histórico); (ii) Valor de R\$ 275 mil – débito na conta caixa (Rec. de José Tasso Oliveira Andrade referente empréstimo n/data) e crédito na conta “sócios c/particular – José Tasso O. de (mesmo histórico).

O sujeito passivo foi intimado a comprovar a efetiva entrega e a origem dos recursos de caixa registrados na escrituração como fornecidos à empresa pelos sócios. Os sócios também foram intimados a comprovar a efetividade da entrega e a origem dos recursos de caixa registrados na escrituração da fiscalizada como fornecidos por eles à empresa (fls. 163/173 e 175/177).

Quanto aos recursos financeiros contabilizados como empréstimo recebido do sócio Ailton Gomes Cardoso, no valor de R\$ 250 mil, em 03.01.2000, a fiscalizada argumentou que *“o empréstimo foi realizado pelo Sr. José Tasso, de forma que a contrapartida da conta ‘Caixa’ deveria ter sido na conta ‘José Tasso O. de Andrade’ (2.2.1.04.0002), ao invés da conta ‘Ailton Gomes Cardoso’ (2.2.1.05.0001) (sic)”*.

Durante a ação fiscal, a fiscalizada informou que a origem desses recursos refere-se ao empréstimo contraído junto a Carlos Guilherme Lima, pelo sócio José Tasso Oliveira de Andrade mediante cheques pré-datados, de forma que esses cheques foram repassados para o sujeito passivo a título de empréstimo. Os cheques datados de 22.12.2000, foram depositados em 26.12.2000 e liberados pelo Banestes em 27.12.2000, data em que foram registrados na escrituração a débito do Banco do Estado do Espírito Santo (1.1.1.02.0005) e a crédito de caixa (1.1.101.0001), conforme descrito no item 3.2.3 do Termo de Encerramento da Ação Fiscal.

Destaca a fiscalização que tais valores escriturados como ingressados no caixa foram utilizados como saídas do caixa sem que os recursos tenham efetivamente nele ingressado em 03.01.2000, posto tratar-se de cheques pré-datados utilizados antes de sua compensação. Na verdade, a fiscalizada deveria ter contabilizado os recursos recebidos por meio de cheques pré-datados em conta separada até à data dos depósitos dos cheques. Nessa data, no caso da pessoa jurídica escriturar toda a movimentação pela conta caixa, faria os registros correspondentes ao ingresso e a saída dos cheques na conta caixa.

A partir da constatação de irregularidade na escrita contábil, pela utilização de valores antes do seu efetivo ingresso, foi feita a recomposição do saldo da conta caixa. Procurou-se o menor saldo devedor, ocorrido em 24.11.2000, que com a glosa de R\$ 250 mil, obteve-se o saldo credor de R\$ 232.885,37.

Em relação aos recursos financeiros contabilizados como empréstimo recebido do sócio José Tasso Oliveira de Andrade, no valor de R\$ 275 mil, em 18.02.2002, a contribuinte afirmou que tais valores foram entregues em espécie sem comprovar a efetiva entrega do numerário mediante apresentação de documento hábil e idôneo, coincidente em data e valor, bem como a origem dos recursos, conforme item 3.2.3 do Termo.

Diante da não comprovação da efetiva entrega do numerário, tal valor foi excluído na recomposição do saldo da conta caixa para apuração do maior saldo credor, identificando-se o menor saldo devedor, em 17.04.2002 (R\$ 9.987,02) e glosou-se o valor de R\$ 275 mil, obtendo-se o saldo credor de R\$ 265.012,98.



Também houve o lançamento do IRRF sobre pagamentos sem causa ou de operação não comprovada ou a beneficiário não identificado.

Para a infração de saldo credor de caixa e depósitos bancários não contabilizados (presunção legal do art. 42 da Lei 9.430/96) foi aplicado o coeficiente de 1,6% para a apuração do valor tributável.

A fiscalização consignou no Termo de Encerramento da ação fiscal que foi impetrado mandado de segurança pelo sujeito passivo, cuja liminar foi concedida, para que a DRF em Vitória, se abstivesse de utilizar as informações bancárias constantes das RMs que citou, para lançamento/auto de infração de tributos federais. No julgamento do agravo impetrado pela Fazenda Nacional, o Desembargador Federal do TRF2, Poul Erik Dyrland, prolatou decisão, em 24.03.2004, cuja cópia foi recebida na DRF, em 02.04.2004, determinou a suspensão da eficácia da decisão. A seguir procedeu-se à constituição do crédito tributário.

Os autos foram cientificados à contribuinte em 05.04.2004.

Junto com a impugnação foi apresentada cópia de requerimento dirigido ao Delegado da DRF em Vitória, datado de 16.03.2004 (fls. 933), relativo ao processo 11543.000506/2004-30, por meio do qual o Sr. José Tasso Oliveira Andrade apresenta PGD dos débitos a serem parcelados no PAES, com a discriminação dos períodos de apuração, vencimentos e valores de tributos, com código de receita 0190, que referem-se a fevereiro, março, maio e junho de 2001, janeiro e setembro de 2000 e setembro e outubro de 2002.

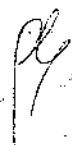
Transcrevo da decisão de primeiro grau, os argumentos contidos na impugnação:

O interessado apresentou, em 03/05/2004, a impugnação de fls. 884/926. Na referida peça de defesa alega, em síntese, que:

- foi violado o sigilo fiscal de maneira indevida, o que vem sendo objeto de discussão nos autos do mandado de segurança 2004.50.01.001534-7;

- se quedou silente quando perguntado acerca de informações obtidas ilicitamente no legítimo exercício de seu direito constitucional ao sigilo bancário;

- outras receitas não contabilizadas: os valores não se submetem ao conceito de receita, conforme doutrina que reproduz; uma interpretação mais apurada do inciso II do art. 25 da Lei 9.430/1996 não dá qualquer guarida ao entendimento da fiscalização, não permitindo a conclusão de que possa existir receita alheia a qualquer ato, atividade ou operação da pessoa jurídica; o conceito de renda não abrange meras transferências de capital, conforme doutrina apresentada; caberia à fiscalização provar que os valores movimentados nas contas representam renda e não lançar IRPJ, COFINS, PIS e CSLL sobre base de cálculo que, no máximo, daria margem à tributação pela CPMF; cita jurisprudência; toda prova resume-se à existência de depósitos bancários, o que torna imperiosa a nulidade por falta de requisitos legais de validade; ainda que se considerasse como representativos de rendimentos os depósitos



bancários, os pagamentos sem causa são tributados exclusivamente na fonte, conforme Parecer Normativo 1, de 24 de setembro de 2002; as fontes pagadoras dos recursos foram as sociedades empresárias Samarco S/A, Sandri Representações S/C Ltda. e Construtora Estrada e Engenharia Ltda e nenhuma delas informou a causa ou a comprovação da operação realizada; solicita acesso ao resultado dos procedimentos fiscalizatórios nestas sociedades, com respaldo nos artigos 3º, II, e 9º, II, da Lei 9.784/1999; a quantia constante do cheque 480141 foi declarada e tributada pelo sócio (doc. XX), devendo ser excluída da base de cálculo;

- depósitos bancários não contabilizados: tal procedimento não pode prosperar pelas mesmas razões expendidas no tópico acima (impossibilidade de tributação apenas com base em depósitos bancários, ausência de configuração dos valores depositados como renda ou receita, etc.); não obstante, todos os valores já foram declarados e tributados pelo sócio (doc. XX), devendo os mesmos serem excluídos da base de cálculo;

- saldo credor de caixa: a fiscalização afirma que foram registradas entradas fictas na conta Caixa, sem a comprovação da efetiva entrega do numerário, ocultando saldo credor de Caixa e caracterizando omissão de receitas; o procedimento não condiz com as normas que regem a espécie, pois a existência de suprimento de caixa não prova omissão de receita se ficar demonstrado que o sócio dispunha de recursos, conforme jurisprudência reproduzida; o sócio dispunha de recursos, pois tinha a titularidade de títulos de crédito no valor do suprimento efetuado; o alegado erro na contabilização dos recursos recebidos por meio de cheques pré-datados configura mero descumprimento de obrigação acessória, sem qualquer potencial para redundar em tributação;

- contesta o lançamento referente à falta de pagamento de IRRF sobre pagamentos sem causa a beneficiário não identificado.

Encerra solicitando o cancelamento dos créditos tributários.

O lançamento foi considerado procedente.

Sobre o argumento de que teria sido violado o sigilo fiscal, a Turma Julgadora concluiu que o procedimento fiscal realizado é perfeitamente lícito e respaldado em lei. Consignou que a decisão que deferia o pedido de liminar, impetrado pela interessada, determinando que as informações bancárias não fossem utilizadas para lançamento de tributos federais teve sua eficácia suspensa, conforme decisão de fls. 739/740.

Sobre a infração de saldo credor de caixa, concluiu que a constatação de irregularidade na escrita contábil, pela utilização de valores antes do seu efetivo ingresso, autoriza a recomposição do saldo credor da conta caixa, por entender que os registros contábeis devem obedecer a rigorosa ordem cronológica da ocorrência fática de recebimentos e de pagamentos. Ao contrário do que alega a interessada, o erro apontado pela fiscalização na contabilização de recursos recebidos por meio de cheques pré-datados não configura mero descumprimento de obrigação acessória; tal erro representa descumprimento das normas de escrituração contábil. Considerou não elidido o saldo credor da conta caixa.



Sobre a infração de omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários não contabilizados, levou em conta que a contribuinte não comprovou a origem dos recursos. Em relação a outras receitas não acrescidas à base de cálculo do lucro presumido, a Turma Julgadora se manifestou no sentido de que é legítima a autuação, como omissão de receitas, quando a pessoa jurídica não comprova a origem dos depósitos bancários. Assinalou que o simples fato de as fontes pagadoras terem sido identificadas não implica transferência da fiscalização para estas, como pretende a interessada. Afirma não haver nos autos, a prova da ocorrência da hipótese aventada pela interessada – lançamento de IRRF (pagamentos sem causa), nas fontes pagadoras, em relação aos mesmos valores.

A ciência da decisão se deu em 29.07.2004 e o recurso foi apresentado em 24.08.2004.

No recurso argumenta que foi violado o sigilo fiscal de maneira indevida, o que vem sendo objeto de discussão judicial nos autos do MS 2004.50.01.001534-7, em curso perante a 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo. Por essa razão deixou de responder aos questionamentos efetuados pelo AFRF.

Entende que nada mais correto do ponto de vista jurídico, uma vez que o Colendo STF, ao julgar o HC 79512/RJ, entendeu que a contribuinte deve necessariamente opor resistência às pretensões fiscais obtidas a partir da análise de provas obtidas por meios cuja ilicitude pleiteia, sob pena de perecimento de seu direito constitucional ao sigilo.

Aduz que são desprovidas de fundamento as assertivas lançadas no auto de infração de que teria havido tentativa de embaraço à fiscalização, com a negativa de prestação de informações por parte da recorrente, já que se quedou silente quando perguntado acerca de informações obtidas ilicitamente no legítimo exercício de seu direito constitucional ao sigilo bancário, que ainda pode vir a ser reconhecido pelo Poder Judiciário em decisão definitiva, tornando nulo todo o procedimento fiscal ilegalmente realizado.

Apesar do entendimento esposado no acórdão recorrido, os auditores autuantes, ao lavrarem os autos de infração, levaram em consideração as informações que lhe foram fornecidas pelas instituições financeiras, relativas aos dados bancários da recorrente, ficando evidente a quebra do sigilo bancário da mesma. Argumenta que em recente decisão de 03.09.2003, o Ministro Marco Aurélio é claro ao afirmar que a autorização judicial é essencial para a quebra do sigilo bancário dos contribuintes (Recurso Extraordinário 389.808/PR). Cita outras decisões judiciais.

Salienta que os autuantes utilizaram-se de provas ilicitamente obtidas, posto que, ainda que fosse admissível, em momento algum lhe foi autorizada judicialmente a quebra do sigilo bancário da impetrante. Cita o art. 5º, LVI, da CF, para afirmar que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Cita decisão do STF, Plenário, AP 307-3-DF, de 13.10.95, Min. Ilmar Galvão.

Destaca que a absoluta invalidade da prova ilícita acarreta a ineficácia comprobatória dos fatos que ela pretende demonstrar. A prova ilícita é prova inidônea, que apresenta-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica, sendo, por isso, imprestável, o que a seu ver, acarreta a nulidade do lançamento, por contaminarem outros elementos probatórios oriundos direta ou indiretamente das informações obtidas pela ilegal quebra de sigilo bancário.



Argumenta que o art. 1º da Lei 10.174/2001, entrou em vigor em 09.01.2001, passando a autorizar à SRF a partir de então, a utilização de informações sigilosas da CPMF para constituir crédito de outras contribuições e impostos, ao passo que até o dia 08.01.2001 estava em pleno vigor o art. 11, § 3º da Lei 9.311/96, que expressamente proibia a utilização das informações da CPMF, para instituir mecanismos que pretendessem a constituição de crédito de outras contribuições e impostos.

Afirma que ao contrário do entendimento defendido no acórdão recorrido, o próprio Conselho de Contribuintes também tem entendido que a norma veiculada pela Lei 10.174/2001, tem conteúdo material, não podendo retroagir. Cita acórdãos.

Conclui que todos esses argumentos devem e podem ser utilizados para afastar a validade das RMF's, efetuadas para que a Receita Federal obtivesse os dados bancários da contribuinte.

A seguir se defende do lançamento relativo a outras receitas não contabilizadas. Argui que não obstante o silêncio da contribuinte, a fiscalização realizou diligências junto à SAMARCO e à SANDRI REPRESENTAÇÕES, para comprovar que os valores creditados na conta bancária do fiscalizado não caracterizam receitas de venda de bens e direitos ou de prestação de serviços. Afirmar estar equivocado o entendimento da fiscalização de enquadrar os valores creditados como outras receitas não enquadradas no conceito de receita bruta definido no art. 224 do RIR/99.

Transcreve o conceito de receita do professor Ricardo Mariz de Oliveira. Cita doutrina de Marco Aurélio Grecco para concluir que os valores monitorados pelos AFRF não se subsumem a ele, por entender que falece a tais valores uma das características essenciais às quantias pecuniárias que se pretenda serem receitas, qual seja: representarem remuneração ou contraprestação de atos, atividades ou operações da pessoa jurídica. Saliencia que diante da afirmação da fiscalização de que esses valores não caracterizam receitas de venda de bens e direitos ou de prestação de serviços, não restaria qualquer dúvida que os autuantes incorreram em erro ao enquadrar os valores movimentados como sendo "outras receitas não enquadradas no conceito de receita bruta definida no art. 224 do RIR/99. Acrescenta que uma interpretação mais apurada do inciso II do art. 25 da Lei 9.430/96 não dá qualquer guarida a esse entendimento.

Aduz que ao comprovar que os valores creditados na conta corrente bancária da fiscalizada não caracterizam receitas de vendas de bens e direitos ou de prestação de serviços, os AFRF admitiram que tais valores não representavam ganho de capital (venda de bens), ou rendimentos e ganhos líquidos auferidos em aplicações financeiras (a SANDRI não é instituição financeira). Também ao se referir às "demais receitas e os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo inciso anterior" o inciso II utiliza-se do conceito de resultado, e sendo o resultado a consequência financeira do funcionamento de uma sociedade empresária ao exercer as atividades próprias das funções econômicas que desempenha, ficaria fácil inferir que o inciso II do art. 25, que transcreveu não autoriza qualquer interpretação conducente à conclusão de que possa existir receitas alheias a quaisquer atos, atividades ou operações da pessoa jurídica, haja vista que, a receita constitui-se justamente na remuneração ou contraprestação do emprego dos recursos materiais, imateriais ou humanos de uma dada sociedade empresária.

Acrescenta que ainda que possível o enquadramento das quantias movimentadas como sendo receita da recorrente, não seria possível tributa-las pelo imposto de renda, porque o conceito constitucional de renda pressupõe que ela seja originada no patrimônio preexistente da própria pessoa, sendo obtida com a aplicação de um patrimônio



material ou imaterial numa determinada atividade, pelo próprio indivíduo que irá pagar o tributo. **Ou seja, o conceito de renda não abrange meras transferências de capital, a título gratuito, somente aquelas que decorrem da exploração ou uso direto ou indireto do patrimônio da empresa.** Cita doutrina.

Salienta que o legislador federal em atenção a tais considerações, tratou de espantar quaisquer dúvidas acerca da possibilidade de tributação pelo imposto de renda de transferências de capital a título gratuito, conforme a Lei 7.713/88, art. 6º, XVI (ficam isentos do imposto de renda o valor dos bens adquiridos por doação ou herança).

Segundo a recorrente, caberia aos AFRF provar que os valores movimentados nas contas da recorrente representam renda para que os pudesse tributar, o que não fizeram, preferindo utilizar o silêncio necessário dela, como pretexto para caracterizar como matéria tributável do IRPJ, COFINS, PIS e CSLL, quando muito, daria margem à tributação da CPMF.

Cita a súmula 182 do TFR (É ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários) e afirma que tal orientação foi seguida por caudalosa, antiga e pacífica jurisprudência administrativa do Conselho de Contribuintes. Ressalta que a jurisprudência administrativa consigna que a validade do lançamento tributário efetuado com base em depósitos bancários é imprescindível que seja comprovada a utilização dos valores depositados como renda consumida, evidenciando sinais exteriores de riqueza, prova não realizada pelos autuantes. Transcreve acórdãos.

Destaca que as provas dos autuantes resumem-se à existência de depósitos bancários efetuados em nome da recorrente, o que tornaria imperiosa a nulidade do lançamento por absoluta falta de requisitos legais de validade.

Acrescenta que ainda que se abandonasse toda a linha argumentativa expendida e se considerasse como representativos de rendimento e de receita os depósitos bancários colecionados pelos autuantes, tornar-se-ia necessária a anulação do crédito tributário porque conforme lançado às fls. 80 do TEAF, "os pagamentos sem causa e sem comprovação da operação estão sujeitos à incidência do imposto, exclusivamente na fonte à alíquota de 35%, conforme art. 61, §§ 2º e 3º da Lei 8.981/95. Conclui que são as fontes pagadoras que devem ser tributadas na fonte, com base nesse dispositivo legal. Afirma que é esse o entendimento preconizado pelo PN nº 1, de 24.09.2002.

Argui que quando da apresentação da impugnação solicitou o acesso ao resultado dos procedimentos fiscalizatórios realizados nas sociedades empresárias Samarco S/A e Sandri Representações S/C Ltda e Construtora Estrada e Engenharia Ltda, e que até à data do recurso não lhe foi deferido. Afirma que essa pretensão é legítima e encontra respaldo normativo nos arts. 3º, II, e 9º, II, da Lei 9.784/99 e, para que não se argumente que esses dispositivos não se aplicam ao PAF por motivos de sigilo fiscal, ressalta que esse sigilo só diz respeito a terceiros e não aos juridicamente interessados. Diz que ademais, não lhe interessa o acesso a quaisquer livros fiscais ou dados contábeis dessas empresas, contentando-se em receber informações acerca da sua tramitação e conhecer as decisões neles proferidas, nos moldes do constante na parte final do inciso II do art. 3º da Lei 9.784/99. Presta o compromisso de não divulgar qualquer informação protegida pelo sigilo fiscal.

Argumenta que o indeferimento do pleito viciará o lançamento efetuado por infringência ao devido processo legal constitucionalmente protegido pelo art. 5º, LIV, da CF.



Destaca ainda que a quantia constante do cheque nº 480141 (Banco do Brasil/1438), no valor de R\$ 100 mil, da Samarco Mineração (fls. 327 e 361), que foi depositado na conta corrente nº 7.876.725 do Auto Posto Contorno, em 16.03.2001, foi declarada e tributada no PAES pelo sócio José Tasso Oliveira de Andrade, pelo que a mesma deveria ser necessariamente excluída da base de cálculo da autuação de que trata o item 5.1 do TEAF.

Aduz que os julgadores de primeira instância, simplesmente desconsideraram tal informação, alegando que o documento juntado não permite identificar os valores lançados com os débitos parcelados. Salaria que o fisco não pode simplesmente desconsiderar a documentação juntada pela contribuinte, sob pena de ofensa ao princípio de ampla defesa e que no mencionado documento há a clara descrição dos valores que foram declarados no PAES. Reforça que o ônus de provar que o documento não representa a comprovação da inclusão do débito no PAES é do fisco e não do contribuinte, uma vez que este já teria se desincumbido do *ônus probandi* quando apresentou o documento relacionando-o ao débito em questão.

Quanto ao item 5.2 do TEAF, relativo aos depósitos bancários não contabilizados, argui que os AFRF alegam que a fiscalizada não comprovou a origem de depósitos bancários não contabilizados, referentes à conta corrente 7.876.725 (Banestes) mantida à margem da contabilidade, o que caracterizaria omissão de receitas capitulada no art. 42 da Lei 9.430/96. Alega que tal entendimento não pode prosperar pelas mesmas razões expendidas anteriormente.

Apesar disso, afirma que todos os valores constantes de depósitos bancários listados no item 5.2 do TEAF já foram declarados e tributados no PAES como renda por José Tasso Oliveira de Andrade, sócio da recorrente, pelo que os mesmos devem ser necessariamente excluídos da base de cálculo da autuação.

Em relação ao saldo credor de caixa, os autuantes afirmaram que a recorrente registrou entradas fictas na conta caixa e que tal situação caracterizaria uma insubsistência ativa, isto é, um valor falsamente ingressado no caixa da empresa, tendo como origem fictícia o empréstimo de sócio, mediante cheque pré-datado e em espécie, sem comprovação da efetiva entrega do numerário. Como consequência, a contribuinte ocultou saldo credor de caixa, o que caracterizaria omissão de receitas. Transcreve o caminho percorrido pela fiscalização e conclui que o procedimento não condiz com as normas que regem a espécie pois a existência de suprimento de caixa feito por sócio da pessoa jurídica não provaria omissão de receita se ficar demonstrado que ele dispunha de recursos necessários e efetuou os registros contábeis devidos, com base em documentação idônea.

No caso, teria ficado evidente que o sócio dispunha de recursos para efetuar o suprimento de caixa pois tinha a titularidade de títulos de crédito no valor do suprimento efetuado. Assim, não haveria que se falar em presunção legal de omissão de receitas. Afirma que a omissão de receita há de ser provada, demorada e exaustivamente, pelo fisco. Não se admite a simples acusação, sem prova de sua materialização, com base em meras presunções.

Por outro lado, os alegados erros de contabilização dos recursos recebidos por meio de cheques pré-datados (deveriam ter sido contabilizados em uma conta separada até à data do depósito dos cheques) configuraria mero descumprimento involuntário (decorre de erro e não de dolo) de obrigação acessória, sem qualquer potencial para redundar em tributação.

Argumenta que ademais, os autuantes aplicaram multa de ofício de 150% pela suposta omissão de rendimentos, no entanto, tal presunção não justifica a imposição dessa



multa. Alega que esse é o entendimento do Conselho de Contribuintes. Afirma que os autuantes não comprovaram o dolo na conduta da recorrente.

Também se defende da falta de pagamento do imposto de renda exclusivamente na fonte sobre pagamentos sem causa a beneficiário não identificado, que se refere ao item 5.4 da autuação.

Ao final pede a anulação do auto de infração e requer o acesso às conclusões de todos os procedimentos fiscais descritos no TEAF e que guardam conexão com o procedimento (Samarco Mineração S/A, Sandri Representações S/C Ltda e Construtora Estrada e Engenharia Ltda).

É o relatório.



Voto

Conselheira Albertina Silva Santos de Lima, Relatora

O recurso atende às condições de admissibilidade e deve ser conhecido.

Discute-se neste processo:

a) Uso de prova ilícita – necessidade de autorização judicial para quebra de sigilo bancário.

b) as três infrações;

c) a multa qualificada;

d) a exigência de juros calculados com base na taxa selic;

e) o pedido de informações de terceiros;

As infrações que levaram ao lançamento do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, se referem à acusação de omissão de receitas caracterizadas por saldo credor de caixa, depósitos bancários não contabilizados cuja origem não foi comprovada e omissão de demais receitas. Para as duas últimas infrações foi lançada multa de ofício de 150% e para a primeira, multa de ofício de 75%.

Vale registrar que a contribuinte discute no recurso a exigência do IRRF, entretanto, embora o Termo de encerramento de ação fiscal se refira também a esse tributo, o respectivo lançamento não consta destes autos, razão pela qual não se conhece dessa matéria.

A recorrente apresenta diversos argumentos que segundo seu entendimento levariam ao afastamento da validade das RMFs utilizadas pela fiscalização para obtenção de dados bancários da contribuinte.

De início deve-se ter em vista que conforme consta no Termo de encerramento da ação fiscal, a contribuinte obteve liminar em mandado de segurança para que a DRF em Vitória se abstinisse de utilizar informações bancárias constantes das RMF's nº 07.2.0100-2003-00149-0, 00150-4, 00151-2, 00152-0, 00153-9, 00163-6 e 00178-4, para lançamento de tributos federais. Porém, foi suspensa a eficácia dessa decisão, no julgamento do agravo impetrado pela Fazenda Nacional, em decisão de 24.03.2004, cientificada pela Procuradoria da Fazenda Nacional à DRF em Vitória, em 02.04.2004 (fls. 739/740). Os autos de infração foram lavrados posteriormente.

Conseqüentemente, quando os autos foram lavrados não havia qualquer impedimento para que o lançamento fosse efetuado, com o uso das informações obtidas por meio de Requisição de Movimentação Financeira, fornecida pelas instituições financeiras.

Sobre a obtenção de prova ilícita, a contribuinte exaustivamente nos autos do mandado de segurança, 2004.50.01.001534-7, questionou: o sigilo bancário como direito constitucional; da inoponibilidade do direito de fiscalizar contido no art. 145 da CF ao direito ao sigilo bancário; das ilegalidades na quebra de sigilo do impetrante (TCIF 701-12/2003), a

inexistência de embaraço à fiscalização, pelo exercício regular do direito ao sigilo bancário; impossibilidade de se fundamentar a quebra de sigilo do contribuinte com base em dados oriundos de sua movimentação financeira; inconstitucionalidade da Lei 10.174/2001 (dados coletados por meio da fiscalização da CPMF anteriormente à modificação do § 3º do art. 11 da Lei 9.311/96 constituiriam em prova ilícita para a constituição do crédito tributário referente a quaisquer outros tributos e contribuições), do § 2º do art. 144 do CTN (proibição de aplicação de norma de processo retroativa); da inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade para quebrar o sigilo bancário em razão de interesse público fiscalizatório.

Na decisão de concessão da medida liminar consta que haveria um vício, dessa vez cometido diretamente pela autoridade impetrante, que consiste na indevida utilização de dados sigilosos provenientes de outros procedimentos administrativos instaurados em relação a outros contribuintes. Contudo, como não havia sido oportunizada a oitiva da autoridade coatora, reputou ser mais prudente aguardar seus esclarecimentos antes de afirmar a ilegalidade dos procedimentos administrativos instaurados.

Portanto, a argumentação da contribuinte no recurso, sobre a obtenção de prova ilícita, seja pelo uso de informações de dados da contribuinte provenientes de outros processos administrativos, seja em razão da obtenção das informações obtidas das instituições financeiras requeridas pelas RMFs mencionadas, foi exaustivamente discutida na inicial dos autos de mandado de segurança, conseqüentemente, essas matérias não podem ser discutidas novamente nestes autos, conforme súmula nº 1 do 1º CC:

Súmula 1º CC 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.

Quanto à acusação de omissão de receitas caracterizada pela falta de comprovação da origem de depósitos bancários não contabilizados, a contribuinte em seu recurso não traz aos autos nenhuma prova sobre a respectiva comprovação da origem dos recursos, o que se enquadra na presunção legal prevista no art. 42 da Lei 9.430/96.

Art. 42 da Lei 9.430/96:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Trata-se de uma presunção legal em que o ônus da prova é do contribuinte. A mesma foi regularmente intimada e não trouxe aos autos nenhuma comprovação quanto à origem dos recursos. Esse item do lançamento deve ser mantido.

A súmula 182 do TFR citada pela contribuinte se refere a legislação diversa e não se aplica a estes autos.

Quanto ao lançamento relativo a omissão de receitas não enquadradas no conceito de receita bruta, se relacionam com cheques da empresa Somarco e TED da empresa Sandri, cujos valores foram depositados em conta bancária, cujos registros não foram contabilizados.

Em relação ao depósito oriundo da empresa Sandri no valor de R\$ 1,04 milhão, de 29.11.2002, tal informação foi obtida por meio do Banestes. Em resposta a intimação, o representante legal da Sandri Representações alegou que deixava de atender ao solicitado pela fiscalização por entender que a intimação só poderia ser feita pela DRF em Osasco. Alegou necessidade de vistas dos autos, obtenção de cópia de documentos, etc. Na diligência efetuada pela DRF em Osasco, o auditor constatou que no endereço indicado na SRF, não se encontra estabelecida tal empresa, pois se trata de chácara particular. Assim, não se obteve junto a essa empresa esclarecimentos sobre a natureza jurídica desse depósito.

Quanto aos cheques depositados em conta corrente bancária, cujos registros não foram contabilizados, oriundos da empresa Somarco, trata-se de dois cheques no valor de R\$ 440 mil, sendo que dois cheques foram emitidos pela empresa Escelsa, para pagamento de créditos do ICMS à empresa Somarco. Esses cheques, segundo a Somarco seriam entregues a membros do governo do Estado, que os repassariam para entidades ambientais. Segundo a Somarco foram repassados à Fundação Freitas Junior, entretanto, foram endossados e depositados na conta corrente bancária da autuada, cuja conta é mantida à margem da escrituração. O outro cheque no valor de R\$ 100 mil foi emitido pela empresa Somarco, segundo a mesma, para efetuar pagamento à Construtora Estrada e Engenharia relativo a aluguel de equipamentos e foi depositado na conta corrente bancária da autuada, não contabilizada. A fiscalização consignou que essa empresa jamais apresentou declaração do IRPJ e sequer efetuou qualquer pagamento de tributos.

Para os valores relativos a esses depósitos, a fiscalização considerou que ocorreu omissão de receitas e que estas não se enquadram no conceito de receita bruta, tributando-as com base no inciso II, do art. 25 da Lei 9.430/96. Transcrevo o art. 25 da mencionada lei:

Lei 9.430/96:

Art. 25. O lucro presumido será o montante determinado pela soma das seguintes parcelas:

I-o valor resultante da aplicação dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, sobre a receita bruta definida pelo art. 31 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, auferida no período de apuração de que trata o art. 1º desta Lei;

II-os ganhos de capital, os rendimentos e ganhos líquidos auferidos em aplicações financeiras, as demais receitas e os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo inciso anterior e demais valores determinados nesta Lei, auferidos naquele mesmo período.

A contribuinte afirma em seu recurso que não se pode tributar transferências recebidas a título gratuito, ou seja, a própria empresa reconhece que tais valores não se referem a receitas da atividade.

Discordo da recorrente de que não seria possível enquadrar os valores dos créditos depositados em suas contas correntes como "demais receitas", pois se enquadra

exatamente nas demais receitas de que trata o inciso II do art. 25 da Lei 9.430/96, conforme transcrição acima.

As provas coletadas pela fiscalização já mencionadas, o fato desses valores depositados em conta bancária em nome da pessoa jurídica não terem sido escriturados, a afirmação da contribuinte de que tais recebimentos se deram a título gratuito sem explicar a razão da gratuidade, nos levam à conclusão de que esses valores referem-se a omissão de demais receitas. São indícios fortes, veementes e graves.

A recorrente argumenta que o legislador federal tratou de espancar quaisquer dúvidas acerca da possibilidade de tributação pelo imposto de renda de transferências de capital a título gratuito, conforme a Lei 7.713/88, art. 6º, XVI. Por esse dispositivo legal, ficam isentos do imposto de renda, o valor dos bens adquiridos por doação ou herança, entretanto, tal dispositivo legal se refere a rendimentos recebidos por pessoas físicas, o que não é o caso dos autos.

Também não é o caso de aplicação da súmula 182 do TFR que refere-se a situação diversa.

Em relação ao seu argumento de que pagamentos sem causa e sem comprovação da operação estão sujeitos à incidência do imposto exclusivamente na fonte à alíquota de 35%, conforme art. 61, §§ 2º e 3º da Lei 8.981/95, e que as fontes pagadoras é que deveriam ser autuadas, a contribuinte quer que seja reconhecido que os valores recebidos se referem a pagamentos sem causa por parte das empresas Somarco e Sandri.

O presente litígio se refere ao recebimento de valores em que a recorrente os classifica como recebidos a título gratuito, e que foram considerados pela fiscalização como outras receitas. Não está em discussão pagamentos sem causa realizados pela autuada.

Quanto ao pedido ao acesso ao resultado dos procedimentos de fiscalização realizados nas pessoas jurídicas Somarco, Sandri e Construtora Estrada, em relação a tramitação e conhecimento de decisões neles proferidas, tem-se que todas as informações relativas a essas empresas relacionadas com os créditos efetuados na conta corrente bancária da recorrente que embasaram a autuação constam deste processo e foram disponibilizadas à autuada. Qualquer procedimento fiscal porventura realizado nessas empresas deve obedecer ao rito próprio e não podem ser divulgadas à autuada sob pena de ferimento do sigilo fiscal.

Há ainda uma outra argumentação relacionada com a acusação de omissão de receitas caracterizada pela falta da comprovação da origem de depósitos bancários não contabilizados e do valor de R\$ 100 mil relativo à infração de omissão de demais receitas, a contribuinte argumenta que tais valores foram incluídos no Paes como rendimentos do Sr. José Tasso Oliveira de Andrade. Juntou com a impugnação cópia de requerimento dirigido ao Delegado da DRF em Vitória, datado de 16.03.2004 (fls. 933), relativo ao processo 11543.000506/2004-30, por meio do qual o Sr. José Tasso Oliveira Andrade apresenta PGD dos débitos a serem parcelados no PAES, com a discriminação dos períodos de apuração, vencimentos e valores de tributos, com código de receita 0190, que referem-se a fevereiro, março, maio e junho de 2001, janeiro e setembro de 2000 e setembro e outubro de 2002. Ou seja, a inclusão desses valores no PAES como rendimentos do sócio da autuada teria se dado após o início da ação fiscal em nome da recorrente e antes da lavratura dos autos de infração.

Sua informação de que tais valores foram declarados e tributados no PAES como renda auferida pelo Sr. José Tasso Oliveira de Andrade não é razão suficiente para cancelamento do lançamento, uma vez que, a acusação se refere a falta de comprovação da origem dos recursos depositados na conta corrente bancária da autuada não escriturada, e essa origem não foi comprovada; e em relação ao valor de R\$ 100 mil, a contribuinte se limita a dizer que tal valor foi recebido a título gratuito, e não explica qualquer vinculação desse valor com o sócio. Ademais, não há prova alguma nos autos que indique que os valores declarados no PAES pelo sócio se refira a estes valores.

Quanto à infração de omissão de receitas caracterizada por saldo credor de caixa, a contribuinte no recurso não traz nenhum elemento para comprovação de sua inexistência.

São duas as razões que levaram ao lançamento. A primeira refere-se ao lançamento a débito da conta caixa em janeiro de 2000, do valor de R\$ 250 mil, quando o respectivo cheque que era pré-datado, somente foi depositado no final de dezembro. Recompondo-se o saldo da conta caixa, houve saldo credor em 24.11.2000, no valor de R\$ 232.885,27, quando foi registrado o menor saldo devedor, no valor de R\$ 17.114,63.

Em relação a esse fato, a contribuinte alega que houve mero erro, uma vez que o valor do cheque pré-datado deveria ter sido contabilizado em uma outra conta. Entretanto, esse "erro" não muda o fato de que efetivamente, a contabilização desse valor na conta caixa, antes do efetivo ingresso dos recursos na conta caixa, efetivamente gerou ingressos nessa conta, que devem ser excluídos para que se obtenha o efetivo valor do saldo da conta. Fazendo-se a recomposição do saldo da conta constatou-se o saldo credor.

Conforme o disposto no art. 281, I, do RIR/99, a indicação na escrituração de saldo credor de caixa, caracteriza-se como omissão no registro de receita:

Art.281.Caracteriza-se como omissão no registro de receita, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, a ocorrência das seguintes hipóteses (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 12, §2º, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 40):

I-a indicação na escrituração de saldo credor de caixa;

Portanto, cabe à contribuinte fazer a prova da improcedência da presunção legal, entretanto, a mesma não trouxe aos autos nenhum elemento que possa elidir essa presunção.

A outra razão é o fato da contribuinte não ter comprovado a efetiva entrega da importância de R\$ 275 mil, que seria supimento de sócio, a título de empréstimo. O registro a débito da conta caixa se deu em 18.02.2002, e o menor saldo registrado na conta caixa ocorreu em 17.04.2002 (R\$ 9.987,02), quando então se apurou o saldo credor de R\$ 265.012,98.

A recorrente afirma que a entrega dessa importância se deu em dinheiro, e que para provar a efetividade da entrega seria suficiente ficar demonstrado que ele dispunha de recursos necessários e efetuou os registros contábeis devidos, com base em documentação idônea.

Ainda que o sócio tivesse recursos suficientes para fazer o empréstimo, ainda assim, também teria que ser provada a efetividade da entrega do recurso, conforme preceitua o art. 282 do RIR/99.

Art.282.Provada a omissão de receita, por indícios na escrituração do contribuinte ou qualquer outro elemento de prova, a autoridade tributária poderá arbitrá-la com base no valor dos recursos de caixa fornecidos à empresa por administradores, sócios da sociedade não anônima, titular da empresa individual, ou pelo acionista controlador da companhia, se a efetividade da entrega e a origem dos recursos não forem comprovadamente demonstradas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 12, §3º, e Decreto-Lei nº 1.648, de 18 de dezembro de 1978, art. 1º, inciso II).

Dessa forma, sendo desconsiderado esse suprimento, a fiscalização recompôs a conta caixa e obteve saldo credor nos termos do art. 281, I, do RIR/99, anteriormente transcrito. O lançamento deve ser mantido.

Quanto ao lançamento da multa de ofício de 150%, esta se refere aos lançamentos de omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários não contabilizados de origem não comprovada e à acusação de omissão de demais receitas.

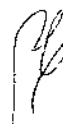
Sobre a infração de omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários não contabilizados registrou a fiscalização que as contas bancárias 7.876.725 e 007.367.000, mantidas junto ao Banestes e ao Banco Santos Neves, respectivamente, não foram contabilizadas em sua escrita comercial; quanto ao lançamento relativo a omissão de receitas não enquadradas no conceito de receita bruta, se relacionam com cheques da empresa Somarco e TED da empresa Sandri, cujos valores foram depositados em conta bancária, cujos registros também não foram contabilizados. Entendo que está caracterizado o evidente intuito de fraude de que trata o art. 44, II, da Lei 9.430/96, estando presentes os pressupostos legais para imposição da multa qualificada.

Sobre o lançamento das exigências da Contribuição para o PIS e da COFINS, levando em conta os termos do art. 26-A, § 6º, I, do Decreto 70.235/72 (com a redação do art. 25 da Lei 11.941/2009), e considerando a decisão plenária do STF, no RE/585235, que reafirmou a jurisprudência acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, e ainda, tendo em vista que a própria fiscalização afirma que há omissão de receitas (R\$ 1,58 milhão) não enquadradas no conceito de receita bruta do art. 224 do RIR/99, deve-se excluir as contribuições mencionadas incidentes sobre as receitas não enquadradas no conceito de receita bruta.

Quanto à exigência de taxa de juros de mora calculados com base na taxa selic, aplica-se a súmula nº 4 do 1º CC.

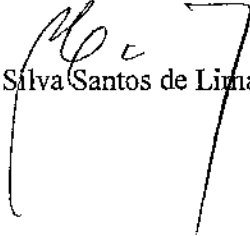
Súmula 1º CC nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

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



Do exposto, oriento meu voto para dar provimento PARCIAL ao recurso, para excluir o PIS e a COFINS incidente sobre as receitas não enquadradas no conceito de receita bruta.

Sala das Sessões, em 01/10/2009


Albertina Silva Santos de Lima