



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

Processo nº 15540.000018/2007-56
Recurso nº 164.912 Voluntário
Acórdão nº 1102-00.125 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de dezembro de 2009
Matéria Arbitramento
Recorrente ENGESUL CONSTRUÇÕES E PROJETOS LTDA
Recorrida 7a. Turma da DRJ do Rio de Janeiro I

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004.

Ementa: ARBITRAMENTO DE LUCRO

O imposto devido no decorrer do ano-calendário será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou apresentar escrituração em desacordo com a legislação comercial.

DEPÓSITOS. OMISSÃO DE RECEITAS.

Os depósitos em conta-corrente da empresa cujas operações que lhes deram origem restem incomprovadas presumem-se advindos de transações realizadas à margem da contabilidade.

MULTA QUALIFICADA

A prática reiterada de informações a menor ao fisco clarifica a intenção de pagar menos tributos.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, restando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se, em tese, nas hipóteses tipificadas no art. 71, da Lei nº 4.502/64.

DA TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Lançamentos reflexos. Ao se decidir de forma exaustiva a matéria referenciada ao lançamento principal de IRPJ, a solução adotada espalha seus efeitos aos lançamentos reflexos, próprio da sistemática de tributação das pessoas jurídicas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração. Por maioria de votos, reconhecer a decadência para o PIS e para a Cofins para os fatos geradores ocorridos até 30/04/2002, vencido em parte o Conselheiro José Carlos Passuello que a acolhia também para o IRPJ e a CSLL relativos ao 1º trimestre de 2002. Por maioria de votos, negar provimento ao recurso, vencido o Conselheiro José Carlos Passuello, que dava provimento parcial para reduzir a multa ao percentual de 75%, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado..



SANDRA MARIA FARONI - Presidente



MÁRIO SÉRGIO FERNANDES BARROSO - Relator

EDITADO EM 02 AGO 2010

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Sandra Maria Faroni (Presidente), José Carlos Passuello, Mário Sérgio Fernandes Barroso, Wilson Fernandes Guimarães, Cheryl Berno (Suplente convocado) e Natanael Vieira dos Santos (suplente convocado).



Relatório

Trata o presente processo de recurso voluntário interposto pela contribuinte acima qualificada a respeito da decisão da DRJ que deu parcial provimento a impugnação da contribuinte.

Do relatório do acórdão da DRJ transcrevo:

"As infrações apuradas foram as seguintes

IRPJ

Conforme consta no auto de infração de IRPJ e no Termo Complementar à Descrição dos Fatos (fls. 06/62), a fiscalização efetuou o arbitramento do lucro, nos anos calendários de 2002, 2003 e 2004, pelo fato de o interessado, mesmo intimado, não ter apresentado os livros e os documentos de sua escrituração contábil e fiscal (art. 530, inciso III, do RIR/1999).

Item 1 do auto de infração - Descrição dos fatos – Omissão de receitas de prestação de serviços, nos anos-calendário de 2002, 2003 e 2004, caracterizada por valores creditados em contas de depósito, mantidas em instituições financeiras, em relação aos quais o interessado, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Enquadramento legal – Artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, art. 532 e 537 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/1999)

Item 2 do auto de infração – Descrição dos fatos – Receitas de prestação de serviços conhecidas, referente ao ano-calendário de 2002, mas que não foram oferecidas à tributação (declaradas) na apuração de IRPJ e CSLL

Enquadramento legal – Artigo 532 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/1999)

Pis, CSLL e Cofins

Descrição dos fatos: lançamentos decorrentes da fiscalização do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, cuja infração ocasionou insuficiência na determinação da base de cálculo destas contribuições

Enquadramento legal: Pis – artigos 1º e 3º da Lei Complementar nº 07/70, art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249/1995, arts 2º, inciso I, 8º, inciso I, e 9º da Lei nº 9.715/1998; art. 2º e 3º da Lei nº 9.718/1998, art. 2º, inciso I, alínea 'a' e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524/2002.



CSLL – art. 2º e §§ da Lei nº 7 689/88, artigos 19 e 24 da Lei nº 9 249/1995, art. 29 da Lei nº 9 430/1996, art. 6º da Medida Provisória nº 1 858/1999 e reedições, art. 37 da Lei nº 10 637/2002

Cofins – artigos 1º e 2º da Lei Complementar nº 70, de 30/12/1991; art. 24, § 2º, da Lei nº 9 249/1995, art. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9 718/1998, com as alterações das Medidas Provisórias nºs 1.807/1999 e 1.858/1999 e suas reedições, art. 2º, inciso II, e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4 524/2002

De acordo com Termo Complementar à Descrição dos Fatos (fls 11/53), verifica-se o seguinte.

O interessado não se encontra em atividade no endereço constante de seu cadastro de CNPJ, constatado através de várias visitas ao local (Rua Visconde do Rio Branco, nº 305 – sala 605 – Centro – Niterói/RJ)

Em 07/10/2005, foi enviado, por via postal, o Termo de Início de Ação Fiscal para o endereço do interessado e para os sócios, intimando-os a apresentar, dentre outros, os Livros contábeis (Diário e Razão) e fiscais e os extratos bancários. Tendo em vista o não atendimento ao referido Termo, foi expedido, em 05/12/2005, o Edital de Intimação nº 139, solicitando os mesmos elementos.

Em 16/01/2006, o interessado solicitou prorrogação de prazo, por mais 30 (trinta) dias, para cumprimento do solicitado.

Em 13/02/2006, o interessado apresentou cópias de suas solicitações feitas aos bancos, para atendimento à fiscalização.

Em 14/03/2006, foi expedido Termo de Reintimação Fiscal solicitando, novamente, a apresentação dos livros contábeis e fiscais, bem como dos extratos bancários, não apresentados ainda, apesar da prorrogação de prazo concedida.

O interessado apresentou os extratos bancários de suas contas, abrindo mão de seu sigilo bancário. Sendo assim, a fiscalização lavrou, em 03/07/2006, Termo de Intimação Fiscal, intimando o interessado a comprovar, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, a origem dos recursos vinculados às operações bancárias efetuadas a crédito destas contas correntes.

Em 07/08/2006, o interessado apresentou uma resposta parcial ao Termo de Intimação Fiscal de 03/07/2006, acrescentando, ao lado de algumas parcelas de depósitos bancários da relação anteriormente fornecida pela fiscalização, códigos indicativos de que tais recursos eram provenientes de outras contas bancárias.

Em 01/11/2006, o interessado apresentou a sua resposta ao Termo de Intimação Fiscal de 03/07/2006, através de relação com esclarecimentos codificados, acompanhada de três cópias de contratos de mútuo feneraticio. Foram apresentados, também, 3 (três) Livros Caixa, referentes aos anos-calendário de 2002, 2003 e 2004, elaborados a partir dos extratos bancários, e com os registros referentes aos custos, às despesas e aos demais

gastos feitos de forma resumida, sem especificação individualizada, imprestáveis à finalidade estabelecida pelo art 258, §§ 1º e 5º, do RIR/1999.

Em 21/12/2006, foi lavrado Termo de Ciência e de Continuação de Procedimento Fiscal, no qual a fiscalização constata que não foram apresentados os livros contábeis e fiscais

Em face da grande divergência verificada entre os valores constantes dos extratos bancários apresentados e os declarados em DIRF apresentada pela Fundação Nacional de Saúde/DF (Funasa), correspondente aos meses de março e abril de 2004, foi lavrado, em 21/03/2007, Termo de Intimação Fiscal, solicitando esclarecimentos quanto à forma de recebimento dessa importância, eis que não constava dos extratos bancários anteriormente entregues

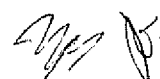
Em 28/03/2007, o interessado apresentou cópias do extrato bancário referentes à conta corrente nº 31 027 994-1, do Banco do Brasil, Ag. 1769-8, onde se encontram registrados os créditos provenientes da Fundação Nacional de Saúde

Sendo assim, a fiscalização relacionou os créditos bancários de origem não comprovada (excluindo os créditos provenientes de outras contas bancárias com a mesma titularidade e outras exclusões), bem como aqueles rendimentos recebidos da Funasa, sequencialmente por data de lançamento, com a finalidade de apuração do crédito tributário por trimestres.

O interessado apresentou em branco as suas Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) referentes aos últimos 9 (nove) exercícios, de 1998 a 2006, não informando quaisquer valores correspondentes a seus custos, despesas, demonstrações de resultado e balanços patrimoniais. Nos exercícios de 2004 (AC 1993) e 2005 (AC 2004) apresentou as DIPJ totalmente em branco, sem apuração de quaisquer receitas. Por tudo isso, restou caracterizada a transgressão do comando contido no art. 71 da Lei nº 4.502/19964, ensejando a aplicação da multa de ofício agravada (art. 44, inciso II, da Lei nº 9 430/1996)

Inconformado, o interessado, em 23/07/2007, apresentou a petição de impugnação de fls. 1.092/1.136, requerendo o cancelamento na integralidade dos lançamentos tributários e o arquivamento do presente processo administrativo e da respectiva Representação Fiscal para Fins Penais, ou, alternativamente, realização de perícia, alegando, em síntese, o seguinte:

. que o presente julgamento deveria ser convertido em diligência, sob pena de nulidade, por preterição do direito de defesa, para que as instituições financeiras fornecessem, para fins de autenticação, os originais das cópias dos extratos bancários de empresas do mesmo grupo, as quais foram apresentadas pelo interessado para provar fatos alegados na impugnação. Alternativamente, com base nos arts. 36 e 37 da Lei nº



9.784/1999, requer que todas as cópias dos extratos bancários das empresas do mesmo grupo econômico, juntadas por ela ao presente processo, sejam autenticadas por Órgão da Administração, confrontando-as com os extratos que estariam acostados em outros processos administrativos

que seria necessária a realização de perícia (art. 18 do Decreto 70.235/1972) para fins de avaliação de provas carreadas ao processo que demonstram a veracidade de suas alegações

Preliminarmente

que desde o mês de janeiro de 1992, o IRPJ está inserido na sistemática do lançamento por homologação, por força da Lei nº 8.383/1991, assim como a CSLL, o Pis e a Cofins

que qualquer tributo (IRPJ, CSLL, Pis e Cofins) que esteja sujeito à sistemática do lançamento por homologação prevista no art. 150 do CTN estará obrigatoriamente submetido à regra do § 4º (5 anos contados da ocorrência do fato gerador). Não se aplica o art. 173 do CTN.

que, uma vez comprovada a ausência de dolo, fraude ou simulação, sendo improcedente a aplicação da multa agravada de 150%, a decadência se deu quanto a todos os fatos geradores verificados no período de 1.1.2002 a 31.3.2002 (primeiro trimestre de 2002), para IRPJ e CSLL, e no período de 01.01.2002 a 31.05.2002, para o Pis e a Cofins, sejam eles relativos aos créditos verificados nas contas-correntes supostamente omitidos (Item 001 do AI) ou mesmo com relação à receita decorrente da prestação de serviços (Item 002 do AI), nos termos do § 4º do art. 150 do CTN.

que, durante o procedimento de fiscalização, logrou demonstrar a origem dos depósitos bancários, mas a fiscalização preferiu efetivar o lançamento sobre todos os depósitos bancários, sem fazer qualquer distinção, chegando ao cúmulo de exigir informações até mesmo sobre depósitos bancários que totalizam R\$ 17.900,00 e que sequer constam nos extratos bancários. Sendo assim, em razão das imprecisões verificadas nos lançamentos, que ferem todo o procedimento administrativo, os autos de infração deveriam ser anulados, pois contrariam o que determina a lei, sobretudo o próprio art. 42, § 3º, inciso I, da Lei nº 9.430/1996, já que impossibilitam sua defesa como um todo, preterindo o seu direito de defesa

Mérito

que sejam cancelados todos os lançamentos tributários efetivados com base nos fictícios depósitos em contas bancárias, que totalizam R\$ 17.900,00.

que a valoração das justificativas dos depósitos bancários fica a cargo da subjetividade da avaliação da fiscalização, que, em inúmeras ocasiões, desconsidera provas idôneas trazidas pelo contribuinte, que devem ser excluídos do lançamento de ofício todos os depósitos bancários justificados por meio de provas idôneas, entendidas estas sob o aspecto meramente objetivo que as provas materiais devem representar



que, em nome da verdade material, devem ser excluídos da base de cálculo dos autos de infração lavrados IRPJ e reflexos todos os créditos bancários decorrentes de empréstimos contraidos pela Impugnante junto a empresas do mesmo grupo empresarial, totalizando R\$ 4.894.071,08

que o sócio gerente da Impugnante possui outras duas sociedades (Brasil Sul Indústria e Comércio Ltda e a Fazenda Nova Modelo Santa Edwiges Ltda), compondo, assim, um grupo econômico; que o Impugnante, por se encontrar em dificuldades financeiras, tomou emprestado diversas vezes dinheiro com essas empresas do grupo, totalizando uma quantia de R\$ 4.894.071,08; para comprovar que tais numerários (depósitos bancários) são oriundos dessas empresas do mesmo grupo juntou contratos de mútuo feneratício e cruzou os depósitos bancários com os dados de contas bancárias dessas empresas; que é indiscutível que contraiu empréstimos com empresas do mesmo grupo, bem como justificou os depósitos bancários como sendo decorrentes de tais contratos de mútuo

que a conduta da fiscalização de considerar esses empréstimos como receita operacional viola o art. 42, caput, da Lei nº 9.430/1996 e o art. 43 do CTN, assim como ferem regras matrizes de incidência das Contribuições Sociais Reflexas, que empréstimo não é fato gerador de IRPJ, nem de CSLL, do Pis e da Cofins, não é receita bruta para fins de cálculo de lucro e muito menos de faturamento, sendo verdadeira ilegalidade e arbitrariedade a sua tributação.

que as empresas do mesmo grupo econômico possuem atividades totalmente diversas da Impugnante, não havendo que se falar em receita operacional. Portanto, ambas as mutuanes não poderiam ser clientes da Impugnante capazes de justificar tais numerários como sendo decorrentes de receita operacional.

que os autos de infração foram lavrados tomando-se por base única e exclusivamente os extratos bancários do Impugnante, o que de modo algum poderia configurar fato gerador de IRPJ e Contribuições Sociais reflexas; a fiscalização não demonstrou a variação patrimonial positiva necessária à incidência do tributo, a fiscalização deveria ter analisado a natureza de cada entrada, separado as cifras já tributadas, bem como os numerários pertencentes a terceiros, o que não ocorreu;

que a fiscalização apoiou-se meramente no art. 42 da Lei nº 9.430/1996 que é uma presunção legal, a qual não pode ser utilizada com o rigor de sua literalidade, que entre o fato conhecido (fato indiciário) e o fato desconhecido (provável) deve haver uma correlação segura e direta; que esta correlação não está presente no art. 42 da Lei nº 9.430/1996, posto que entre os depósitos bancários e a omissão de rendimentos não há correlação lógica direta e segura

cita acórdão do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais que entendem que os depósitos bancários, por si só, não constituem fato gerador de imposto de



renda, pois não caracterizam disponibilidade econômica de renda, cita Súmula nº 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos que afirma que é ilegítimo o lançamento de imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários; cita Decreto-lei nº 2 471/1988, art 9º, inciso VII, que reconhece a improcedência dos lançamentos tributários realizados com base única e exclusivamente em depósitos bancários.

Multa

que é infundada a aplicação da multa de ofício qualificada de 150%, seja pela excessiva onerosidade intrínseca da mesma, bem como pelos amargos efeitos penais que ela representa ao Impugnante.

que a multa de ofício qualificada de 150% deve ser reduzida para 75%, em razão da ausência de individualização dos supostos fatos impositivos aos tipos legais previstos na legislação tributária, pois a fiscalização, ao descrever que a conduta típica da Impugnante seria compatível com o art. 71 da Lei nº 4 502/1964, não indicou qual o comando complementar à definição da conduta, se o previsto no inciso I ou II deste artigo, restando violado o princípio da tipicidade cerrada.

que o art 11 da Lei Complementar nº 95/1998 determina que as disposições normativas serão redigidas com precisão e ordem lógica, e, para a obtenção da ordem lógica, deverão ser promovidas as discriminações e enumerações por meio de incisos, alíneas e itens, que os incisos do art. 71 da Lei nº 4 502/1964 trazem em seu texto os fatos que se busca esconder do conhecimento da autoridade fazendária e que a fiscalização, ao omiti-los, fez uma imputação totalmente desprovida de ordem lógica, impedindo o Impugnante de tomar conhecimento de sua conduta, e de saber do que está sendo acusada, o que cerceia o seu direito de defesa constitucionalmente assegurado.

que a fiscalização não logrou demonstrar os elementos probatórios do dolo ou culpa necessários à aplicação da multa penal

que apresentou seus livros caixas identificando todas as receitas e despesas operacionais, o que foi desprezado pela fiscalização

que, se a Impugnante prestou serviços e faturou nos anos de 2002 a 2004, é óbvio que não poderia estar imbuída de possível intuito de omitir receitas por meio de DCTFs zeradas. Poderia, sim, se pensar em indício de conduta típica, caso a Impugnante o fizesse por meio de Declarações de Inatividade ou não apresentasse declaração alguma, que as declarações zeradas não são suficientes para demonstrar o dolo ou a culpa, cabe à fiscalização trazer provas cabais da ilicitude penal e não meras suposições.

que o parco relato da conduta típica, as conclusões baseadas em meras suposições e a total ausência de provas quanto à infração, dão azo à total improcedência da aplicação da multa de ofício qualificada de 150%, devendo a mesma ser convertida



para multa ordinária de 75%, devendo, ainda, ser cancelada a Representação Fiscal para Fins Penais.

Juros – Taxa Selic

, que o art 13 da Lei nº 9 065/1995 é flagrantemente inconstitucional.

que os juros moratórios calculados com base na taxa Selic fere o preceituado no art. 161, § 1º, do CTN e no art 192, § 3º, da Constituição Federal/1988

cita decisão proferida pelo STJ que reconheceu inconstitucional a aplicação da taxa Selic em matéria tributária

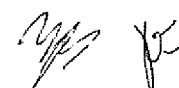
A DRJ decidiu conforme ementa:

“DILIGÊNCIA AUTENTICAÇÃO DE CÓPIAS JUNTADAS NA IMPUGNAÇÃO. DESNECESSIDADE INDEFERIMENTO. As cópias de documentos juntadas pelo interessado na peça impugnatória gozam de presunção de veracidade e serão apreciadas por esta autoridade julgadora, sendo desnecessária a realização de diligência, não havendo que se falar em nulidade processual por preterição do direito de defesa

PERÍCIA. DESNECESSIDADE. INDEFERIMENTO. Deve ser indeferida a perícia que é desnecessária, tendo em vista que para comprovar os fatos alegados na impugnação, bastaria a juntada, aos autos, da documentação comprobatória, nos termos do art 15 do Decreto nº 70.235/1972. Além disso, uma perícia só se justifica, quando haja controvérsia que demande um exame técnico especializado, o que, data venia, não é o caso do presente processo. Por fim, cabe registrar que a documentação confida nos autos é suficiente para formar a convicção da autoridade julgadora

PRELIMINAR NULIDADE IMPRECISÃO NO LANÇAMENTO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA INOCORRÊNCIA. Descabe a alegação de nulidade, não tendo havido, portanto, qualquer cerceamento do direito de defesa, uma vez que o auto de infração foi formalizado em estrita observância aos requisitos legais previstos no art. 142 do Código Tributário Nacional e no art. 10 do Decreto nº 70.235/1972, não tendo havido ofensa ao disposto no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972. Além disso, a minuciosa e detalhada impugnação apresentada pelo interessado, contra as imputações que lhe foram feitas, prova cabalmente que não houve cerceamento do direito de defesa

DECADÊNCIA DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO ARTIGO 173, INCISO I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. Nos lançamentos por homologação, o direito de constituir o crédito tributário decai após decorridos 5 (cinco) anos a partir da ocorrência do fato gerador, exceto nas hipóteses que ocorram dolo, fraude ou simulação, cujo prazo passa a ser de 5 (cinco) anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte



àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme dispõe o artigo 173, inciso I, do CTN

ARBITRAMENTO LIVROS CONTÁBEIS E FISCAIS FALTA DE APRESENTAÇÃO CABIMENTO Uma vez que o interessado, mesmo intimado, não apresentou os livros contábeis e fiscais, cabível o arbitramento do lucro

OMISSÃO DE RECEITAS DEPÓSITOS BANCÁRIOS. Caracterizam-se omissão de receitas ou de rendimentos os valores creditados em contas de depósito ou de investimento mantidas junto às instituições financeiras, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações

DEPÓSITOS BANCÁRIOS EMPRÉSTIMOS ENTRE EMPRESAS DO MESMO GRUPO FALTA DE COMPROVAÇÃO. A mera apresentação de extratos bancários das empresas do mesmo grupo econômico demonstrando saídas de recursos na mesma data em que estes estão sendo creditados nas contas bancárias do interessado, juntamente com contratos de mútuo feneraticio, não são suficientes para comprovar que a origem dos recursos sejam empréstimos, uma vez que (a) os contratos não fazem menção aos valores que serão emprestados, não sendo possível, assim, vinculá-los às origens dos recursos, que poderiam ser, não de empréstimos, mas sim de receitas de prestação de serviços, (b) não foram apresentados livros contábeis que poderiam comprovar a contabilização dos recursos como mútuo, (c) os contratos são entre empresas do mesmo grupo econômico, assinados pela mesma pessoa e não estão registrados, (d) por fim, o interessado consta em todos os contratos como MUTUANTE (supridora dos recursos) e não como MUTUÁRIA (tomadora dos recursos), ou seja, se o interessado é o mutuante, tais valores estariam sendo debitados de sua conta bancária e não creditados

MATÉRIA TRIBUTÁVEL LEVANTAMENTO FISCAL EQUÍVOCO INCLUSÃO DE DEPÓSITO INEXISTENTE. RETIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO CABIMENTO. Uma vez constatado que ocorreu um equívoco no levantamento fiscal que apurou a matéria tributável, já que foi incluído indevidamente um depósito inexistente no extrato bancário, impõe-se a retificação da base de cálculo

Assunto. Outros Tributos ou Contribuições

Ano-calendário. 2002, 2003, 2004

Programa de Integração Social - Pis

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Contribuição p/ Financiamento da Seguridade Social - Cofins

DECADÊNCIA INOCORRÊNCIA O art 45, caput e inciso I, da Lei nº 8 212, de 24 de julho de 1991, reza que o direito de constituir o crédito tributário extingue-se somente após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em



que o crédito poderia ter sido constituído. Ressalte-se que, ainda que se considere o prazo de 5 (cinco) anos previsto no CTN, não há decadência, já que nas hipóteses em que ocorram dolo, fraude ou simulação, o prazo de 5 (cinco) anos é contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme dispõe o artigo 173, inciso I, do CTN.

PIS/CSLL/COFINS DECORRÊNCIA Subsistindo em parte as matérias fáticas que ensejaram o lançamento matriz (IRPJ), igual sorte colhem os autos de infração lavrados por mera decorrência, tendo em vista o nexo causal existente entre eles.

MULTA DE OFÍCIO

MULTA AGRAVADA 150% (CENTO E CINQUENTA POR CENTO) CONDUTA REITERADA. CABIMENTO A conduta reiterada do interessado de apresentar ao Fisco as suas Declarações de Informações Econômico-Fiscais (DIPJ's) em branco, durante anos consecutivos, denota o elemento subjetivo da prática dolosa e enseja a aplicação de multa agravada de 150% (cento e cinquenta por cento), de que trata o art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/1996, pela ocorrência de sonegação prevista no art. 71 da Lei nº 4.502/1964

JUROS DE MORA

JUROS DE MORA TAXA SELIC. O art. 61, caput e § 3º, c/c art. 5º, § 3º, da Lei nº 9.430/1996, que estabelecem a aplicação de juros moratórios com base na taxa Selic para os débitos tributários não pagos até o vencimento, estão plenamente em vigor no ordenamento jurídico, devendo, portanto, ser aplicados

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS FALTA DE COMPETÊNCIA As autoridades administrativas, incluídas as que julgam litígios fiscais, não têm competência para decidir sobre arguição de inconstitucionalidade de lei, já que tal competência está adstrita à esfera judicial."

A contribuinte, ora recorrente, alega fl.2.110/2.159:

PRELIMINARES

A NULIDADE DA INTIMAÇÃO DA RECORRENTE E A TEMPESTIVIDADE DO PRESENTE RECURSO VOLUNTÁRIO

A intimação do acórdão datado de 22 de agosto de 2007, primeiramente, não teria sido encaminhada ao procurador da contribuinte, conforme pedido na impugnação, foi inclusive objeto de edital. Somente em 21/12/2007, que em visita do advogado a DRF em Niterói que teve ciência. A Delegada Adjunta atendendo pedido estabeleceu a data de 21/12/2007 como sendo a data da intimação.



DA DECADÊNCIA

O IRPJ desde 1992 foi inserido na sistemática de lançamento por homologação, devendo prevalecer à regra o art. 150 do CTN. Assim, para os períodos de 01/01/2002 até 31/05/2002 já teria ocorrido a decadência. Da mesma forma para a CSLL, o PIS e a COFINS. Observando que o IRPJ, como a CSLL possuem fato gerador trimestral, e o PIS e a COFINS fato gerador mensal. Assim, para o PIS e a Cofins teria alcançado a decadência entre 01/01/2002 até 31/05/2002.

A NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR IMPRECISÃO NO LANÇAMENTO E A PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA

Os lançamentos teriam sido imprecisos, impossibilitando a sua defesa como um todo e, com isso, a preterição do seu direito de defesa. As imprecisões do procedimento administrativo (que teria lançado tudo) ferem todo o procedimento administrativo, e os autos deveriam ser anulados.

O ASPECTO MATERIAL DA REGRA MATRIZ DA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA E DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS REFLEXAS NOS CASOS DE ARBITRAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS

A recorrente defende que deve ser excluído do presente auto de infração os lançamentos tributários baseados em depósitos bancários decorrentes de empréstimos tomados junto a empresas do mesmo grupo;

A NÃO INCIDÊNCIA DO IRPJ E DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS REFLEXAS SOBRE OS EMPRÉSTIMOS ENTRE A RECORRENTE E DEMAIS EMPRESAS DO GRUPO ECONÔMICO

Por se encontrar em dificuldades financeiras a recorrente tomou empréstimos diversas vezes em dinheiro com as empresas do grupo, totalizando a quantia de R\$ 4.894.071,08, seria um dinheiro mais barato.

A recorrente teve todos os valores creditados em suas contas bancárias decorrentes desses empréstimos considerados como receita operacional. Esta conduta teria violado o art. 42 da Lei n.º 9.430/1996.

A incidência sobre o IRPJ fere o art. 43 do CTN, e sobre as contribuições reflexas fere a regra matriz de incidência, pois, os empréstimos não podem ser considerados faturamento.

As outras empresas do grupo possuem atividade totalmente diversa da recorrente, não havendo que se falar em caso de receita operacional, pois, não poderiam ser clientes da recorrente as mutuantes.

A VEDAÇÃO DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO COM BASE APENAS EM EXTRATOS BANCÁRIOS

O auto foi lavrado tomando-se por base única e exclusivamente os extratos bancários da recorrente. A mera existência de valores em conta corrente não é fator suficiente para justificar a incidência do IRPJ.



A presunção legal não pode ser usada com o rigor da literalidade. A presunção seria uma prova indireta.

A movimentação bancária não corporifica fato imponible do IRPJ. Depósito bancário é estoque e não fluxo, e não sendo fluxo não tipifica renda. Tal autuação deveria ter demonstrado a variação patrimonial da recorrente.

Cita a Súmula n.º 182 do Tribunal federal de Recursos.

INFUNDADA APLICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA DE 150% - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE CERRADA E AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO

A fiscalização não teria identificado qual inciso I ou II do art. 71 da lei n.º 4.502/1964, o que impossibilitou a defesa.

Não teria demonstrado onde estaria o dolo e a culpa. Afirmando que o fato das DCTF estarem com valores inferiores ao que entende devidos seria suficiente para caracterizar a multa qualificada.

Poderia se pensar em indício de conduta típica caso a recorrente apresentasse declaração de inativa ou não apresentasse declaração alguma, não as DCTF zeradas.

As receitas nos períodos de 2002 a 2004 e as DCTF zeradas não são elementos suficientes para demonstrar dolo ou culpa da recorrente. Assim, requer a diminuição da multa para o patamar de 75%.

A VEDAÇÃO DA TAXA SELIC COMO ÍNDICE DE JUROS

A Selic não pode ser utilizada como taxa de juros sobre tributos não pagos na data de seu vencimento.

PERÍCIA

Pede prova pericial para provar a origem dos empréstimos, bem como a ausência de renda consumida pela requerente. Indicou o perito e enumerou os quesitos.

É o relatório.




Voto

Conselheiro Mário Sérgio Fernandes Barroso, Relator

De acordo com o despacho de fl. 2.106/2.107, que entendeu ciente o procurador na data de 21/12/2007 (sexta feira) só começando a contar no dia 26 de dezembro, como o recurso foi recebido em 21/01/2008, entendo tempestivo, motivo pelo qual dela tomo conhecimento para exame das razões trazidas pelo sujeito passivo.

DA DECADÊNCIA

Com o deslocamento do prazo de decadência para o inciso I do art. 173 do CTN, devido a os ato terem tido caráter doloso. Percebo que não temos decadência para o primeiro trimestre de 2002 para o IRPJ e a CSLL (o trimestre mais antigo), que começaria a contar o prazo em 01/07/2002, terminando em 30/06/2007, como o lançamento foi cientificado em 25/06/2007, logo, não estaria, pois decaído.

Quanto ao PIS e a Cofins, também usando o inciso I do art. 173, entendo ter havido decadência para os fatos geradores até 30/04/2002, pois, para o fato gerador de 30/04/2002, começaria a contar a decadência em 01/06/2002, e terminaria em 31/05/2007, como a ciência foi em 25/06/2007, estaria, pois, decaído este fato gerador e os mais antigos.

A NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR IMPRECISÃO NO LANÇAMENTO E A PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA

Primeiramente a fiscalização não lançara todos os depósitos, basta comparar a lista de depósitos bancários encaminhada fl. 1.006/1.022 e 1.026/1.042 e a lista dos depósitos do auto de infração fl. 18/38 para verificar diversas exclusões, como por exemplo, depósitos bancários de mesma titularidade. Quanto aos demais a recorrente não teria comprovado com documentação hábil.

Assim, não teria havido imprecisão no lançamento, tanto é que a recorrente tanto na impugnação quanto no recurso se defendeu com detalhes, entendendo perfeitamente o ocorrido. Assim, não cabe razão a alegação de preterição do direito de defesa.

O ASPECTO MATERIAL DA REGRA MATRIZ DA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA E DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS REFLEXAS NOS CASOS DE ARBITRAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. A NÃO INCIDÊNCIA DO IRPJ E DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS REFLEXAS SOBRE OS EMPRÉSTIMOS ENTRE A RECORRENTE E DEMAIS EMPRESAS DO GRUPO ECONÔMICO

Em análise do contrato de Mútuo Feneraticio, observo que a mutuante é a própria contribuinte, assim, este contrato não provaria as entradas nas contas da contribuinte, haja vista, que a mutuante é a que empresta. Aliás, a recorrente afirma que se encontrava em dificuldades financeiras, contudo emprestou as outras empresas do grupo. Poderia alguém pensar que a empresa antes emprestara e os depósitos dos autos seriam os retornos, contudo, neste caso precisaria a recorrente comprovar as saídas, coisa não feita, aliás, como dito antes



nem alegada, já que a tese da defesa era que a empresa se encontrava em dificuldades financeiras, por isso os “empréstimos”, ademais, de acordo com o contrato as mutuárias só começariam a pagar em 2.010.

Quanto à alegação das outras empresas possuírem atividades diversas, não havendo de se falar em receita operacional, argumento fraco, ate porque, a Brasil Sul Comércio LTDA, de contrato social de fl. 1.251/1.254 possui, ao contrário do que afirma a recorrente, diversas atividades inclusive prestação de serviços com sessão e mão de obra. A outra empresa, contrato social de fl. 1.255/1.258, também possui diversas atividades. A recorrente, por sua vez, contrato social fl. 1.140/1.142 presta serviços de consultoria, projetos e construções em várias áreas. Assim, perfeitamente possível de se ter, ao contrário do que afirma a recorrente, receita operacional com as empresas citadas.

Assim, não restou provado que os depósitos seriam decorrentes de mútuo.

Assim, não está ilidida a omissão de receitas.

Quanto à metodologia de apuração do lucro arbitrado utilizado pelo Auditor-Fiscal. A opção pelo arbitramento do lucro está perfeitamente justificada pela **não apresentação dos livros e documentos solicitados (fl. 358/360, 366, 424, 1.023/1.024)**, haja vista o disposto no art. 47, inciso III da Lei nº 8.981/95, que assim dispõe:

“Art. 47 O lucro da pessoa jurídica será arbitrado quando

“I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real ou submetido ao regime de tributação de que trata o Decreto-Lei nº 2.397, de 1987, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal,

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraude ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária, ou

b) determinar o lucro real.

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o livro Caixa, na hipótese de que trata o art. 45, parágrafo único,”

A VEDAÇÃO DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO COM BASE APENAS EM EXTRATOS BANCÁRIOS

Quanto à omissão de receitas, seu lançamento baseou-se na Lei nº 9.430, de 1996, art. 42, que diz:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou 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

A Súmula nº 182 do TFR é anterior à citada lei, não se aplicando após sua edição.

A despeito da opinião contrária da impugnante, trata-se de uma **presunção legal** de que os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, não comprovados com documentação hábil e idônea, constituem receita omitida.

Em relação às presunções de omissão de receita, destaca-se que essas são classificadas pela doutrina como espécies de provas indiretas. A doutrina do Direito Tributário identifica duas espécies distintas: as legais e as simples (comuns). As presunções legais se subdividem em absolutas (*jure et de jure*) e relativas (*jures tantum*). As presunções absolutas não admitem prova em contrário ao fato presumido, já as relativas admitem prova contrária, **reputando-se verdadeiro o fato presumido até que a parte interessada prove o contrário**.

As presunções legais relativas provocam a chamada “inversão do ônus da prova”, cabendo ao contribuinte provar que o Fisco está equivocado. A falta de adequada comprovação impede o acolhimento do pleito, este é o entendimento expresso pelo Código de Processo Civil, art. 333, II.

A comprovação da origem dos valores depositados em conta-corrente bancária deve ser detalhada, coincidente em data e valores. Deve ficar claro que o numerário teve origem em valores já tributados pela empresa ou em valores não tributáveis ou tributáveis exclusivamente na fonte.

No caso presente, a fiscalização intimou a empresa a esclarecer e comprovar adequadamente a origem dos recursos depositados em suas contas-corrente, incompatíveis com suas receitas declaradas. Ficou bastante claro no processo que não restou comprovada essa origem durante a ação fiscal. Portanto, a materialidade do fato gerador ficou comprovada.

Assim descabido qualquer questionamento acerca da possibilidade de utilização dos valores dos depósitos como base de cálculo dos tributos lançados.

INFUNDADA APLICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA DE 150% - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE CERRADA E AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO

A justificativa da fiscalização para a qualificação esta nas fl. 51/52 (Termo Complementar à Descrição dos fatos, anexo do auto de infração) e foi:

A fiscalizada apresentou em branco as suas Declarações de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) referentes aos últimos nove exercícios de 1998 a 2006;

Apresentara DCTF com valores irrisórios e pagou-os, demonstrando conhecimento dos sistemas da SRF, pois, assim, constaria como boa contribuinte;

Assim, resta claro que a conduta da contribuinte foi reiterada, pois durante, anos apresentou declarações zeradas ou irrisórias visando ludibriar a fazenda pública.



O fato de a fiscalização não indicar o inciso I ou II do art. 71 da Lei nº 4.502/1964, não caracteriza cerceamento, pois, a descrição foi muito clara, suprimindo esta ausência.

Assim, concluo que a prática reiterada de omissão caracteriza o intuito doloso, devendo assim, ser mantida a multa qualificada, a assim, deslocado a decadência para o art. 173 do CTN.

A VEDAÇÃO DA TAXA SELIC COMO ÍNDICE DE JUROS

Quanto a SELIC:

“Súmula 1ª 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”

Dessa forma, não se pode discutir a taxa Selic a nível administrativo.

PERÍCIA

Quanto ao pedido de perícia, entendo desnecessário, haja vista que nos autos estão todos os documentos necessários para o deslinde da questão.

Quanto ao PIS, CSLL e Cofins, trata-se de mera decorrência dos fatos apurados nos autos de infração do IRPJ, por isso, também devem ser mantidos.

Em face do exposto, rejeitar a preliminar de nulidade, acato a decadência para o PIS e a Cofins até os fatos geradores de 30/04/2002, e no mérito, nego provimento ao recurso.


MÁRIO SÉRGIO FERNANDES BARROSO

FE