



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

Processo nº 15540.000083/2007-81
Recurso nº 163.964
Resolução nº **1401-00.062 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 28 de janeiro de 2011
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente COMERCIAL ALPHATEC LTDA E FAZENDA NACIONAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por maioria de votos, em converter o julgamento em diligência para verificar a existência de pagamento, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Luciano Inocêncio dos Santos e Maurício Pereira Faro, que entenderam ser desnecessária. Ausentes momentaneamente os Conselheiros Alexandre Antonio Alkmim Teixeira e Karem Jureidini Dias.

(assinado digitalmente)
Viviane Vidal Wagner – Presidente

(assinado digitalmente)
Eduardo Martins Neiva Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Viviane Vidal Wagner, Luciano Inocêncio dos Santos, Antonio Bezerra Neto, Maurício Pereira Faro e Eduardo Martins Neiva Monteiro.

Relatório

Trata-se de autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, anos-calendário 2002 e 2003, no valor originário total de R\$9.270.053,71 (nove milhões, duzentos e setenta mil, cinquenta e três reais e setenta e um centavos), sobre o qual incidem juros de mora e multa de ofício, aplicada no percentual de 75%, com ciência efetivada em **13/07/07 (fl.1.908)**.

No “**Termo de Constatação e Intimação**” (fls.09/15), relatou-se em resumo:

- a) o contribuinte foi intimado, em 25/04/06, a apresentar os livros Caixa, Diário, Razão, Registro de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências e Registro de Inventário, contrato/estatuto social e suas alterações, e extratos bancários de contas-correntes e de aplicações financeiras; tendo sido novamente intimado em mais de uma oportunidade (20/06/06, 15/08/06 e 29/09/06);
- b) em 27/11/06 foram apresentados extratos de contas-correntes mantidas no Bradesco, Banco do Brasil e Banco Safra;
- c) em 01/06/07 houve nova intimação para que o contribuinte apresentasse os livros e documentos outrora solicitados, desta feita com a observação de que a falta ensejaria o arbitramento dos lucros;
- d) durante o procedimento fiscal, fornecedores encaminharam à fiscalização notas fiscais das vendas efetuadas ao fiscalizado;
- e) foram acostados aos autos declarações de importação “...a fim de servir de elemento de prova suplementar aos efetivos dispêndios com as importações, vez que registradas pela importadora como realizadas por conta da fiscalizada”;
- f) os documentos solicitados desde o início da fiscalização não foram apresentados;
- g) o contribuinte e seus representantes foram intimados, sem sucesso, a se pronunciar acerca das notas fiscais obtidas perante os seus fornecedores e sobre depósitos bancários em suas contas-correntes, nos seguintes termos:

"4.1- Identificação dos recursos utilizados para efetuar os pagamentos relativos às compras individualizadas no ANEXO A (ano-calendário 2002), conforme descrito no item 1, devendo ser comprovadas, através de documentação hábil e idônea, assim como de escrituração contábil e fiscal de suporte, as origens dos recursos utilizados para tais pagamentos;

4.2- Identificação das origens dos recursos relativos aos lançamentos a crédito individualizados no ANEXO B (ano-calendário 2003), conforme descrito no item 2, devendo ser, ainda, as referidas origens comprovadas, através de documentação hábil e idônea, assim como deverão estar acompanhadas de escrituração contábil e fiscal de suporte;"

- h) foi realizado o arbitramento dos lucros.

De acordo com relatório do acórdão proferido em **primeira instância**:

"(...) 4 - Ao impugnar as exigências, fls. 1915/1954 e documentos de fls. 1955/2035, o interessado alega, em síntese, que:

- é nula a autuação por falta de validade da intimação. O contador não dispõe de poderes de representação, como também não foi promovida a intimação da sócia majoritária, Dillard Overseas Corp.;

- o Decreto nº 70.235/1972 determina a intimação por edital quando um dos meios previstos, intimação pessoal, por via postal ou por meio eletrônico resultar inútil. A citação por edital não foi promovida pela fiscalização;

- decaíram as exigências do IRPJ, para os períodos findos em junho/2002, visto que os lançamentos foram efetuados em 9/7/2007,

mais de cinco anos após a ocorrência dos fatos geradores. As tributações reflexas do Pis, da Cofins e da CSLL não subsistem, posto que acessórias à tributação principal;

- a movimentação bancária do período de 2003 encontra óbice intransponível, posto que a autuação considera como receitas omitidas valores transferidos entre contas de mesma titularidade, tributando-os de forma dupla. Apresenta às fls. 1928/1931 os valores das transferências bancárias não excluídas na autuação;

- não há nos autos qualquer registro hábil e idôneo que comprove a omissão de receita operacional, uma vez que sequer houve prova quanto ao faturamento das alegadas aquisições de mercadorias. A omissão de receita operacional só seria passível de presunção se houvesse demonstrativo contábil ou fiscal indicando a falta de recursos para fazer frente ao pagamento das aquisições de mercadorias e insumos;

- há compras realizadas para pagamento em 180 dias, como é o caso de mercadorias importadas, como também há casos de compras canceladas e as não entregues. Ademais, a falta de escrituração de compras não autoriza a presunção de omissão de receita, pois compras são despesas, jamais receitas;

- a fiscalização afastou-se do princípio da verdade real ao adotar o critério de amostragem, no exame de 70% dos créditos bancários. O ordenamento jurídico e a jurisprudência repudiam este método, por desrespeito ao princípio da verdade real;

- a mera amostragem de compras e a presunção de omissão de receita derivada de depósitos bancários não autorizam o arbitramento do lucro;

- a presunção legal prevista no art. 42 da Lei 9.430/1996 exige a correlação segura e direta entre o fato indiciário e o fato provável, sendo imprescindível que não haja quaisquer dúvidas na correlação;

- a simples movimentação financeira não autoriza a presunção de que tais valores tratam-se de receitas;

- o Pis e a Cofins são despesas operacionais, para as quais aplica-se o art. 57 da Lei 8981/1995 c/c o art. 2º da Lei 7689/1988, ou seja, estas contribuições podem ser deduzidas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL;

- em recente decisão o STF julgou inconstitucional a ampliação da base de cálculo do Pis e da Cofins através da Lei 9718/1998, por erro de forma e do seu fundamento de validade. Desta decisão, está invalidada a alteração da alíquota da Cofins de 2% para 3% e também a ampliação da base de cálculo do Pis;

- a multa máxima a ser aplicada é de 50%, nos termos do art. 44, II, da Lei 9430/1996, e somente sobre o valor do diferencial da alíquota;

- é inadequada a aplicação da taxa Selic, por ser inconstitucional. O correto seria a aplicação da taxa de juros de 1% ao mês, acrescida da correção monetária;

- a fiscalização não concedeu prazo para apresentação dos documentos, requerido pelo contador, caracterizando cerceamento do direito de defesa.”

A Segunda Turma da DRJ – Rio de Janeiro I considerou **procedentes em parte** os lançamentos, tendo recorrido de ofício, valendo-se das seguintes razões para reduzir o crédito tributário constituído: (a) **decadência** do IRPJ (1º e 2º trimestres de 2002); (b) exclusão, das bases de cálculo, dos valores das compras a respeito das quais a fiscalização não teria comprovado os respectivos pagamentos; e (c) exclusão, das bases de cálculo, das transferências bancárias não excluídas pela fiscalização.

No **Recurso Voluntário** (fls.2.099/2.128) interposto tempestivamente, o recorrente reitera os termos da impugnação e alega, em síntese:

a) **nullidade** da autuação, por prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, em razão de não ter havido válida intimação sobre os Termos lavrados pela fiscalização. O Sr. Celso da Silva, contador, não dispunha de poderes de representação e a sócia majoritária DILLARD OVERSEAS CORP. deixara de ser intimada. A “*citação*” por edital, requisito imprescindível para a válida instauração do processo administrativo, não teria sido promovida. A própria lei que instituiu a presunção legal de omissão de receitas, art.42 da Lei nº 9.430/96, determinaria a regular intimação do contribuinte;

b) **nullidade** da autuação, em razão da consideração indevida, nas bases de cálculo, das transferências bancárias;

c) decadência da CSLL (1º e 2º trimestres de 2002), que também levaria à **nullidade** de todo o procedimento, conforme artigos 150, §4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional;

d) a autuação pautada exclusivamente em depósitos bancários desautorizaria a presunção de omissão de receitas. A simples movimentação financeira não permitiria a sua aplicação, consoante julgados administrativos. O extinto Tribunal Federal de Recursos, por meio da Súmula 182 consolidara ser ilegítimo o lançamento com base em extratos ou depósitos bancários. A metodologia de fiscalização por amostragem não poderia ser aceita por ferir o princípio da verdade real. O lançamento apenas seria aceito caso houvesse nexos causal entre a omissão de rendas e o fato gerador da obrigação tributária;

e) de acordo com decisões do extinto Conselho de Contribuintes, a presunção baseada no registro de compras não poderia sustentar as autuações;

f) a fiscalização não teria comprovado a omissão de receitas nem a obtenção de lucro. No caso das compras, apenas representam receitas quando as mercadorias são vendidas, sendo que somente após a dedução dos pagamentos aos fornecedores é que se apura o resultado passível de tributação;

g) em razão de a autuação do IRPJ não subsistir, vez que foi lastreada em apuração indireta, pautada em presunção, as exigências reflexas também não encontrariam elementos probatórios próprios;

h) o PIS e a COFINS seriam despesas operacionais, para as quais se aplicaria o art.57 da Lei nº 8.981/95 c/c art.2º da Lei nº 7.689/88, podendo ser deduzidas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL;

i) nos termos da Súmula nº 14 do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes, a multa de 75% deveria ser excluída ou, no máximo, ser aplicada no percentual de 50%, como prevê o art.44, II, da Lei nº 9.430/96;

j) inadequação da aplicação da taxa SELIC, vez que o correto seria a aplicação de juros a 1% ao mês, acrescida da correção monetária.

É o que importa relatar.

Voto

Conselheiro Eduardo Martins Neiva Monteiro, Relator.

De acordo com a decisão de primeira instância, na contagem do prazo decadencial não se averiguou sobre a existência de recolhimentos relacionados ao 1º e 2º trimestres de 2002, tendo sido aplicado o art.150, 4º, do Código Tributário Nacional. *In verbis*:

“ (...) 22 - A legislação determina que em se tratando de IRPJ, o tributo seja recolhido sem o prévio exame da autoridade administrativa. Assim, estamos diante da modalidade de lançamento por homologação, cujo prazo para lançamento extingue-se em 5 anos, a contar do fato gerador, exceto nos casos da ocorrência de dolo, fraude ou simulação, conforme disposto no art. 150, §4º, do CTN.

23 - Portanto, como o lançamento de IRPJ foi cientificado em 13/7/2007 (fl. 1910), há que se declarar a decadência para este tributo, cujo lançamento incidiu sobre os 1º e 2º trimestres de 2002.”

Dos demais documentos do processo também não é possível extrair tal informação, mas tão-somente que houve apuração de IRPJ e CSLL a pagar (1º trimestre/2002) e de PIS/COFINS a pagar (janeiro a junho/2002) (fls.82 e ss.).

Considerando que a existência ou não de recolhimentos, na hipótese dos autos, é relevante à decisão de qual regra aplicar na contagem do prazo decadencial, faz-se necessário, como medida de cautela a fornecer elementos seguros de convencimento, checar tal fato.

Pelo exposto, VOTO no sentido de **converter o julgamento em diligência**, para que a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Niterói (RJ):

- a) verifique, nos sistemas informatizados ou perante o contribuinte, se houve recolhimentos relacionados aos seguintes tributos e períodos: IRPJ e CSLL (1º e 2º trimestres de 2002); PIS e Cofins (meses de janeiro a junho/2002); devendo as respectivas confirmações serem anexadas aos autos.
- b) adote medidas outras que entender pertinentes à concretização da diligência;
- c) descreva, em relatório circunstanciado, as providências adotadas;
- d) cientifique o interessado do inteiro teor do resultado da diligência para, se assim o desejar, aditar o recurso voluntário no prazo de 30 (trinta) dias, findo o qual, o processo deverá ser devolvido ao CARF para julgamento.

(assinado digitalmente)
Eduardo Martins Neiva Monteiro