



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

Processo nº 15563.000715/2007-49
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-002.341 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de agosto de 2017
Matéria IRPJ E REFLEXOS
Recorrente COBRAL COMÉRCIO BEIRA RIO ALIMENTOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004

Ementa:

INTEMPESTIVIDADE. INTIMAÇÃO REGULAR. VIA POSTAL. DOMICÍLIO FISCAL. RECURSO NÃO CONHECIDO.

Considera-se intimado o Contribuinte por via postal na data do recebimento da intimação, no seu domicílio fiscal. Constatado o esgotamento do prazo legal antes da interposição do Recurso Voluntário, tal apelo não deve ser conhecido.

SÚMULA CARF Nº 9:

É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer o recurso voluntário por ser intempestivo, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente Substituta.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa (Relator), Paulo Henrique Silva Figueiredo, Rogerio Aparecido Gil, Julio Lima Souza Martins (Suplente Convocado), Gustavo Guimarães da Fonseca e Ester Marques Lins de Sousa (Presidente-Substituta). Ausentes, justificadamente os conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado e Carlos Cesar Candal Moreira Filho.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário a respeito da decisão da 8ª Turma da DRJ do Rio de Janeiro I que julgou parcialmente procedente a impugnação da contribuinte. Vejamos um breve relato do processo.

1 – DA AUTUAÇÃO

Em decorrência de ação fiscal levada a efeito pela DRF Nova Iguaçu/RJ, foram lavrados os Autos de Infração, decorrentes do MPF 0710300/00059/06, relativos ao Imposto de Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ (fl. 197/202), no valor de R\$ 1.034.019,94, à Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS (fl. 203/206), no valor de R\$ 283.328,63, à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS (fl. 207/210), no valor de R\$ 1.307.670,79 e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fl. 211/214), no valor de R\$ 470.761,48, montantes estes acrescidos de multa de ofício de 150% e juros de mora.

De acordo com o Termo de Verificação (fl. 186/196), o procedimento de fiscalização ocorreu do seguinte modo:

- Em atendimento ao Termo de Início de Fiscalização lavrado em 09/02/2006 (fl. 05), a interessada, através do procurador Sr. Paulo Renato Silva da Conceição, apresentou somente cópias do Contrato Social e da primeira alteração e cópias de requisições de extratos bancários para os bancos Safra e Unibanco, bem como solicitou dilação de prazo para concluir o atendimento (fl. 06/15);

- Reintimado em 08/03/2006 (fl. 16), a interessada, representada pelo mesmo procurador, apresentou cópia da segunda alteração contratual que modificou o quadro societário da empresa, solicitando ampliação do prazo para o atendimento (fl. 17/22) e, em 10/05/2006, esclareceu que estaria com dificuldade para atender às intimações, pedindo, novamente, dilação do prazo para atendimento;

- Tendo em vista o não atendimento das exigências ligadas à sua movimentação financeira, a fiscalização solicitou a emissão de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) para as seguintes instituições financeiras: Banco Unibanco S/A, Banco Safra S/A, Banco Itaú S/A e Banco Bradesco S/A;

- Após o tratamento analítico dos extratos bancários obtidos, a fiscalização elaborou a “Relação dos créditos lançados em c/c cuja origem deverá ser comprovada”, que elenca, por estabelecimento bancário, os créditos efetivados nas contas-correntes da empresa, já desconsideradas as transferências interbancárias de mesma titularidade;

- Em 31/08/2006, a interessada foi intimada a esclarecer e comprovar a origem dos recursos que ingressaram nas contas-correntes de sua titularidade durante o ano-calendário de 2004 constante da Relação anteriormente citada, a qual seguiu anexa ao termo (fl. 29/79);

- Novamente intimada (fl. 80), em 27/09/2006, nada apresentou;

- Desta forma, restaram incomprovadas as origens dos depósitos bancários, incompatíveis com a declaração apresentada, permitindo a presunção de omissão de receitas, em diversos períodos de apuração do ano-calendário de 2004;

- Verifica-se, ainda, que ocorreu a utilização de terceiros, interpostas pessoas, aproveitadas na qualidade de sócios de direito, com o objetivo de eximir de suas responsabilidades os verdadeiros gestores dos negócios perpetrados;

- Tal entendimento decorre: (i) da seqüência de alterações contratuais provocadas por constantes modificações no quadro societário e (ii) da manutenção de seus procuradores, apesar das mesmas diversas alterações no quadro societário da empresa;

- Demonstra-se, a seguir, as referidas modificações do quadro societário:

Sócio	CPF	Entrada	Saída	Custo Cotas
Antonio Carlos Guião da Silva	592.810.737-49	07/05/2003	28/05/2004	R\$50.000,00
Carlos Henrique Motta Macedo	003.182.377-76	07/05/2003	28/05/2004	R\$50.000,00
Adilson Alfredo Botelho	106.941.967-20	28/05/2004	17/03/2006	R\$50.000,00
Gildásio Nascimento Rocha	367.973.247-34	28/05/2004	17/03/2006	R\$50.000,00
Adriana Ribeiro da Silva	021.754.497-50	17/03/2006		R\$50.000,00
José Mendonça Filho	332.814.757-87	17/03/2006		R\$50.000,00

• Nenhum dos sócios, quando da integralização das cotas de capital da COBRAL, possuía ou possui, capacidade financeira para tanto, fato facilmente atestado através da análise das Declarações de Ajuste Anual por eles apresentadas;

• Quanto aos procuradores da sociedade empresária, todos possuíam empresas, capacidade financeira e patrimônio superior ao dos titulares de direito quando da integralização das cotas de capital da COBRAL, fato que também pode ser atestado através da análise das Declarações de Ajuste Anual apresentadas;

• Embora a COBRAL tenha sido constituída em 07/05/2003, a movimentação de suas contas bancárias somente teve início após a constituição dos procuradores que, por sua vez, são os responsáveis pela movimentação das contas da empresa e signatários de todos os cheques emitidos de cujas cópias esta fiscalização teve acesso;

• O quadro a seguir demonstra a identificação dos procuradores, as datas de outorga das procurações e as de abertura das respectivas contas correntes:

Nome procurador / Outorgante	Data da procuração	Abertura da conta	Bancos
Fernando Jales Oliveira / Adilson	15/07/2004	16/06/2004	Safra / Bradesco
Adriano Fábio Gomes de Castro / Adilson	15/07/2004	16/06/2004	Safra / Bradesco
Djalma Soares / Adilson	18/06/2004	11/11/2004	Bradesco
Rosana Castro Detoni F. das Neves / Gildásio	16/08/2004	11/11/2004	Bradesco
Leomárcio Detoni / Adilson	18/06/2004	11/11/2004	Bradesco
Helciane Detoni / Gildásio	13/08/2004	26/08/2004	Itaú

• Intimada, em 03/05/2007, a informar sua relação com os procuradores arrolados, a sociedade empresarial apenas informou que mantém com os mesmos um relacionamento de inteira e irrestrita confiança, alegando também que, embora não possuam vínculo empregatício, os referidos procuradores prestam serviços indispensáveis da maior relevância e competência nas áreas de intermediação, compra de mercadoria e finanças (fl. 83/92);

• Constata-se, ainda, que, mesmo sem receber qualquer tipo de remuneração, os procuradores, a quem foram outorgados poderes especiais para a gestão financeira da empresa, permaneceram nesta condição independentemente das diversas alterações do quadro societário, ou seja, seria de total confiança de todos, atuais e antigos sócios da COBRAL, posto que administram todos os negócios;

• Diante do exposto, ratificado o entendimento da fiscalização no sentido de que, em realidade, os ditos procuradores são os únicos gestores e beneficiários de seus frutos, foram lavrados, em 25/09/2007, Termos de Intimação dirigidos aos até então considerados procuradores, agora na qualidade de responsáveis tributários, para esclarecimentos;

• Os senhores Adriano Fábio Gomes de Castro, Djalma Soares, Fernando Jales Oliveira e Leomárcio Detoni, e as senhoras Helciane Detoni e Rosana Castro Detoni Fontenele das Neves, em resposta apresentaram correspondências, datadas de 10, 15 e 25 de outubro de 2007, com o mesmo teor, arguindo, em síntese (fl. 94 a 133), que a gestão sobre a movimentação financeira das contas-corrente da empresa era exercida pelos sócios e que, quanto à imputação da responsabilidade a eles atribuída, após os esclarecimentos prestados não restaria dúvida acerca das funções por eles desempenhadas;

• Apesar da manifestação dos implicados, permaneceu o entendimento que os aponta como sócios de fato da sociedade empresária;

• A simples manutenção da sociedade em nome de terceiros, de boa fé ou não, sem capacidade financeira para honrar com os pagamentos dos tributos devidos, não isenta os responsáveis de fato pelo seu pagamento, sendo estes, enfim, pessoalmente responsáveis pela extinção do crédito tributário regularmente constituído;

No ordenamento jurídico, o CTN, nos incisos II e III, do art. 135, prevê a possibilidade deste entendimento quando dispõe que são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Por todo o exposto, procedeu-se ao arbitramento do lucro da interessada, tendo como base de cálculo os valores relativos aos depósitos bancários cuja tributação e origem não foram comprovadas, relacionados no “Demonstrativo dos créditos cuja tributação e origem não foram comprovadas”.

Foi aplicada multa qualificada, conforme previsão do art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, já que patente a intenção de, em tese, simular composição societária, com o objetivo de eximirem-se – os verdadeiros sócios – da responsabilidade pela apuração e oferecimento à tributação de créditos tributários devidos.

Os enquadramentos legais das autuações constam às fl. 201 (IRPJ), 206 (PIS), 210 (COFINS) e 214 (CSLL).

Por fim, restando a prática, em tese, das condutas tipificadas no inciso I, do art. 2º, da Lei nº 8.317/90, que define os crimes contra a ordem tributária, foi levada a protocolo, juntamente com os autos de infração, Representação Fiscal para Fins Penais, Processo nº 15563.000716/2007-93, em obediência ao previsto na Portaria SRF nº 326, de 15 de março de 2005, que se encontra apenso ao presente P.A.

Foram cientificados do Termo e dos Autos de Infração o representante formal da sociedade empresária (ciência pessoal em 27/12/2007 – fl. 196, 200, 205, 209 e 213) e, em virtude da responsabilização tributária a elas imputada, por via postal (A.R. – fl. 217/222), as pessoas a seguir relacionadas: Fernando Jales Oliveira, Adriano Fabio Gomes de Castro, Djalma Soares, Rosana Castro Detoni Fontenele das Neves, Leomarcio Detoni e Helciane Detoni (fl. 217/222).

2- DA IMPUGNAÇÃO

Regularmente cientificada em 27/12/2007 (fl. 196, 200, 205, 209 e 213), apresentou a interessada, em 24/01/2008 (fl. 232), a impugnação de fl. 232/265, juntamente com os documentos de fl. 266/355, argumentando, em síntese, que:

Preliminar - Da Quebra Indevida do Sigilo Bancário Administrativamente:

- O fiscal autuante, no curso da ação fiscal, providenciou a quebra do sigilo bancário da interessada, agindo de forma ilegal;
- Afirma ser inconstitucional a Lei Complementar 105/01, tanto do ponto de vista da quebra do sigilo bancário em si, como do procedimento fiscal nela previsto, qual seja, investigação sem contraditório, discorrendo sobre o assunto;
- Cita doutrina e jurisprudência que corrobora seu entendimento;
- Deste modo, tendo em vista que para haver a quebra do sigilo bancário é necessária uma autorização do Poder Judiciário, solicita a interessada que seja acatada a preliminar em questão;

Dos Depósitos sem Comprovação da Origem:

- A Fiscalização optou por considerar como omissão de receitas a totalidade dos valores discriminados no “Demonstrativo dos créditos cuja tributação e origem não foram comprovadas”, constante às fl. 134/183 do processo em epígrafe, correspondentes a créditos efetuados em contas correntes bancárias da interessada;
- Ressalte-se que tais créditos, na sua maioria, e de acordo com os próprios extratos bancários, referem-se entre outros lançamentos a: liquidação de cobrança, liqui. Cobr. Adm.*, oper. Desconto cheque, cobrança especial e transferências entre agen.;
- Na grande maioria dos casos, os títulos foram colocados para cobrança nas instituições financeiras, em decorrência de vendas a prazo anteriormente efetuadas, o que é muito comum na atividade empresarial;
- É oportuno frisar que só podem ser considerados como omissão de receita os valores que efetivamente não tiveram sua origem comprovada, consoante dispõem os artigos 287 e 849 do RIR/99;
- Tanto o parágrafo 2º do art. 287 como o inciso II do art. 849 do RIR/99 são extremamente claros, ou seja, se a origem foi comprovada, mas os valores não foram oferecidos à tributação, deverão então, submeter-se às normas específicas na legislação e nunca ser tributadas como presunção de omissão de receita capitulada no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, conforme foi o caso;
- Deste modo, conclui-se que os valores decorrentes das liquidações de cobrança ou descontos de cheque se referem a vendas pretéritas sendo, portanto, relativos a receitas já ocorridas, declaradas ou não;
- Não se pode admitir, ainda, que a autoridade autuante defina a seu bel prazer a ocorrência do fato gerador do tributo no momento em que a impugnante efetivamente recebe os valores decorrentes do seu trabalho, uma vez que o regime é de competência e não o de caixa, como faz supor o ilustre agente do Fisco;
- Cita o art. 142 do CTN;
- Os valores referentes às transferências bancárias devem ser expurgados da apuração da suposta presunção de omissão de receita, tendo em vista o contido no parágrafo 3º do art. 287 do RIR/99;

Das Transferências Eletrônicas Disponíveis Identificadas:

- Do exame dos extratos bem como do “Demonstrativo dos créditos cuja tributação e origem não foram comprovadas”, elaborado pela fiscalização, verifica-se a existência das transferências eletrônicas a seguir discriminadas:

<i>Banco</i>	<i>Conta-corrente</i>	<i>Data</i>	<i>Origem</i>	<i>Valor</i>
<i>Safra</i>	<i>037.980-4</i>	<i>01/07/04</i>	<i>Salsicharia Santa Fé</i>	<i>300.000,00</i>
<i>Itaú</i>	<i>22029-0</i>	<i>27/09/04</i>	<i>Antonio B R</i>	<i>27.000,00</i>
<i>Bradesco</i>	<i>43.550-3</i>	<i>04/10/04</i>	<i>Salsicharia Santa Fé</i>	<i>18.330,65</i>
<i>Bradesco</i>	<i>43.530-9</i>	<i>08/11/04</i>	<i>Unibanco S/A – Ativos</i>	<i>26.730,00</i>
<i>Bradesco</i>	<i>43.550-3</i>	<i>08/11/04</i>	<i>Like Meat V. A. Ltda</i>	<i>8.160,20</i>
<i>Bradesco</i>	<i>43.530-9</i>	<i>16/11/04</i>	<i>Unibanco S/A - Ativos</i>	<i>13.812,70</i>
<i>Itaú</i>	<i>22029-0</i>	<i>30/11/04</i>	<i>Pad e Conf M</i>	<i>50.000,00</i>
<i>Bradesco</i>	<i>43.550-3</i>	<i>13/12/04</i>	<i>Jorge Gonçalves Nascimento</i>	<i>20.000,00</i>

• Constata-se que os próprios extratos bancários identificam a origem dos recursos, que no presente caso, trata-se obviamente de recebimento de vendas efetuadas;

Da Exclusão dos Cheques Devolvidos:

• Em uma simples análise dos extratos bancários, constata-se a existência de inúmeros cheques devolvidos / estorno de depósitos que efetivamente não ingressaram no patrimônio da interessada;

• Apresenta planilha discriminando os valores dos Cheques Devolvidos e Cheques Devolvidos Totalizados, em anexo (Doc. 04) e (Doc. 05);

• Cita o art. 43 do CTN e, ainda, vasta jurisprudência administrativa que corrobora o entendimento a respeito da exclusão da base tributável dos cheques devolvidos;

Da vedação à utilização de depósitos bancários para formalização de crédito tributário de IRPJ:

• É certo que depósitos bancários de pessoas jurídicas em montante superior à receita declarada não autorizam lançamento do IRPJ, pois não representam a realidade econômica do depositante a ensejar supor-se ocorrida venda de mercadorias como fato gerador do IRPJ;

• Depósitos bancários, na realidade, apenas evidenciam sinais exteriores de riqueza que, por si só, nada provam em relação à receita efetivamente auferida;

• A fiscalização, como atividade plenamente vinculada, não pode promover lançamento do IRPJ sem elementos suficientes, sob pena de ferirem os princípios da estrita legalidade tributária e tipicidade cerrada;

• Cita doutrina e ementas de tribunais judiciais e administrativos acerca do entendimento esposado;

• Propugna a interessada pela anulação integral da matéria tributável lançada no presente Auto de Infração;

Da Multa Qualificada:

• Quanto ao entendimento de que tenha havido dolo, para justificar a qualificação da multa para 150%, tal suposição é completamente descabida;

• É importante ressaltar que não é feita menção a qualquer procedimento doloso por parte da interessada, restringindo-se a relatar procedimentos e supostas irregularidades tributárias;

• O agente do fisco entendeu que, em tese, simulou-se composição societária com o objetivo de eximir os verdadeiros sócios da responsabilidade pelos créditos tributários;

• Tal entendimento deveu-se a somente duas situações: seqüência de alterações contratuais provocadas por constantes modificações no quadro societário e manutenção dos mesmos procuradores, apesar das alterações no quadro societário da empresa;

• Em relação ao item 1 o fiscal autuante informa que os sócios, quando da integralização das cotas do capital da interessada, não possuíam capacidade financeira conforme suas declarações de ajuste anual;

• Se as referidas declarações não possuíam origem para as integralizações em questão, que se aprofundasse nas investigações e, caso fosse confirmado, que se promovesse a autuação nas pessoas físicas dos sócios a título de acréscimo patrimonial a descoberto, e não fazer conjecturas indevidas, como no presente caso, distorcendo por completo a veracidade dos fatos;

• Não foram apontadas irregularidades nas alterações contratuais apresentadas;

• As pessoas (sócios) existem de fato, foram localizadas, apresentaram declarações, responderam intimações, confirmam a propriedade das quotas, assumem as responsabilidades possíveis, etc.;

• Quanto à manutenção dos mesmos procuradores, apesar das alterações no quadro societário da empresa, não vê a interessada nenhum absurdo ou irregularidade em tal situação. Na verdade, como se tratavam de pessoas de confiança e integradas com as operações da empresa, os sócios resolveram mantê-los como procuradores;

• Apesar dos argumentos apresentados pelo autuante em momento algum caracterizarem o evidente intuito de fraude, fato que por si só já tornaria o lançamento da multa qualificada totalmente improcedente, mesmo assim cabe acrescentar o que segue;

• Não foram identificados os frutos dos quais os procuradores teriam se beneficiado e não foram comprovadas pelo fisco suas argumentações;

• Chama-se a atenção para as diversas cópias de cheques anexadas ao processo, que corrobora de modo irrefutável o que alega, já que todos os cheques foram assinados por alguns procuradores (Fernando, Leomarcio e Helcione) com objetivo estritamente comercial, isto é, jamais algum desses cheques teve como destino qualquer conta ou despesa particular dos procuradores;

• O fiscal autuante sustenta que todos os procuradores administram os negócios da interessada, recaindo, inclusive sobre todos, a infundada representação para fins penais;

• Entretanto, ao examinarmos a documentação anexada ao processo pela fiscalização, constata-se que somente três procuradores (Fernando, Leomarcio e Helcione) efetivamente movimentavam as contas bancárias e conseqüentemente administravam parte dos negócios;

• Desta forma, se as mencionadas representações tivessem procedência, as mesmas deveriam ser direcionadas unicamente aos procuradores que efetivamente movimentaram as contas;

• Portanto, totalmente equivocada a aplicação da multa qualificada;

• Acrescente-se que a tributação por meio de depósitos bancários é presuntiva. Deste modo, como se pode aplicar uma multa que só é cabível quanto ocorrido o evidente intuito de fraude sobre infrações decorrentes de presunções legais?

• A própria Coordenação-Geral de Fiscalização COFIS autentica o entendimento acima exposto ao emitir a nota nº 2005/00142;

• Cita jurisprudência administrativa que corrobora seu entendimento;

• Transcreve Súmula nº 14 do 1º Conselho de Contribuintes;

• Conclui solicitando cancelamento integral da qualificação da multa aplicada;

Da Inaplicabilidade dos Autos de Infração Reflexos (PIS, COFINS e CSLL):

• Tendo em vista a total improcedência do auto de infração matriz (Imposto de Renda Pessoa Jurídica), vem também solicitar a anulação integral dos respectivos lançamentos, dada a íntima relação de causa e efeito que vincula um aos outros, uma vez tratar-se de tributação reflexa;

Da Responsabilidade Tributária:

• A interessada insurge-se frontalmente, especificamente, no que diz respeito à absurda pretensão do agente responsável pelo lançamento de atribuir responsabilidade tributária a quem, efetivamente, não a tem;

• Mesmo tendo total certeza da improcedência do lançamento ressalta, inclusive, que o posicionamento do Fisco é benéfico aos atuais sócios da empresa, posto que a responsabilidade tributária não está recaindo sobre eles;

• Todavia, a despeito desta situação, conforme Item – Da Multa Qualificada no qual esclareceu e demonstrou a veracidade dos fatos, espera ter conseguido evitar que pessoas que nenhuma relação têm com a situação de fato venham a ser prejudicadas indevidamente.

Através do Memorando ARF/DCS nº 1.090, de 19/12/2008 (fl. 359), foi encaminhada petição da interessada, datada de 18/12/2008 (fl. 360/361), através da qual, com fulcro no artigo 16, parágrafo 4º, alínea ‘a’, e parágrafo 5º do Decreto nº 70.235/1972, solicitou juntada dos documentos de fl. 362/700 aos presentes autos, alegando, em síntese, que:

• Tal pedido se justifica uma vez que, inconformada com o Auto de Infração, apresentou, tempestivamente, a competente impugnação, que se encontra aguardando apreciação desta d. DRJ/RJ1;

• Entretanto, por total intransigência e ausência de bom senso do agente responsável pela ação fiscal, mesmo diante dos fatos ocorridos e esclarecidos, ou seja, o falecimento do contador, a enfermidade de seu sucessor, tudo formalmente exposto ao Ilustre Auditor Fiscal da Receita Federal, que não se dispôs a aguardar a complementação da documentação até então não localizada, sendo certo que, não foi possível efetuar, em tempo hábil, a entrega dos livros de sua escrituração contábil, ora anexados;

• No mesmo sentido, a interessada propugna pela realização de perícia junto à documentação comprobatória e demais elementos de sua escrituração contábil/fiscal, ocasião em que poderão ser corroborados de forma incontestada os argumentos constantes da peça impugnatória;

Diante do exposto, restando plenamente demonstrada a impossibilidade da apresentação de parte importante da prova documental quando da entrega da peça impugnatória por motivos alheios à sua vontade, requer seja a presente documentação (Livro Diário relativo ao ano-calendário 2004 e Livro Razão) anexada aos autos para que seja devidamente apreciada por esta D. DRJ/RJ1.

A 8ª Turma da DRJ/RJ1 exarou o seguinte acórdão:

“PRELIMINAR. NULIDADE. SIGILO BANCÁRIO. EXAME DE EXTRATOS. Havendo procedimento administrativo instaurado, a prestação, por parte das instituições financeiras, de informações solicitadas pelos órgãos fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados não se configura quebra de sigilo bancário, mas mera transferência de dados protegidos pelo sigilo bancário às autoridades obrigadas a mantê-los no âmbito do sigilo fiscal.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados em infração de lei os representantes de fato das pessoas jurídicas de direito privado.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004

ARBITRAMENTO DO LUCRO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS.

Constitui hipótese de arbitramento do lucro da pessoa jurídica a não apresentação à autoridade tributária pela interessada de livros e documentos da escrituração comercial e fiscal.

APRESENTAÇÃO POSTERIOR DA DOCUMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE

Se a interessada, no curso da fiscalização, teve oportunidade para apresentar sua escrituração contábil e fiscal, e deixou de fazê-la, a sua posterior apresentação não tem o condão de ilidir o arbitramento do lucro, salvo se amparada por justificativa prevista em lei para seu comportamento omissivo.

ARBITRAMENTO. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA E PRESUNÇÃO LEGAL. DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO COMPROVADOS.

Para efeitos de aplicação do art. 532 do RIR/1999, utiliza-se a receita bruta a princípio conhecida e incontroversa (declarada) ou aquela que se torne conhecida mediante auditoria. Válidos são todos os meios de prova bem como as presunções compatíveis com a descaracterização da escrita.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. DEVOLUÇÃO DE CHEQUES. INGRESSO BANCÁRIO NÃO CARACTERIZADO.

Cabível a exclusão da base tributável dos valores relativos a cheques devolvidos, uma vez que a rigor o recurso não ingressou na conta bancária.

MULTA DE 150%. OMISSÃO DOLOSA. SANÇÃO.

A conduta que tenha a finalidade de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador, ou das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente obtendo-se como resultado a redução ou a supressão de tributo, está sujeita à multa agravada de 150% aplicada sobre a totalidade ou diferença do tributo omitido.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2004

CSLL. PIS. COFINS. LANÇAMENTOS DECORRENTES.

Decorrendo as exigências da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão proferida para o Imposto de Renda, desde que não presentes arguições específicas ou elementos de prova novos."

A contribuinte, ora recorrente, alega (em síntese) fl. 747 até 776:

Da Tempestividade

Inicialmente, esclarece a Recorrente que foi cientificada acerca da decisão em questão por intermédio de seu procurador Sr. PAULO RENATO DA SILVA CONCEIÇÃO, conforme cópia da procuração, (Doc. 3), quando este compareceu à Delegacia da Receita Federal do Brasil em Nova Iguaçu/RJ no dia 17 de novembro de 2009 (terça-feira) para saber do andamento do processo. Na ocasião foi atendido pelo funcionário de nome SEBASTIÃO e tomou conhecimento de que havia registro de uma entrega efetuada através de Aviso de Recebimento - AR da Empresa de Correios e Telégrafos recebida por uma pessoa de nome VIVIANE CARDOSO DE OLIVEIRA totalmente estranha aos seus quadros;

Posteriormente, tomou conhecimento de que a referida senhora é funcionária da firma CASA DA SEMENTE AGROPECUÁRIA LTDA, CNPJ 00.208.057/0001-80, que funciona no andar térreo do prédio onde está localizado o estabelecimento da Recorrente que se situa no sobrado, (em anexo cópia dos seguintes documentos da firma acima citada: sexta

alteração do contrato social, (Doc. 4), cópia do Termo de Abertura do Livro Registro de Empregado, (Doc. 5), Cópia da pág. 20 do Livro Registro de Empregado onde consta o registro de Viviane Cardoso de Oliveira, (Doc. 6), e Cópia da Carteira de Trabalho de Viviane Cardoso de Oliveira, (Doc. 7)).

Desta forma, somente na data de seu comparecimento à agência da Receita Federal do Brasil, em 17/11/2009 foi que, efetivamente, tomou ciência da decisão.

Da Nulidade da Decisão de Primeiro Grau

O acórdão seria nulo, pois, embora mantido a multa de ofício de 150 %, na parte final do voto atribuíra a multa apenas 75%.

Da Quebra Indevida do Sigilo Bancário Administrativamente:

O fiscal autuante, no curso da ação fiscal, providenciou a quebra do sigilo bancário da interessada, agindo de forma ilegal;

Afirma ser inconstitucional a Lei Complementar 105/01, tanto do ponto de vista da quebra do sigilo bancário em si, como do procedimento fiscal nela previsto, qual seja, investigação sem contraditório, discorrendo sobre o assunto;

Cita doutrina e jurisprudência que corrobora seu entendimento;

Deste modo, tendo em vista que para haver a quebra do sigilo bancário é necessária uma autorização do Poder Judiciário, solicita a interessada que seja acatada a preliminar em questão;

Dos Depósitos sem Comprovação da Origem

“ o que a Recorrente vem demonstrar, aliás de forma inequívoca, é que a d.Autoridade Julgadora de 1º grau, em nenhum momento, manifestou-se sobre os argumentos apresentados na impugnação, que representam o elemento essencial, o fulcro da questão, ou seja, de que a origem dos créditos objetos da tributação foi sim, ao contrário do que sustenta, amplamente comprovada.”

Na grande maioria dos casos, os títulos foram colocados para COBRANÇA nas instituições financeiras, em decorrência de vendas a prazo anteriormente efetuadas, e de TRANSFERÊNCIAS ENTRE AGÊNCIAS, conforme se pode verificar através da relação anexa, que é parte integrante do Auto de Infração.

Ademais, incumbe acrescentar que muitos valores representam, na realidade, reingresso de numerários já depositados e tributados, o que é muito comum na atividade empresarial.

Por conseguinte, resta cristalino e a Recorrente insiste com veemência que A ORIGEM DOS CRÉDITOS FOI SIM TOTALMENTE COMPROVADA. O que de fato ocorreu foi que os ilustres Julgadores nada mencionaram sobre tal comprovação.

Ademais, em nenhum momento foi ao menos mencionado o motivo pelo tais justificativas não foram aceitas pela Autoridade Julgadora de 1º grau. Apesar do estafante trabalho desenvolvido pela Recorrente visando apresentar todas as justificativas para os valores creditados em sua conta corrente bancária, nenhuma palavra foi dita pela Autoridade Julgadora de 1º grau sobre tais justificativas, limitando-se esta a afirmar, tão somente, de forma simplória e confusa que "não foram juntados aos autos na impugnação, momento propício para contraditar, documentos hábeis que comprovem a origem, ou seja, a que se referem os valores depositados, não sendo suficientes as informações genéricas constantes dos extratos.”

Ora, no caso vertente, a maior parte dos valores discriminados no "Demonstrativo dos créditos cuja tributação e origem não foram comprovadas" referem-se a recebimentos a título de cobrança bancária, conforme claramente exposto nos extratos bancários. Desta forma, jamais, poderiam ter sido tratados pelo Auditor autuante como depósitos sem comprovação da origem, uma vez que tal origem vem estampada no próprio extrato, tais como: liquidação de cobrança, liqui. cobr. adm., oper. desconto cheque, cobrança

especial, transferências entre agências, etc. Desta forma, que prova mais contundente poderia existir da origem de tais créditos, senão os próprios extratos bancários?

Notem R. Julgadores, tanto o parágrafo 2º. do art. 287 como o inciso II do art. 849, ambos do RIR/99, são extremamente claros, ou seja, se a origem foi comprovada, mas os valores não foram oferecidos à tributação, deverão então, submeter-se às normas específicas previstas na legislação e nunca ser tributados como presunção de omissão de receita capitulada no artigo 42 da Lei 9.430/96, conforme foi o caso.

Na situação em tela, insiste a recorrente que a autoridade julgadora de 1º grau não se manifestou sobre o ponto essencial da questão levantado pela recorrente, ou seja, que a origem dos valores creditados em sua conta corrente, conforme amplamente demonstrado, foi plenamente comprovada.

Na situação em tela, insiste a Recorrente que a autoridade julgadora de 1º grau não se manifestou sobre o ponto essencial da questão levantado pela Recorrente, ou seja, que a origem dos valores creditados em sua conta corrente, conforme amplamente demonstrado, foi plenamente comprovada.

Na mesma linha, deve ser ressaltado que também não houve nenhum tipo de contra-argumentação, por parte da Autoridade Julgadora de 1º grau, em relação ao entendimento apresentado acima pela recorrente de que só podem ser considerados como omissão de receita os valores que, efetivamente, não tiveram sua origem comprovada, conforme dispõem os artigos 287 e 849 do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto nº. 3.000 de 26/03/99 (RIR/99) acima transcritos.

O que não se pode admitir, é que a Autoridade autuante, além de não considerar a origem dos recursos, a seu bel prazer, defina a ocorrência do fato gerador do tributo no momento em que a impugnante efetivamente recebe os valores decorrentes do seu trabalho. O fato gerador do Imposto de renda, bem como das contribuições que foram objetos de tributação está bem definido na legislação de regência e, com certeza, não é o recebimento dos citados valores. Em outras palavras, o regime é de competência e não o de caixa, como faz supor o ilustre agente do Fisco.

Das Transferências Eletrônicas Disponíveis Identificadas

Do exame dos extratos bem como do "Demonstrativo dos créditos cuja tributação e origem não foram comprovadas", elaborado pela fiscalização, verifica-se a existência das transferências eletrônicas abaixo discriminadas. Banco C/Corrente Data Origem Valor Safra 037.980-4 01/07/04 SALSICHARIA SANTA FÉ 300.000,00 Itaú 22029-0 27/09/04 ANTONIO B R 27.000,00 Bradesco 43.550-3 04/10/04 SALSICHARIA SANTA FÉ 18.330,65 Bradesco 43.530-9 08/11/04 UNIBANCO S/A - ATIVOS 26.730,00 Bradesco 43.550-3 08/11/04 LIKE MEAT V. A. LTDA 8.160,20 Bradesco 43.530-9 16/11/04 UNIBANCO S/A - ATIVOS 13.812,70 Itaú 22029-0 30/11/04 PAD E CONF M 50.000,00 Bradesco 43.550-3 13/12/04 JORGE GONÇALVES NASCIMENTO 20.000,00

Consoante pode ser observado, os próprios extratos bancários identificam a origem dos recursos, que no presente caso, trata-se obviamente de recebimentos de vendas efetuadas.

Resta claro que as transferências efetuadas referem-se a pagamentos de vendas ocorridas anteriormente, declaradas ou não, comprovando de forma incontestável, a origem dos depósitos.

Desta forma, vale lembrar que, se a origem foi comprovada, mas os valores não foram oferecidos à tributação, deverão então, submeter-se às normas específicas previstas na legislação e nunca ser tributados como presunção de omissão de receita capitulada no artigo 42 da Lei 9.430/96, conforme foi o caso.

Da Multa Qualificada

Com fulcro no art. 44 inciso II da Lei no. 9.430 de 27/12/96, o fiscal autuante aplicou, sobre a suposta infração apontada no presente auto de infração, a multa qualificada de 150%, entendendo ter ocorrido evidente intuito de fraude, conforme definido nos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502 de 30/11/64.

Em resumo, o agente do fisco entendeu que, em tese, simulou-se composição societária com o objetivo de eximir os verdadeiros sócios da responsabilidade pelos créditos tributários, ou seja, o ilustre auditor entende, verbo por ele mesmo utilizado por diversas vezes, que os procuradores da sociedade são os reais gestores do negócio, verdadeiros responsáveis pelos atos e fatos comerciais e jurídicos.

Tal entendimento, deveu-se a somente duas situações:

- 1) Seqüência de alterações contratuais provocadas por constantes modificações no quadro societário, e
- 2) Manutenção dos mesmos procuradores, apesar das alterações no quadro societário da empresa.

Em relação ao item 1 o fiscal autuante informa que os sócios, quando da integralização das cotas do capital da Impugnante, não possuíam capacidade financeira conforme suas declarações de Ajuste Anual.

Ora R.Conselheiros: de forma alguma este argumento pode prosperar para caracterizar uma interposição fraudulenta. Se as declarações de Ajuste Anual apresentadas pelos sócios não possuíam origem para as integralizações em questão, que se aprofundasse nas investigações e, caso fosse confirmado, que se promovesse a autuação nas pessoas físicas dos sócios a título de acréscimo patrimonial a descoberto, e não fazer conjecturas indevidas, como no presente caso, distorcendo por completo a veracidade dos fatos.

As pessoas (sócios) existem de fato, foram localizadas, apresentaram declarações, responderam intimações, confirmam a propriedade das quotas, assumem as responsabilidades possíveis, etc. Portanto, se não fizeram constar em suas declarações determinadas origens e, por conseqüência, alguma irregularidade existiu, esta deve ser tratada no âmbito estritamente tributário, e na pessoa física dos sócios. Não pode existir, de forma alguma, outra interpretação.

Quanto à manutenção dos mesmos procuradores, apesar das alterações quadro societário da empresa, não vê a Recorrente, nenhum absurdo ou irregularidade em tal situação, como pretende caracterizar o Fisco. Na verdade, como se tratavam de pessoas de confiança e integradas com as operações da empresa os sócios resolveram mantê-los como procuradores. É simplesmente isso. É a pura realidade dos fatos, e fica claramente demonstrado que a fiscalização jamais conseguiu comprovar o contrário.

O fiscal autuante entende que os verdadeiros sócios são os procuradores, únicos gestores dos negócios e beneficiários de seus frutos. Em relação a este entendimento equivocado, a Impugnante, de pronto, indaga:

Quais foram os frutos dos quais os procuradores se beneficiaram?

Onde o fisco comprovou suas argumentações?

Vejam ilustres Conselheiros: não foi por falta de tentativa do Fisco, pois, efetivamente, examinou várias cópias de cheque, na intenção de comprovar a existência de algum benefício a favor dos procuradores. Todavia, tal fato, definitivamente, jamais aconteceu.

Comprova-se uma vez mais a inconsistência das argumentações apresentadas pelo Fiscal autuante, que sustenta que todos os procuradores administram os negócios da impugnante, recaindo inclusive sobre todos, a infundada representação para fins penais.

Entretanto, ao examinarmos a documentação anexada ao processo pela fiscalização constata-se que somente três procuradores (Fernando, Leomarcio e Helcione) efetivamente movimentavam as contas bancárias e conseqüentemente administravam parte dos negócios

Ora, para se decidir por aplicar a multa qualificada o Fisco não pode simplesmente se basear em entendimentos, teses, conjecturas. Deve, isto sim, haver a certeza absoluta, a evidência clara, como prevê a legislação de regência.

Por certo o ilustre Auditor não atentou ao comando proveniente do próprio texto legal por ele utilizado para embasar a qualificação da multa efetuada. Com efeito, o art. 44, inciso II da Lei nº 9.430 de 27/12/96 somente admite a aplicação da multa de ofício qualificada no caso de evidente intuito de fraude. Vale dizer, nas hipóteses em que a fraude esteja efetivamente caracterizada e seja irrefutável.

Acrescente-se, ainda, que a tributação por meio de depósitos bancários é presuntiva. Ora Senhores Julgadores: tributam-se depósitos bancários por presunção, que é prova indireta. Que é uma técnica para simplificar a tributação. Que inverte a regra geral do ônus da prova a favor do fisco. Daí que os exatores além de presumir a materialidade do fato gerador do imposto presumem que tenha sido evidente o intuito de fraude, que tenha sido evidente a ocorrência de dolo. É demais!.

Da Responsabilidade Tributária

A recorrente refuta o argumento do acórdão da DRJ, de que não se impugnara a questão da responsabilidade, apontando na impugnação o item da multa.

Em abril de 2012 o presente processo veio a julgamento neste Egrégio Conselho, restando ao final decidido pelo sobrestamento dos Autos em virtude da matéria alegada pela recorrente (impossibilidade de quebra do sigilo bancário pelo Fisco) ser objeto de repercussão geral a ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa - Relator.

O julgamento de recursos exige uma prévia análise da existência de seus requisitos formais, tais como a assinatura da peça pelo Contribuinte ou por pessoa com poderes para representá-la. Impende observar, outrossim, se a peça recursal foi interposta no prazo legal de 30 (trinta) dias, nos termos do art. 33 do Decreto nº 70.235/1972.

O contribuinte foi cientificado do resultado do Acórdão de impugnação, conforme cópia do AR juntado aos autos, em 16/10/2009 (vide fls.758), e interpôs Recurso Voluntário em 09/12/2009, conforme consta na primeira folha do seu Recurso Voluntário. fls. 759. Desta forma, interpôs recurso após o prazo previsto no art. 33 do Decreto nº 70.235/1972.

Em sua defesa, o contribuinte alega que foi cientificado acerca da decisão em questão por intermédio de seu procurador Sr. PAULO RENATO DA SILVA CONCEIÇÃO de fato compareceu à Delegacia da Receita Federal do Brasil em Nova Iguaçu/RJ no dia 17 de novembro de 2009 (terça-feira) para saber do andamento do processo. Na ocasião, foi atendido pelo funcionário de nome SEBASTIÃO e tomou conhecimento de que havia registro de uma entrega efetuada através de Aviso de Recebimento - AR da Empresa de Correios e Telégrafos recebida por uma pessoa de nome VIVIANE CARDOSO DE OLIVEIRA totalmente estranha aos seus quadros.

Posteriormente, tomou conhecimento de que a referida senhora é funcionária da firma CASA DA SEMENTE AGROPECUÁRIA LTDA, CNPJ 00.208.057/0001-80, que funciona no andar térreo do prédio onde está localizado o estabelecimento da Recorrente que se situa no sobrado, (em anexo cópia dos seguintes documentos da firma acima citada: sexta alteração do contrato social, (Doc. 4), cópia do

Termo de Abertura do Livro Registro de Empregado, (Doc. 5), Cópia da pág. 20 do Livro Registro de Empregado onde consta o registro de Viviane Cardoso de Oliveira, (Doc. 6), e Cópia da Carteira de Trabalho de Viviane Cardoso de Oliveira, (Doc. 7)).

Desta forma, somente na data de seu comparecimento à agência da Receita Federal do Brasil, em 17/11/2009 foi que, efetivamente, tomou ciência da decisão.

Contudo, as alegações do contribuinte não merecem acolhida.

Primeiro porque a recorrente não traz provas suficientes a comprovar que de fato Sr. PAULO RENATO DA SILVA CONCEIÇÃO compareceu à Delegacia da Receita Federal do Brasil em Nova Iguaçu/RJ no dia 17 de novembro de 2009 (terça-feira) para saber do andamento do processo. Para tanto, junta apenas procuração da recorrente para representá-la em repartições públicas federais, estaduais e municipais, datada do dia 07 de dezembro de 2009 (vide fls.807).

Segundo porque de acordo com a Súmula CARF nº 9 *"É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário"*.

Diante do exposto, considerando que não cumprido o prazo previsto no art. 33 do Decreto nº. 70.235, de 1972, para interposição do recurso voluntário contra a decisão exarada em primeira instância, voto no sentido de NÃO CONHECER do recurso voluntário por ser intempestivo.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa