



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

Processo nº 15940.000611/2010-95
Recurso nº 892.815
Resolução nº **1803-000.070 – 3ª Turma Especial**
Data 7 de agosto de 2012
Assunto Resolução para Suspensão Regimental (Art. 62-A RICARF)
Recorrente PHELIPPE CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO DE COPIADORAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em sobrestar o presente julgamento, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Selene Ferreira de Moraes - Presidente.

(assinado digitalmente)

Walter Adolfo Maresch - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Selene Ferreira de Moraes (presidente), Walter Adolfo Maresch, Sergio Rodrigues Mendes, Meigan Sack Rodrigues, Sérgio Luiz Bezerra Presta e Victor Humberto da Silva Maizman.

PHELIPPE CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO DE COPIADORAS LTDA, pessoa jurídica já qualificada nestes autos, inconformada com a decisão proferida pela DRJ RIO DE JANEIRO/RJ I, interpõe recurso voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, objetivando a reforma da decisão.

Adoto o relatório da DRJ por bem retratar os fatos.

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pela empresa supra, segundo consta da descrição dos fatos, foram feitas as seguintes apurações:

1) Omissão de receita, nos anos-calendário de 2006 e 2007, caracterizada pela falta de comprovação da origem dos recursos utilizados em depósitos bancários;

2) Omissão de receitas operacionais, provenientes de revenda de mercadorias (AC 2006 e 1º trimestre de 2007) e da prestação de serviços (AC 2006);

Foi arbitrado o lucro, com base no art. 530, III, do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR, de 1999), tendo em vista que a contribuinte, intimada a apresentar os livros e documentos de sua escrituração, não o fez.

Foram lavrados os seguintes autos de infração:

1 - Imposto sobre a renda de pessoa jurídica (IRPJ) - fls. 686 a 701.

Imposto R\$ 155.657,07 Juros de mora: R\$ 57.418,47 Multa Proporcional: R\$ 118.411,17 Total: R\$ 331.486,71 Enquadramento legal do imposto: RIR, de 1999, arts. 529, 530, combinado com arts. 251, 253, 258, § 1º, 259, 260, I, II e III e §§ 1º, 2º e 3º, 265, 266, 532 e 537; Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 16, 24, § 1º; Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, arts. 27, I, e 42, Instrução Normativa (IN) nº93, de 1997, art. 41.

Contribuição para o PIS - fls. 702 a 717.

Contribuição: R\$ 14.063,76 Juros de mora: R\$ 5.378,78 Multa Proporcional: R\$ 11.211,46 Total: R\$ 30.654,00 Enquadramento legal da contribuição: Lei Complementar (LC) nº 7, de 7 de setembro de 1970, arts. 1º e 3º; Lei nº 9.249, de 1995, art. 24, § 2º; Decreto nº 4.524, de 17 de dezembro de 2002, arts. 2º, I, a e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91.

3 - Contribuição para a Seguridade Social (Cofins) - fls. 718 a 732.

Contribuição: R\$ 64.910,24 Juros de mora: R\$ 24.826,04 Multa Proporcional: R\$ 51.746,17 Total: R\$ 141.482,45 Enquadramento legal da contribuição: Decreto nº 4.524, de 2002, arts. 2º, II, parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91.

4- Contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL) - fls. 733 a 746:

Contribuição: R\$ 59.972,96 Juros de mora: R\$ 22.034,94 Multa Proporcional: R\$ 46.165,03 Total: R\$ 128.172,93 Enquadramento legal da contribuição: Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, art. 2º e §§; Lei nº 9.249, de 1995, art. 20; Lei nº 9.430, de 1996, art. 29; Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, art. 37; Lei nº 10.684, de 2003, art. 22.

Consta no Termo de Verificação Fiscal (TVF) que a fiscalização, em 05/05/2009, tentou intimar a contribuinte no seu domicílio tributário e a intimação retornou com a informação de que a empresa havia se mudado. Encaminhou-se, então, a intimação para o domicílio tributário do sócio responsável Rogério de Souza Phelippe, tendo a intimação retornado com a informação de que ele era desconhecido naquele endereço. Foi feita, em 01/06/2009, a intimação por edital e,

como a contribuinte não atendeu As solicitações feitas, foram expedidas RMF (Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira), por meio das quais foram obtidos os extratos bancários da fiscalizada.

Somente em 23/02/2010 é que o advogado da contribuinte compareceu A Seção de Fiscalização, alegando que a empresa estava desativada, tendo sido expedida outra intimação, na qual foi concedido mais 20 (vinte) dias de prazo para a. apresentar a documentação solicitada.

A contribuinte solicitou nova prorrogação de prazo e alegou que grande parte da documentação comprobatória da movimentação financeira havia sido apreendida pela policia na operação mexilhão.

Depois dessa prorrogação de prazo, foram encaminhados, em 25/03/2010, os livros de Apuração do ICMS, Registro de Entradas, Registro de Saídas e Apuração de ISS e a contribuinte reiterou o pedido para que a fiscalização solicitasse A Policia Civil a devolução dos seus cinco computadores apreendidos.

Em 04/05/2010, a empresa apresentou um demonstrativo tentando relacionar a origem dos recursos creditados nas suas contas correntes com débitos em contas da empresa Pressserv Terceirização de Mão de Obra e Construções Ltda, da qual Rogério também é cotista e anexou extratos bancários daquela pessoa jurídica. A fiscalização constatou que no livro Diário do ano de 2006 da Pressserv não há qualquer registro dessas supostas operações.

Não tendo sido comprovada a origem dos recursos utilizados para a realização dos créditos bancários, efetuou-se o lançamento de ofício com base na Lei nº 9.430, de 1996, art. 42, e arbitrou-se o lucro, uma vez que não foram apresentados os livros contábeis solicitados pela fiscalização. O lucro foi arbitrado a partir dos valores de vendas de mercadorias e serviços apurados por meio dos livros de Registro de Apuração do ICMS e de Serviços (fls. 528 a 651).

Notificada do lançamento, a contribuinte, representada por Jackson Peargentile (fls. 120, 476 a 481), ingressou, em 27/08/2010, com a impugnação de fls. 756 a 783, alegando:

- Nulidade do auto por cerceamento de defesa: Apesar de o procedimento fiscal ter se iniciado em 05/05/2009, somente tomou conhecimento dele em 23/02/2010, ocasião em que o Fisco já havia solicitado os extratos bancários por meio de RMF. No entanto, quando solicitou que o Fisco expedisse ofícios e requisições necessárias para fazer as comprovações necessárias, ele se omitiu, indeferindo as postulações e transferindo toda a responsabilidade de produção de provas por meio da apresentação de documentos que se encontravam em poder de terceiros;*
- O Fisco usou dois pesos e duas medidas e limitou-se a efetuar somente as diligências tendentes a prejudicar a sua defesa, acabando por responsabilizá-la pela produção de provas que se encontravam em poder de terceiros (Bancos e Policia Civil —computadores, documentos e livros fiscais);*

- *Toda a documentação da empresa foi apreendida na operação policial denominada "mexilhão dourado" e, diversas vezes, solicitou à Polícia Civil a devolução de seus computadores, sem qualquer sucesso. Ajuizou ações para ter acesso aos documentos que pudessem facilitar a sua defesa, mas também não teve êxito;*
- *O Fisco agiu no sentido premeditado de comprovar as supostas irregularidades de que tinha conhecimento por meio da mídia e não fiscalizou para apurar eventual fato, mas sim para demonstrar o que queria ver comprovado, agindo de forma deliberada para deturpar os fatos realmente ocorridos, para acomodar a prova à necessidade do referido procedimento;*
- *Quanto ao argumento do fiscal de que nas cópias dos autos de apreensão não consta a menção aos livros contábeis nem ao contrato de mútuo, bastaria que fosse enviado um ofício aos órgãos detentores de tais informações e documentos fiscais para se estabelecer a verdade. Para exemplificar, cabe registrar que os cinco microcomputadores não aparecem em nenhum documento apresentado ao Fisco, mas foram e estão apreendidos até a presente data;*
- *Solicitou que se fizesse o cruzamento de dados bancários entre as outras empresas do grupo — cuja maioria do capital social pertencia a Rogério de Souza Phelippe e que também foram alvo de fiscalização da Receita Federal do Brasil (RFB), para demonstrar que grande parte dos depósitos bancários existentes, ou tiveram origem da empresa PRESSERV ou da troca de cheques de terceiros, como meio de levantamento de recursos para reforçar o caixa dessa mesma empresa;*
- *Com relação ao argumento exposto no Termo de Verificação Fiscal (TVF), no sentido de que os valores mencionados não constam no livro da empresa Pressserv, não deve prevalecer, pois tais empréstimos foram efetuados no decorrer do ano, portanto, antes do final do exercício retornavam, uma vez que todas as empresas tinham como sócio majoritário e controlador a mesma pessoa física;*
- *Se faz necessário rebater o argumento de que as trocas de cheques efetuadas constituíam antecipação de receita. Isto porque, não existia venda nem receita para motivar a emissão dos cheques que eram descontados previamente pelos bancos. O que ocorria era que se emprestavam cheques de uma determinada pessoa física ou jurídica, independentemente da realização de negócio, e trocava referidas cartões em instituições bancárias, tudo com o único intuito de auferir empréstimos e trabalhar com o dinheiro do próprio banco. Por ocasião do vencimento dos citados cheques, emitiam-se outros de outra pessoa física ou jurídica, que era utilizado para cobrir os anteriores, tudo isso sem que houvesse venda ou receita;*
- *Para a comprovação dessas operações de crédito se fazia necessário buscar a microfilmagem de cada cheque descontado no decorrer do período fiscalizado, o que também não foi feito. No entanto, estamos, nessa oportunidade, apresentando o ofício endereçado ao banco, requisitando todas as microfilmagens e borderôs ou a relação com nomes de terceiros que emprestaram cheques para fazer o desconto, para cobertura da conta corrente da Pressserv e cheques emitidos pela fiscalizada para pagamentos de fornecedores da Pressserv. Assim, não*

deve prevalecer a alegação de falsa declaração, pois não foi emitida nenhuma nota fiscal durante os exercícios de 2006 e 2007, e os lançamentos em livros referem-se a recebimentos de órgãos públicos inscritos em restos a pagar de exercícios anteriores, que já se encontravam devidamente declarados;

• Da tributação por presunção. A presunção nunca poderá ser resultado da iniciativa criativa e original do legislador, pois ela deve sempre estar apoiada na repetida e comprovada correlação, no caso, entre os depósitos bancários e a omissão de rendimentos.

Ademais, a movimentação bancária na corporifica fato gerador do imposto de renda. Depósito bancário é estoque e não fluxo, e não sendo fluxo não tipifica renda. Juridicamente, só o fluxo tem a conotação de acréscimo patrimonial. O Fisco não se esforçou para comprovar o nexo de causalidade entre o depósito e o fato que represente omissão de rendimentos, requisito essencial para configurar a tributação;

• Na área judicial, consoante a Súmula nº 182, do extinto Tribunal Federal de Recursos — TFR, restou averbado ser ilegítimo o lançamento arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários;

• Conforme se verifica da movimentação financeira da Pressserv, apesar de os valores não serem idênticos, mas sim próximos, a grande maioria ou quase totalidade tiveram origem da conta da referida empresa, uma vez que ambas possuíam como sócio majoritário e controlador a mesma pessoa física. Por essa razão, seria correto "presumir" que a origem dos créditos deriva da transferência de dinheiro de uma empresa para outra;

• Leve-se em conta, ainda, que foi realizado contrato de mútuo para documentar o empréstimo de dinheiro entre as referidas empresas (Phelippe e Pressserv), sendo certo que os respectivos instrumentos contratuais não foram localizados em virtude da bagunça e do alvoroço decorrente do cumprimento dos já citado Mandados de Busca e Apreensão, decorrentes da operação policial. Requer que seja considerado válido o empréstimo de mutuo entre as empresas do mesmo grupo;

• Diante da total falta de documentos contábeis e de cinco microcomputadores, viu-se obrigada a contratar pessoa com capacitação técnica para realizar laudo contábil (documento anexo), o qual concluiu que o valor de R\$ 1.401.201,14 teve origem na transferência da conta bancária da Pressserv, o que já demonstra a ausência de fato gerador para a imputação de qualquer tributo;

• Como se não bastasse toda a documentação já despendida, insta consignar que os documentos anexos — Extrato Demonstrativo de Dívidas comprova que as empresas controladas por Rogério de Souza Phelippe devem perante o Bradesco S/A, o valor de R\$ 3.325.028,79, provenientes de empréstimos e outras operações de crédito não quitadas.

Assim, os valores constantes como dívida perante o Bradesco não podem ser considerados pela fiscalização;

• Da ilegalidade das multas. Todas as multas aplicadas deverão ser excluídas, seja porque nenhum imposto é devido ou porque o percentual aplicado é ilegal. A multa de 150% só é permitida quando houver dolo ou má-fé, o que não ocorreu, pois atendeu todas as notificações e apresentou toda a documentação que se encontrava em seu poder e indicou onde e com quem se encontravam os documentos apreendidos, contribuindo e auxiliando a fiscalização.

A DRJ RIBEIRÃO PRETO (SP), através do acórdão nº 14-31.225, de 14 de outubro de 2010 (fls. 808/818), julgou procedente o lançamento, ementando assim a decisão:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITA.

Evidencia omissão de receita a existência de valores creditados em conta de depósito mantida em instituição financeira, em relação aos quais a contribuinte, regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

A presunção legal tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para a contribuinte, que pode refutá-la mediante oferta de provas hábeis e idôneas.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007

NULIDADE.

Tratando-se de auto de infração lavrado por pessoa competente, não tendo havido preterição do direito de defesa da contribuinte e não tendo sido feridos os artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72, não cabe o acatamento da preliminar de nulidade.

IMPUGNAÇÃO. ÔNUS DA PROVA.

As alegações apresentadas na impugnação devem vir acompanhadas das provas documentais correspondentes, sob risco de impedir sua apreciação pelo julgador administrativo.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS. COFINS. CSLL.

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal em face da estreita relação de causa e efeito.

Ciente da decisão em 04/11/2010, conforme Aviso de Recebimento – AR (fl. 825), apresentou o recurso voluntário em 29/11/2010 - fls. 826/873, onde reitera os argumentos

Processo nº 15940.000611/2010-95
Resolução nº **1803-000.070**

S1-TE03
Fl. 896

da inicial acrescentando as alegações de ilegalidade e inconstitucionalidade da quebra de seu sigilo bancário.

É o relatório.

CÓPIA

Conselheiro Walter Adolfo Maresch

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos legais para sua admissibilidade, dele conhecido.

Trata o presente processo de auto de infração IRPJ e seus reflexos (CSLL, PIS e COFINS), lavrados em decorrência da constatação de omissão de receitas por depósitos bancários sem origem e falta de declaração de receitas constantes dos livros fiscais, com simultâneo arbitramento do lucro dos anos calendários 2006 e 2007.

Alega a recorrente em síntese:

a) A conversão do julgamento em diligência para que a Polícia Civil seja instada a devolver os HD de 05 (cinco) computadores apreendidos em operação de busca e apreensão, que possibilitarão a comprovação da origem dos depósitos bancários;

b) Da ilegal quebra do sigilo bancário considerando que os extratos bancários foram obtidos mediante RMF (Requisição de Movimentação Financeira) foi realizada antes mesmo de citação válida e à revelia das disposições da LC 105/2001 e no Artigo 3.º do Decreto nº 3.724/2001.

c) A inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001;

d) A nulidade do lançamento por cerceamento de defesa, sem que tenham sido oportunizadas as diligências requeridas, adotando-se dois pesos e duas medidas que apenas favoreceram o Fisco;

e) Da impossibilidade de tributação por presunção adotada com base no art. 42 da Lei nº 9.430/96, pois depósito bancário não é renda.

f) Que os depósitos bancários tem origem em contrato de mútuo com a empresa PRESSERV conforme atesta o Laudo Contábil anexado, bem como deve ser considerado também o elevado débito das empresas do grupo controlado por Rogério de Souza Phelippe no Banco Bradesco e não quitadas.

g) Da ilegalidade de todas as multas de ofício aplicadas pois não houve dolo ou má fé pois a empresa atendeu a todas as solicitações da fiscalização.

Considerando as alegações do recorrente impende apreciar questão prejudicial e preliminar acerca da suposta ilegal e inconstitucional ruptura do sigilo bancário, mediante a requisição administrativa dos extratos bancários através de RMF.

Dispõe o art. 62-A do Regimento Interno do CARF:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Processo nº 15940.000611/2010-95
Resolução nº **1803-000.070**

S1-TE03
Fl. 898

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.

De acordo com o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo regimental adrede citado, considerando o reconhecimento de repercussão geral por parte do Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE nº 601.314/MG e a determinação de sobrestamento contida no RE 765.714/SP e também as alegações contidas no recurso voluntário, impende sobrestar o presente julgamento, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B do CPC.

Ante o exposto, voto no sentido de sobrestar o julgamento, até ulterior julgamento da matéria pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.

(assinatura digital)

Walter Adolfo Maresch - Relator