



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

Processo nº 15956.000398/2009-17
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1201-001.083 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de setembro de 2014
Matéria IRPJ E REFLEXOS - OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrentes MINALICE MINERACAO LTDA
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. ART. 42 DA LEI Nº 9.430/96.

Presumem-se ser oriundos de omissão de receitas os valores depositados em conta-corrente bancária de titularidade do sujeito passivo quando este, regulamente intimado para tanto, deixa de comprovar a origem daqueles ingressos.

TRANSFERÊNCIAS HAVIDAS ENTRE CONTAS-CORRENTES DE TITULARIDADE DO SUJEITO PASSIVO.

A presunção de omissão de receitas fundada em depósitos bancários de origem não comprovada não alcança os ingressos oriundos de conta-corrente também de titularidade do sujeito passivo.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Ano-calendário: 2005

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

É cabível a exigência de IPI com base em omissão de receitas apurada a partir de depósitos de origem não comprovada. No caso dos autos, todavia, o erro fiscal quanto ao cálculo do imposto devido invalida o lançamento desse tributo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em INDEFERIR as preliminares de nulidade e, no mérito, em NEGAR provimento ao recurso de ofício, e em DAR PARCIAL provimento ao recurso voluntário, para excluir dos depósitos de

origem não comprovada as transferências havidas entre contas-correntes bancárias de titularidade da contribuinte, conforme item 2.2 do voto.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto - Relator

Participaram do presente julgado os Conselheiros: Rafael Vidal de Araújo (Presidente), Marcelo Cuba Netto, Rafael Correia Fuso, Roberto Caparroz de Almeida, Sergio Luiz Bezerra Presta (suplente convocado) e Luis Fabiano Alves Penteado.

Relatório

Trata-se de recursos voluntário e de ofício interpostos nos termos do art. 33 e 34 do Decreto nº 70.235/72, contra o acórdão nº 14-31.099, exarado pela 3ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto - SP.

Por bem descrever os fatos litigiosos objeto do presente processo, tomo de empréstimo o relatório contido na decisão de primeiro grau (fl. 5402 e ss.):

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pela empresa supra, segundo consta da descrição dos fatos, apurou-se:

1) Omissão de receita, no ano-calendário de 2005, caracterizada pela falta de comprovação da origem dos recursos utilizados em depósitos bancários;

2) Receita da atividade, escriturada e não declarada, apurada conforme Demonstrativo Mensal de Omissão de Rendimentos (Notas Fiscais) - IRPJ e CSLL e Demonstrativo Trimestral/Mensal Consolidado de Omissão de Rendimentos (Notas Fiscais) - IRPJ e CSLL.

(...)

Consta no processo que a contribuinte, sendo intimada, não comprovou a origem dos recursos utilizados nos depósitos bancários efetuados em suas contas correntes. A fiscalização procedeu a circularização, por amostragem, junto aos bancos e clientes da empresa e concluiu que alguns depósitos eram provenientes de clientes da contribuinte ou de empresas de factoring (Opinião, Credfirme e GMG), que efetuavam desconto antecipado de suas duplicatas, o que deixou ainda mais evidente que os depósitos bancários são provenientes de receitas de sua atividade.

A fiscalização solicitou, também, todas as notas fiscais de venda durante o ano-calendário de 2005 e apurou, analisando tais documentos e os livros contábeis e fiscais da contribuinte, que foram oferecidos à tributação somente uma pequena parte do

valor das vendas efetuadas. Foi declarada em DCTF/DIPJ a receita de R\$ 718.789,01 e foi apurada omissão de receita com base em notas fiscais no valor de R\$ 6.954.260,03 e com base nos depósitos bancários no valor de R\$ 9.461.325,76.

Efetuiu-se, então, o lançamento de ofício tributando-se receitas da atividade, escriturada e não declarada, e omissão de receitas apurada com base em depósitos bancários de origem não comprovada.

Notificada do lançamento, a contribuinte, representada por Paulo César Di Madeo (fls. 5383, 5386 a 5391), ingressou, em 15/01/2010, com a impugnação de fls. 5355 a 5380, alegando:

- Quando foi intimada da exação recebeu os autos de infração, o termo de encerramento da ação fiscal, além de algumas planilhas explicativas, os quais não representam a totalidade das peças que compõem os autos. Por essa razão, solicitou, em 22/12/2009, cópia de todos os documentos que integram o processo, o que ocorreu em 07/01/2010, concluindo-se que não teve o prazo de trinta dias para preparar a peça impugnatória;

- Durante o procedimento fiscal, algumas vezes solicitou ao fiscal cópias dos documentos produzidos por ele, o que foi negado sob o argumento de que oportunamente teria cópia de todos eles. Disso resultou que não pôde analisar todos os documentos que instruem a peça impositiva, consubstanciados em 24 volumes, o que caracteriza ofensa ao seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa;

- Nem se alegue que o descumprimento do trintídio legal não impediu que se formulassem alegações consistentes e densas, que demonstrariam conhecimento da matéria e afastaria o cerceamento da defesa. A notificação endereçada à impugnante é apenas um dos procedimentos, dentre outros, que integram o processo tributário. O lançamento respectivo e o crédito tributário correspondente apenas se aperfeiçoam quando o contribuinte tem condição material de exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa, o que ocorre quando lhe é franqueado acesso a todas as peças componentes do processo, em consonância com a Constituição Federal (CF), art. 5º, LV;

- Requer autorização para o ingresso extemporâneo no programa de recuperação instituído pela Lei nº 11.941, de 2009, pois, apesar de ter solicitado ao fiscal autuante que o auto de infração fosse lavrado antes de 30/11/2009, a intimação do lançamento somente foi feita em 16/12/2009, depois de esgotado o prazo fixado pela citada lei. Se, entretanto, não se situar na esfera de competência dessa Delegacia de Julgamento apreciar a questão, desde já requer seja protocolizado processo e remetido a quem de direito, com vistas ao pedido de parcelamento definido na lei acima referida;

- Embora o agente fiscal tenha sido diligente ao incluir o IPI no campo de abrangência da atividade fiscalizadora, no momento

em que procedeu à retificação do MPF (fls. 3871/2), há que se observar que a matéria tributável em questão refere-se a fatos geradores decorrentes de depósitos bancários de origem não comprovada, além de receita da atividade não declarada, que caracterizam-se como aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda e proventos, em conformidade com a legislação que rege o grupo de tributos que incidem sobre a renda (IRPJ, CSLL, PIS e Cofins). Entretanto, o fato gerador do IPI não reclama obtenção de faturamento, tampouco de lucro. Assim, os elementos de prova obtidos para instruir a constituição do crédito tributário que repousa em aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda e proventos, além de faturamento não são aptos a suportar lançamento decorrente de saída de produtos do estabelecimento;

- *A tributação dos depósitos bancários, com base na Lei nº 9.430, de 1996, art. 42, conduz a nova forma de determinação da base de cálculo de tributos, matéria que, segundo a Constituição Federal (CF), art. 146, III, a, e o Código Tributário Nacional (CTN), art. 97, II e IV, é reservada à lei complementar;*

- *O lançamento tributário requer prova segura da ocorrência do fato gerador do tributo. O simples depósito em conta corrente não é pressuposto suficiente para a ocorrência do fato gerador do imposto de renda. Por isso, à luz do art. 43 do CTN, é defeso ao Fisco exigir tributos sem a demonstração cabal de os depósitos apurados em sua movimentação bancária deram origem a uma disponibilidade econômica ou jurídica de renda a um enriquecimento traduzido em aumento de patrimônio, em uma riqueza nova;*

- *A tributação isolada dos depósitos bancários desvirtua o conceito de renda insculpido no art. 153, III, da CF e no art. 43 do CTN, e atropela o dispositivo inserto no art. 110 do citado código e nos arts. 145, § 1º, 150, IV, da CF;*

- *Os valores de depósitos bancários que o Fisco considerou como omissão de receita apresentam distorções caracterizadas por aumentos bruscos. Tais depósitos advieram de outras fontes como empréstimos e transferências;*

- *Ocorreram transferências entre contas da mesma titularidade. Emitiu cheques para depósito em outras contas bancárias de sua titularidade e não foram deduzidos da apuração, no montante de R\$ 1.082.000,00, conforme demonstrativo de fls. 5369 e 5370. As cópias dos respectivos documentos não foram apresentados neste ato, tendo em vista que somente teve acesso à cópia dos autos no dia 07/01/2010 e o banco demanda certo tempo para fornecimento de cópias. Apesar disso, simples consulta aos extratos do Banco Safra (fls. 385 a 394) permite concluir pela correspondência entre os valores de cada um dos cheques sacados contra aquele banco e os respectivos depósitos, nas mesmas datas, efetuados no Bradesco;*

• Além dos cheques antes referidos, os estornos de lançamentos, no valor de R\$ 146.105,20, não foram levados em conta pelo agente fiscal, conforme planilha anexa (fl.5371);

• Tomou empréstimo com a quotista Arminda Vianna Proa, cuja negociação se materializou com a lavratura do Contrato de Fornecimento de Recursos Financeiros;

• A empresa Bebida Gostosa Rio Indústria e Comércio Ltda. era sua coligada até fevereiro de 2003. Foram feitos contratos de empréstimos para aquela empresa e os reembolsos correspondentes iniciaram-se a partir do momento em que a citada pessoa jurídica apresentou disponibilidade financeira. Dado o exíguo prazo para se defender não houve possibilidade material de listar todos os valores lançados a crédito da conta de depósitos mantida pela impugnante;

• No decorrer de 2005, para fazer frente a necessidades de caixa, recorreu a financiamentos com empresas de factoring, tendo o Fisco presumido que tais operações teriam origem em vendas decorrentes de sua atividade. Ao proceder dessa forma, a fiscalização exorbitou de sua competência, pois a partir de coleta de informações por amostragem de parte dos créditos concluiu que todos decorreriam de vendas. O lançamento não deve prosperar, pois não foi intimada a manifestar-se, o que caracteriza cerceamento de defesa, além de se tratar de uma dedução obtida por amostragem;

• Industrializa as denominadas bebidas frias, que o Fisco enquadrrou no código NCM 2202.10.00 e água mineral natural, que, de acordo com a NC 22-3, é produto não tributado. O Poder Executivo ao arrepio da prescrição constitucional que veda exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça (art. 150, I, da CF) instituiu nova modalidade de apuração da base impositiva para o IPI utilizando-se da indevida via do Decreto nº 4.859, de 2003, que incluiu o § 2º ao art. 448 do RIPI. Assim, ausente o substrato legal apto a justificar a imposição tributária, não há como prevalecer o lançamento do IPI sobre depósitos bancários de origem não comprovada;

• Ainda que, em tese, entenda essa turma julgadora que a aplicação da figura típica não prevista em lei não se constitua mácula passível de anular o lançamento, há que se considerar que do total arrecadado com a venda dos produtos que industrializa, a maior parte advém da comercialização de água mineral natural que não está no campo de abrangência do IPI. Ainda que do total dos depósitos listados pelo agente fiscal decorresse da venda de produtos industrializados, a grande maioria não se encontraria no campo de incidência do IPI por se tratar de produto não tributável. Ao considerar, indistintamente, o montante dos depósitos como receita omitida passível de tributação, o Fisco lançou imposto sobre produto que não se encontra submetido à norma impositiva. A argumentação de que o lançamento decorre de omissão de receita não sobrevive à análise acurada em vista de que o substrato jurídico para

existência do IPI é a saída do estabelecimento industrial. Considerando-se que parte do faturamento não sofre incidência do IPI, presuntivamente, deve ser utilizado como dedução da base de cálculo desse imposto incidente sobre depósitos bancários, pois a presunção de omissão de receita, indevidamente instituída por decreto, não tem o condão de fazer incidir IPI sobre produtos que não se encontram no campo de abrangência. Não há impedimento legal para se afastar, presuntivamente, os valores apurados por cálculo proporcional, haja vista que a presunção estabelecida não representa a efetiva realidade;

• O Decreto nº 4.488, de 2002, instituiu a NC 22-2 e sujeitou os produtos industrializados nela descritos à incidência do imposto devido por unidade. No presente lançamento, o fiscal, indevidamente, considerou como alíquota ad valorem a expressão monetária que deve ser multiplicada pela quantidade de unidades de produto objeto de lançamento. Tal forma de imposição tributária não encontra respaldo nas normas que regem a matéria;

• O agente fiscal fez incidir a tributação sobre a totalidade dos depósitos sem levar em conta os débitos declarados, que constam do demonstrativo elaborado por ele mesmo, para efeitos de IRPJ e CSLL, que obteve omissão de depósitos bancários no valor de R\$ 1.422.494,65 para o primeiro trimestre de 2005, enquanto que a base de cálculo utilizada foi de R\$ 2.967.329,47 e não de R\$ 2.824.391,03, em razão da receita declarada, de R\$ 142.938,44 para o mesmo período;

• O arrolamento de bens caracteriza inconstitucionalidade, pois fere o princípio do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e do direito de propriedade. É imprescindível o exaurimento da fase administrativa para que se tenha como certa a imposição de legalidade e veracidade do suposto crédito exigido. Impor arrolamento de bens antes de findar todas as possibilidades de defesa é desobediência aos incisos LIV e LV do art. 5º da CF. Ao fazer constar na declaração negativa de débitos (CND) menção relativa ao débito fiscal e ao respectivo arrolamento de bens, estaria o Fisco atribuindo ao contribuinte uma indevida roupagem de inadimplente, bem como inviabilizando qualquer tipo de operação comercial ou financeira por ele desejada que tivesse por garantia os bens arrolados pelos Fisco, o que configura restrição ao direito de propriedade. Não poderia o arrolamento de bens ser transportado do campo processual civil para o do direito tributário sob a roupagem de medida administrativa que, em síntese, tem natureza cautelar de medida cautelar fiscal;

• Se, entretanto, não se situar na esfera de competência dessa Delegacia de Julgamento apreciar a questão, desde já requer seja protocolizado processo e remetido a quem de direito, com vistas a impugnação da matéria.

Examinadas as razões de defesa a DRJ de origem julgou parcialmente procedente a impugnação para deduzir dos depósitos de origem não comprovada os valores dos estornos de lançamentos contidos nos extratos bancários, bem como para afastar a exigência do IPI sobre os depósitos de origem não comprovada.

Tendo em vista haver exonerado o sujeito passivo da exigência de tributos e encargos de multa em montante superior ao limite de sua alçada, o órgão de primeiro grau submeteu seu julgado a reexame por este Conselho.

Por sua vez, irresignada com a parcela mantida, a interessada interpôs recurso voluntário reproduzindo, em síntese, as razões aduzidas na impugnação ao lançamento, argumentando ainda que é nula a decisão de primeiro grau por não haver enfrentado a alegação da defesa segundo a qual inexistente pressuposto para fiscalização do IPI (fl. 5427 e ss.).

Voto

Conselheiro Marcelo Cuba Netto, Relator.

1) DA ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS

Os recursos atendem aos pressupostos processuais de admissibilidade estabelecidos no Decreto nº 70.235/72 e, portanto, deles deve-se tomar conhecimento.

2) DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Em seu recurso voluntário a interessada aduz uma série de argumentos tendentes a afastar a exigência. Passemos a examiná-los.

2.1) Das Preliminares de Nulidade

Alega a recorrente, em primeiro lugar, ser nulo lançamento por cerceamento de seu direito de defesa sob o argumento de que a autoridade fiscal deixou de lhe entregar, junto com os autos de infração, a totalidade dos documentos que compuseram os autos do processo, em violação ao disposto no art. 9º do Decreto nº 70.235/72.

Explica que solicitou cópia dos citados documentos perante a repartição fazendária, mas que tal cópia somente lhe foi disponibilizada quando faltavam apenas nove dias para esgotar o prazo para propositura da impugnação, o que prejudicou a sua defesa.

Pois bem, o mencionado art. 9º do Decreto nº 70.235/72 assim estabelecia à época do lançamento de ofício:

Art. 9º A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificação de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 1º Quando, na apuração dos fatos, for verificada a prática de infrações a dispositivos legais relativos a um imposto, que impliquem a exigência de outros impostos da mesma natureza ou de contribuições, e a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova, as exigências relativas ao mesmo sujeito passivo serão objeto de um só processo, contendo todas as notificações de lançamento e auto de infração. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 2º Os procedimentos de que tratam este artigo e o art. 7º, serão válidos, mesmo que formalizados por servidor competente de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 3º A formalização da exigência, nos termos do parágrafo anterior, previne a jurisdição e prorroga a competência da autoridade que dela primeiro conhecer. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Como se observa, ao contrário do afirmado pela defesa, o dispositivo acima não determina que seja fornecida ao sujeito passivo cópia da totalidade dos “*termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito*”. O que a norma determina é que os autos de infração deverão ser “*instruídos*” com aqueles elementos. Em outras palavras, os autos do processo em que for formalizada a exigência fiscal deverão ser instruídos com os citados elementos de prova.

Ao sujeito passivo é fornecida cópia apenas dos termos lavrados durante o procedimento fiscal, o que inclui o auto de infração. É o que dispõe o art. 8º do mesmo Decreto nº 70.235/72, *in verbis*:

Art. 8º Os termos decorrentes de atividade fiscalizadora serão lavrados, sempre que possível, em livro fiscal, extraíndo-se cópia para anexação ao processo; quando não lavrados em livro, entregar-se-á cópia autenticada à pessoa sob fiscalização.

Ademais, a peça recursal demonstra que o sujeito passivo se defendeu a contento do lançamento tributário, o que por si só afasta a alegação de cerceamento do direito de defesa.

Em segundo lugar, argumenta a recorrente ser nulo o lançamento em razão da inexistência de pressuposto para fiscalização do IPI.

Quanto a isso deve-se ressaltar que no item III das preliminares, intitulado “*Da Ausência de Pressuposto para Fiscalização do IPI*” (fl. 5436 e ss.), a recorrente, contraditoriamente, não faz qualquer alegação acerca da suposta ausência de pressuposto para fiscalização do IPI, seja lá o que isso quer dizer. Limita-se a discorrer sobre o MPF, reconhecendo a inclusão do IPI no MPF que lhe foi dirigido (fls. 3871/3872), e sobre a alegada impossibilidade de se exigir IPI decorrente de depósitos de origem não comprovada, matéria essa que será apreciada quando do exame do recurso de ofício, já que a exigência foi afastada pela DRJ.

Por fim, pede seja declarada a nulidade do acórdão exarado pela DRJ sob o argumento de que o órgão de origem deixou de examinar sua alegação de que inexistia pressuposto para fiscalização do IPI.

Também aqui não assiste razão à defesa. É que, tal como ocorreu no recurso voluntário, também na impugnação ao lançamento a recorrente nada fala em sua preliminar (fl. 5360 e ss.) sobre qual pressuposto estaria ausente para fiscalização do IPI. A matéria referente à exigência de IPI com base em depósitos de origem não comprovada foi tratada no mérito daquela decisão.

Tendo em vista o exposto, voto por afastar todas as preliminares de nulidade suscitadas pela recorrente.

2.2) Das Transferências entre Contas de Titularidade da Contribuinte

Alega a defesa que a fiscalização deixou de excluir dos depósitos de origem não comprovada as transferências realizadas entre contas-correntes bancárias de titularidade da empresa. Afirma que diversos cheques sacados contra o Banco Safra, agência 149, conta 2178, foram depositados no banco Bradesco agência 2413-9, conta corrente 972-5, conforme planilha de fl. 5445, no valor total de R\$ 1.082.000,00.

Alega ainda que houve transferência à título de empréstimo entre contas de mesma titularidade, ambas no Banco Safra (contas-correntes 100244-9 e 217-8), conforme planilha de fls. 5445/5446, no valor total de R\$ 520.016,21.

Pois bem, examinando os autos do processo, em especial as folhas indicadas nas planilhas elaboradas pela recorrente, é possível verificar que, de fato, os cheques sacados na conta do Banco Safra foram depositados na conta do Bradesco, ambas de titularidade da empresa. Corroboram essa afirmação as cópias dos referidos cheques juntadas pela recorrente (fl. 5457 e ss.).

O mesmo pode-se constatar quanto às transferências realizadas a título de empréstimo entre as duas contas mantidas no Banco Safra. Realmente, compulsando-se as folhas indicadas naquela planilha, é possível verificar a alegada transferência entre contas da mesma titularidade.

Isso posto, deve-se afastar da relação dos depósitos de origem não comprovada elaborada pela fiscalização (fls. 4392/4466), as transferências entre contas de mesma titularidade indicadas nas planilhas confeccionadas pelo sujeito passivo (fl. 5445 e fls. 5445/5446).

2.3) Das Operações de Financiamento

Argumenta a interessada que os depósitos indicados na planilha de fls. 5447/5448, no valor total de R\$ 379.995,00, tiveram origem em mútuo contraído junto à sua sócia, a Sra. Arminda Vianna Proa. Anexa à fl. 5504 e ss. cópia do contrato de mútuo.

Examinando os documentos indicados na planilha da interessada é possível verificar que se tratam de depósitos realizados na conta-corrente da empresa. Em nenhum desses documentos aparece o nome da Sra. Arminda Vianna Proa como depositante.

Ademais, o documento intitulado contrato de mútuo, anexado pela recorrente, não possui força probante pois assinado entre pessoas que possuem interesse comum em afastar a exigência fiscal. Veja que naquele documento a Sra. Arminda Vianna Proa assina tanto como mutuária quanto mutuante.

2.4) Do Pagamento da Dívida da Empresa Bebida Gostosa

Afirma a recorrente que os depósitos indicados na planilha de fls. 5449 referem-se à quitação, por parte da empresa Bebida Gostosa Rio Indústria e Comércio Ltda., de um mútuo concedido pela interessada em 2003, no valor de R\$ 1.500.000,00. Explica que o contrato de mútuo ora anexado (fl. 2542) e a declaração da empresa GMG Mercantil de Fomento Ltda. (fl. 2542), comprovam o alegado.

Pois bem, conforme reconhece a própria recorrente (fl. 5448):

Anteriormente a empresa Bebida Gostosa Rio Indústria e Comércio Ltda. detinha participação no quadro societário da impugnante. Sua condição de coligada caracterizava-se não só pela participação no capital como também por laços de parentesco e amizade existentes entre os componentes das duas empresas. Tal vínculo continuou existindo depois que ela se retirou do corpo social da empresa, em fevereiro de 2003 (fls. 253/256).

(...)

Isso posto, havendo interesse comum, é de se dizer que o documento denominado contrato de mútuo, ora anexado, não possui valor probante.

Por outro lado, a empresa GMG Mercantil de Fomento Ltda. afirma o seguinte (fl. 2542):

Em resposta ao Termo nº 153 em seu item nº 4 temos a esclarecer o seguinte:

Que os valores supracitados no item 4 e descritos abaixo foram oriundos de Operações de Fomento Mercantil realizadas com a Empresa BEBIDA GOSTOSA RIO IND. COM. E EXPORTAÇÃO LTDA. CNPJ 01.481.481/0001/-67 qual solicitou que os valores de cada negociação fossem creditados na conta de seu fornecedor, a Empresa MINALICE MINERAÇÃO LTDA. - CNPJ 61.169.793/0001-61:

(...)

Como visto acima, não há menção pela GMG de nenhum empréstimo envolvendo a autuada e a empresa Bebida Gostosa. O que foi declarado pela GMG é que os valores foram depositados na conta da recorrente, na condição de fornecedora da empresa Bebida Gostosa.

2.5) Das Operações de Factoring

Alega a defesa que a fiscalização exorbitou sua competência ao presumir, a partir de uma amostragem e sem amparo legal, que os depósitos efetuados em suas contas-correntes por empresas de factoring seriam provenientes de vendas.

Também aqui não assiste razão à recorrente. De fato, as presunções simples são admitidas pelo Direito, inclusive pelo Direito Tributário. Não é demais lembrar que o Código de Processo Civil assim estabelece:

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

(...)

Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

Ora, experiência nos ensina que as empresas comerciais que fazem vendas a prazo, como é o caso da autuada, normalmente procuram meios para obter a antecipação de seus recebíveis. E um dos meios empregados é justamente a alienação de seus recebíveis à empresas de factoring.

Em sendo assim, é lícito à fiscalização presumir que os depósitos efetuados por empresas de factoring nas contas da recorrente têm origem em vendas a prazo.

2.6) Da Alegação de Inconstitucionalidade de Lei Tributária

Alega a defesa que o lançamento do IRPJ realizado com base em depósitos de origem não comprovada: (i) viola o art. 43 do CTN; (ii) está fundamentado em lei ordinária, quando a Constituição exige lei complementar e; (iii) macula os princípios constitucionais da capacidade contributiva e da proporcionalidade.

Tais argumentos, entretanto, não podem ser apreciados no âmbito administrativo pois importaria o exame da (in)constitucionalidade direta ou indireta do art. 42 da Lei nº 9.430/96, o que é vedado pelo art. 26-A do Decreto nº 70.235/72 e pela Súmula nº 2 do CARF.

3) DO RECURSO DE OFÍCIO

A DRJ de origem submeteu seu julgado à reapreciação por este Conselho, haja vista haver exonerado o sujeito passivo do pagamento de tributos e encargos de multa em montante superior ao limite de sua alçada.

3.1) Dos Estornos nas Contas-Correntes Bancárias

O órgão de origem afastou do demonstrativo de depósitos de origem não comprovada elaborado pelo auditor, os valores correspondentes aos estornos nas contas-correntes bancárias, conforme planilha de fl. 5412.

Correta a decisão da DRJ. De fato, os estornos realizados pelas instituições financeiras nas contas-correntes da interessada anulam o depósito efetuado.

3.2) Do IPI sobre Depósitos de Origem não Comprovada

A DRJ de origem afastou a exigência do IPI incidente sobre a omissão de receita decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada com fundamento na seguinte argumentação:

De acordo com o disposto na NC (22-2), o IPI é calculado por um valor em reais multiplicado pela quantidade de produtos saída do estabelecimento. Não foi o método utilizado pelo autuante relativamente à omissão de receita com base em depósitos bancários de origem não comprovada, como especificado abaixo.

Verifica-se no demonstrativo de fls. 5232/5233 (Demonstrativo Decendial de Valores Devidos de Imposto sobre Produtos Industrializados-Depósitos Bancários de Origem não Comprovada), que o autuante tomou o valor de R\$ 0,0861 previsto na NC (22-2) como sendo alíquota ad valorem e aplicou-a sobre o valor da omissão de receita relativa a depósitos bancários de origem não comprovada. Por exemplo, no 1º decêndio do mês de janeiro apurou-se omissão de receitas de R\$ 240.437,49 que, multiplicada por 0,0861, resultou R\$ 20.701,67, que foi deduzido do valor do IPI devido apurado com base nas notas fiscais de venda.

Diante do exposto, tendo sido constatado o erro acima descrito, deve-se excluir do lançamento os valores de IPI especificados no demonstrativo de fls. 5232/5233 como “Valor Devido com Base em Depósitos Bancários”, conforme abaixo relacionado:

(...)

Correta a decisão da DRJ. De fato, em se tratando de produtos sujeitos à alíquota específica, qual seja, R\$ 0,0861 para cada unidade de produto vendida, o correto seria identificar-se qual o número de unidades do produto foram vendidas. Para isso bastaria dividir o montante da omissão de receita advindo de depósitos de origem não comprovada, pelo preço unitário médio dos produtos vendidos. Identificada a quantidade de produtos vendidos, o IPI deveria ser calculado mediante sua multiplicação pela alíquota específica.

O auditor, entretanto, multiplicou a receita omitida por 0,0861, o que resulta em valor de IPI diverso daquele que seria devido segundo o cálculo acima descrito.

Processo nº 15956.000398/2009-17
Acórdão n.º **1201-001.083**

S1-C2T1
Fl. 14

4) CONCLUSÃO

Tendo em vista todo o exposto, voto por indeferir as preliminares de nulidade e, no mérito, por negar provimento ao recurso de ofício e por dar parcial provimento ao recurso voluntário para excluir dos depósitos de origem não comprovada (fl. 4391) as transferências havidas entre contas-correntes bancárias de titularidade da contribuinte, conforme item 2.2 do voto.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto