MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA TURMA ESPECIAL

Processo nº	16327.004024/2002-65
Recurso nº	159.739 Voluntário
Matéria	IRPJ - Arbitramento
Acórdão nº	191-00.030
Sessão de	21 de outubro de 2008
Recorrente	AFL FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA.
Recorrida	8ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1996, 1997, 1998, 1999

Ementa: NULIDADE. PROVA ILÍCITA. REMESSA DOS EXTRATOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

Não há quebra de sigilo bancário, nem ofensa aos princípios constitucionais, a transferência do sigilo à SRF, quebrado por ordem judicial provocada pelo Ministério Público Federal, que remete os extratos para análise e apuração de eventual cometimento de ilícito tributário, matéria de ordem pública, função atinente ao seu exercício, como *custos legis* e representante dos interesses do Estado.

NULIDADE. ANTERIOR LANÇAMENTO FISCAL. MESMO EXERCÍCIO. MATÉRIA TRIBUTÁVEL DIVERSA.

Não é nula, ou improcedente, a autuação posterior no mesmo contribuinte, cujo período já fora objeto de fiscalização, quando realizada por determinação do Delegado da Receita Federal e a autoridade fiscal não incluir na base de cálculo a matéria tributável anteriormente considerada. Trata-se de complementação da exigência fiscal, lavrado o Auto de Infração complementar devido a fatos novos conhecidos após o término da ação fiscal anterior e que justificam o reexame do período.

DECADÊNCIA.

Para o exercício financeiro de 1997, ano-calendário de 1996, a opção do contribuinte pelo regime de apuração do lucro só se tornava definitiva quando da entrega da declaração, razão pela qual este é o termo de início para contagem do prazo decadencial. Observado pelo auditor fiscal o prazo qüinqüenal, não há que se falar em decadência do lançamento.

ARBITRAMENTO.

Na falta de escrituração da movimentação financeira praticada pela contribuinte e dos registros contábeis de apropriação das receitas, da não apresentação dos documentos contábeis e fiscais que fundamentam a contabilidade, ausência de assinatura dos responsáveis pelos Livros e ausência de registro do Livro Diário no órgão próprio, constata-se a hipótese descrita no inciso II do artigo 47 da Lei nº 8.981/95, legitimando o arbitramento do lucro.

FACTORING. ÍNDICES PUBLICADOS. ENTIDADE RECONHECIDA DA ATIVIDADE DA EMPRESA.

Regular o procedimento fiscal que aplicou os índices de fatores de compra mensais publicados pela ANFAC aos somatórios mensais dos créditos bancários espelhados nos extratos bancários de *factoring*, apurando a base de cálculo para arbitramento do lucro, antes da edição do artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. LANÇAMENTO. PRESUNÇÃO LEGAL.

É regular o procedimento de fiscalização que, após solicitar a escrituração contábil do contribuinte, examina os extratos bancários para verificar a compatibilidade entre a movimentação financeira e os valores escriturados e declarados ao fisco. Em constatando relevante disparidade e não justificando, o contribuinte, a origem dos créditos bancários, é lícito e um dever proceder ao lançamento por presunção de receita omitida, com fulcro no artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

ÔNUS DA PROVA. PRESUNÇÃO LEGAL.

Nos casos de lançamento tributário por presunção legal, o ônus da prova inverte-se e passa ao contribuinte fiscalizado a responsabilidade por descaracterizar o ilícito tributário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Primeira Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes, 1) Pelo voto de qualidade,REJEITAR a preliminar de decadência, vencidos os Conselheiros Marcos Vinicius Barros Ottoni e Roberto Armond Ferreira da Silva, que acolhia contando o prazo na forma do art. 150 do CTN; o conselheiro Antonio Praga acompanha a relatora pelas conclusões, contando o prazo decadencial na forma do art. 173 do CTN. 2) Por unanimidade de votos, REJEITAR as demais preliminares. 3) No mérito, Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

ANTÔNIO PRAGA
Presidente

ANA DE BARROS FERNANDES
Relatora

FORMALIZADO EM: 20 OUT 2008

Relatório

A empresa foi autuada a recolher IRPJ e tributos reflexos – CSLL, PIS e COFINS -, relativos aos anos-calendários de 1996, 1997, 1998 e 1999.

Da leitura do Termo Conclusivo de Ação Fiscal, parte integrante dos referidos Autos de Infração, constante às fls. 515 a 542 deste processo, verifica-se o que segue.

A empresa para o ano-calendário de 1996 optou pelo Lucro Presumido para forma de apuração do IRPJ, nos anos-calendários de 1997 e 1998, apurou o IRPJ pelo Lucro Real e, no ano-calendário de 1999, entregou declaração como se estivesse "Inativa", apesar de estar em atividade.

No procedimento fiscal verificou-se que a empresa já sofrera fiscalização, a qual abrangeu o período de 1994 a 1996, e fora autuada, formalizando-se o processo administrativo fiscal nº 10830.003411/98-24, atualmente na Procuradoria da Fazenda Nacional. Esclarece o Auditor Fiscal que a autuação decorreu da falta de escrituração contábil e fiscal e, ainda, Livro Caixa. Naquele procedimento arbitrou-se o lucro da contribuinte com base nos depósitos bancários realizados em conta bancária mantida no Banco Brasileiro Comercial – BBC, abatidas taxas de descontos correspondentes.

Tanto a ação fiscal anterior, como a objeto desse litígio administrativo fiscal, decorreram de trabalhos de investigação do Ministério Público Federal, que repassou os extratos bancário obtidos por via judicial ao fisco, para que esse procedesse às verificações de ordem tributária.

Ocorreu que, após o encerramento da ação fiscal anterior, o fisco recebeu extratos bancários de contas mantidas em outras instituições financeiras, a saber:

HSBC – Banco Bamerindus - período de janeiro de 1996 a junho de 1999;

BBC* – período de janeiro de 1997 a abril de 1998;

Unibanco – c/c 127.920-4 - período de março a setembro de 1997;

Fundo (FOV 103)/FAC UBB OVER CP – período de junho de 1996 a fev/97;

Unibanco – c/c 125.925-5 – período janeiro de 1996 a abril de 1998

Os extratos bancários vindos do BBC, salientou a autoridade fiscal, são da mesma conta objeto da ação fiscal anterior, porém se referem a outro período, posterior ao ano-calendário de 1996, não se tratando, pois, de exame fiscal em duplicidade.

Alerta, ainda, que o reexame do período objeto da outra ação fiscal, no que se refere ao ano-calendário de 1996, foi devidamente autorizado pelo Delegado da Receita Federal – DEINF/SP mediante a emissão do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, que determina a execução da ação fiscal (fl. 01).

Iniciado o procedimento fiscal, a empresa entregou os balancetes de verificações mensais e Livros "Diário" e "Razão", relativos aos anos de 1997 e 1998, sem registro na JUCESP, cujas cópias se encontram nas fls. 17 a 117.

Intimada a empresa, e reintimada, a se manifestar sobre os créditos bancários havidos nas contas bancárias mantidas no Banco HSBC – Bamerindus e BBC nos anos de 1997 a 1999 (fls. 183 a 192), após solicitação de prorrogação de prazo de trinta dias, limitou-se a responder que já havia entregue os documentos solicitados no Termo de Início de Fiscalização e que não podia responder às presentes por ter falecido o sócio-administrador da empresa à época dos fatos e também o contador responsável (fls. 197 e 198).

Pelo Termo de Intimação Fiscal nº 047/2002, a fiscalizada foi intimada a esclarecer a origem dos créditos recebidos nas duas contas mantidas no Unibanco, no período compreendido entre janeiro de 1996 e abril de 1998.

Respondeu à intimação esclarecendo, apenas, que as movimentações dos períodos solicitados já eram objeto do processo administrativo fiscal nº 10830.003411/98-24 e que, por falecimento do sócio administrador e contador responsável, não tinha condições de atender à Intimação Fiscal (fls. 486/487).

A fiscalização procedeu, então, à intimação para saber os fatores mensais de compra de créditos utilizados pela empresa "Nova Era", para o ano de 1996 e manifestação sobre os referidos fatores fixados pela Associação Nacional de Factoring – ANFAC (fls. 488 a 490).

Novamente respondeu que os fatos referentes ao ano-calendário de 1996 já haviam sido objeto de outra ação fiscal e que o falecimento das pessoas responsáveis pela administração da empresa já haviam falecido, ficando impossibilitada de atender à intimação.

Destaca-se nesse relatório que:

a) ainda que os Livros Diários não estivessem registrados, nem assinados pelos sócios ou contador responsável, a fiscalização procedeu à auditoria contábil, constatando que somente a conta bancária mantida no Banco Bamerindus, nº 1352-02966-07, no que se refere ao ano-calendário de 1997, fora devidamente contabilizada;

b) com relação aos demais períodos e demais contas bancárias, não houve registro das movimentações financeiras;

c) com referência aos anos de 1996 e 1999 a empresa não apresentou nem Livros, nem quaisquer documentos contábeis ou comerciais, apesar da grande movimentação financeira espelhada nos extratos bancários;

d) a empresa, com relação ao ano-calendário de 1999, estava obrigada a apresentar declaração no regime de apuração do Lucro Real, por força da norma tributária, mas, apesar da expressiva movimentação financeira, entregou como "Inativa".

Na continuidade da ação fiscal, lavrou os Autos de Infração ora responsáveis pelo litígio instaurado, do exame dos quais se depreende:

- A fiscalização procedeu à soma dos depósitos havidos nas contas correntes mantidas nas seguintes instituições e períodos, respeitada a devida conciliação bancária:

  Banco Bamerindus – c/c 1352.02966-07 – janeiro de 1996 a fev/99;

  Banco BBC – c/c 004959-0 – janeiro de 1997 a junho de 1997;

  Unibanco – c/c 127.920-4 – março de 1997 a agosto de 1997;

  Unibanco – c/c 125.925-5 – janeiro de 1996 a fevereiro de 1997.

- Dos valores de cada banco, procedeu à consolidação mensal (fls. 537);

- Em face à imprestabilidade da contabilidade apresentada, com fulcro no art. 530 do Regulamento do Imposto de Renda vigente – RIR/99 (art. 47 da Lei nº 8.981/95), arbitrou o lucro da empresa no percentual de 38,4%, considerando como base de cálculo a seguinte receita omitida: para o ano-calendário de 1996 os totais de depósitos mensais, aplicado os índices da ANFAC denominados fatores de compra; e, para os demais anos, procedeu segundo disposto no artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

- Procedeu-se à autuação, também, dos tributos reflexos – CSLL, PIS e COFINS.

Apresentada a impugnação à autuação às fls. 587 a 601, a empresa autuada se defendeu nos seguintes termos:

a) Nulidade da autuação fiscal por a Secretaria da Receita Federal não ter promovido a quebra de sigilo bancário, consistindo a obtenção dos extratos bancários remetidos pelo Ministério Público Federal, que obteve a quebra judicial, em prova ilícita, conforme dispõe o parágrafo 1º do art. 38 da Lei nº 4.595/64, c/ o art. 5º, inciso LVI, da Carta Magna;

b) Decadência do lançamento fiscal no que se refere ao ano-calendário de 1996, aplicando-se como termo inicial do prazo 01/01/97, consoante dispõe o artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional – CTN;

c) Nulidade da autuação no que respeita o ano-calendário de 1996, por já haver sido objeto de fiscalização, formalizada no processo administrativo fiscal nº 10830.003411/98-24;

d) No mérito, a exigência fiscal com base no somatório de créditos bancários não encontra respaldo no ordenamento jurídico, pois não constitui presunção de disponibilidade econômica ou jurídica de renda e proventos de qualquer natureza, contrariando o artigo 43 do CTN; não foi estabelecida a lógica de vínculo entre os indícios e o ganho ou acréscimo de patrimônio, dado que não foi provada a origem dos depósitos bancários pela fiscalização; essa base de cálculo não imponível aos lançamentos da CSLL, PIS e COFINS, pelas mesmas razões;

e) cita alguns julgados administrativos e judiciais anteriores à vigência do artigo 42 da Lei nº 9.430/96;

f) a base de cálculo do PIS não pode ser considerada a sua receita bruta, pois inaplicável o art. 3º, 'b', da Lei Complementar nº 7/70, visto ter sido assemelhada à instituição financeira;

g) não cabe o arbitramento, pois a contribuinte optou pelo Lucro Presumido, com a entrega da declaração de rendimentos, em 1996; se o fisco admite a exigência com base em extratos, não pode arbitrar e sim deve apurar o lucro real.

A Oitava Turma da DRJ de São Paulo – I exarou o acórdão nº 16-11.073 mantendo na íntegra o lançamento fiscal, conforme se verifica às fls. 650 a 664.

Vale destacar os seguintes trechos do extenso decisório:

[...]

12. Portanto, dadas as atribuições do Ministério Público estabelecidas na CF e na Lei Complementar 75/93, não há como caracterizar como ilícito, como pretende o autuado, o procedimento daquela instituição de encaminhar ao Fisco, através dos Ofícios PR/CAMP nº 1789/2001, de 01/10/2001, e PR/CAMP 1463/2002, de 09/05/2002 (fls. 119 e 199), para as providências cabíveis, *os mencionados extratos bancários, obtidos com a quebra do sigilo bancário decretada pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Campinas, nos autos do processo judicial 97.0601009-2. Portanto, nesse aspecto, o presente lançamento fiscal, baseado nos citados extratos bancários, possui plena legitimidade.*

[...]

15. Também não assiste razão ao autuado na questão da decadência dos fatos geradores do ano-calendário de 96.... Isto porque a Lei nº 8.541/95, em seu artigo 13, parágrafo 2º, a seguir transcrito, estipulava que a opção pelo lucro presumido somente seria definitiva mediante a entrega de Declaração a ser feita até o último dia do mês de abril do ano seguinte, o que, por conseqüência, obrigava o Fisco a aguardar a decisão do contribuinte, até abril/97, para proceder ao reexame de sua escrita fiscal de 96, e efetuar eventual lançamento daí decorrente.

Tempestivamente, às fls. 678 a 689, a autuada, irresignada, interpôs Recurso Voluntário, submetendo o litígio à apreciação desse colegiado.

Reprisa a argumentação já exposta na impugnação, como se verifica, assim iniciando:

1. *Assim, procedeu a fiscalização ao somatório dos depósitos/créditos contidos em extratos bancários, formalizando um quadro denominado "Depósitos/Créditos – Resumo Mensal, sobre o qual foram aplicadas "Taxas Médias Mensais", uma vez que a fiscalização entendeu que as atividades da ora Recorrente são típicas do sistema financeiro, determinando assim as exigências ora questionadas. Tratam-se de operações supostamente ocorridas nos anos de 1996, 1997, 1998 e 1999.*

2. várias vezes salienta que a matéria objeto dessa autuação é a mesma discutida no processo nº 10830.003411/98-24;

3. a recorrente foi assemelhada à instituição financeira e por isso indevida a autuação do PIS;

4. não é justificável o arbitramento;

5. as taxas médias que a fiscalização aplicou é tributação sobre capital, portanto incabível, visto não constituir renda;

6. o simples registro a crédito em conta bancária não constitui renda e no montante há valores que não guardam relação com os fatos alegados;

7. a Secretaria da Receita Federal é ilegítima para ter acesso à quebra do sigilo bancário judicial;

8. cita novamente jurisprudência administrativa e judicial de situações anteriores à edição do artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

É o relatório. Passo a proferir meu voto.

Voto

Conselheira ANA DE BARROS FERNANDES, Relatora.

Conheço do Recurso Voluntário interposto, por tempestivo, e passo a analisá-lo estando o crédito tributário objeto do presente litígio administrativo – tributo + multa R$

69.531,27 – , dentro do limite de alçada para apreciação por essa Turma Especial, de acordo com o definido no inciso I do artigo 2º da Portaria MF nº 92/08.

Das preliminares.

I. A primeira preliminar a ser apreciada é a questão de decadência da autuação cujo período objeto foi o ano-calendário de 1996. Para esse ano, entendo ser aplicável o artigo 173, inciso I, do CTN, com o termo de início, para a contagem do prazo decadencial, na entrega da DIPJ/97, já que, como salientado pela DRJ, nos exercícios financeiros antes da edição da Lei nº 9.430/96, o fisco teria que esperar a opção do contribuinte para exercer a função fiscalizadora (vd. item '15' citado no relatório, reproduzido do acórdão da DRJ).

Assim dispõe o artigo 13 da Lei nº 8.541/92:

Art. 13. Poderão optar pela tributação com base no lucro presumido as pessoas jurídicas cuja receita bruta total, acrescida das demais receitas e ganhos de capital, tenha sido igual ou inferior a 9.600.000 Ufir no ano-calendário anterior.

[...]

*§ 2º Sem prejuízo do recolhimento do imposto sobre a renda mensal de que trata esta seção, **a opção pela tributação com base no lucro presumido será exercida e considerada definitiva pela entrega da declaração** prevista no art. 18, inciso IV, desta lei.*

(grifos não pertencem ao original)

Por conseguinte, rejeita-se a preliminar de decadência suscitada.

II. A outra preliminar, ainda condizente com o ano-calendário de 1996, diz respeito à duplicidade de autuação cuja auditoria focalizou o mesmo período.

Tal fato foi ressaltado por diversas vezes pelo auditor fiscal no Termo de Conclusão Fiscal, que assinalou não estar se valendo da mesma matéria tributada na autuação anterior, objeto do litígio manifestado no processo administrativo fiscal nº 10830.003411/98-24, Acórdão nº 107-07.636.

Com efeito, extrai-se do referido acórdão:

Do Relatório:

II – ACUSAÇÃO.

De acordo com o Auto de Infração de fls. 02/05, 59/77, Termo Conclusivo da Ação Fiscal, às fls. 06/13, e as planilhas de fls. 02/ 05, 14/58, o crédito tributário – litigioso nessa esfera - lançado e exigível nos anos-calendário de 1994 a 1996, decorre de:

*01. **omissão de receita – nos anos-calendário de 1994 a 1996** - , por falta de reconhecimento dos rendimentos dos capitais aplicados (empréstimos a terceiros, evidenciado pela movimentação saques/cheques/débitos) e depositados em conta bancária não-escriturada (**BBC – Banco Brasileiro Comercial S/A – Ag.***

Campinas/SP. *). Note-se que os juros foram cobrados quando do retorno dos empréstimos, movimentados pelos depósitos/créditos. A exigência fundou-se em imposição de juros diários (conversão das taxas de juros do período de aplicação em taxas médias ponderadas mensais (Capital x taxa mês), a partir das anotações dos juros praticados nos respectivos borderôs (Anexos 04 e 05), considerando-se no cálculo das respectivas taxas mensais a influência do volume de capital). Impôs-multa majorada com agravamento.*

Enquadramento legal: arts. 197 - parágrafo único, 225, 226, 227, 195-inciso II, e 230, do RIR/94.

02. Arbitramento de Lucros no ano-calendário de 1996, tendo em vista que a empresa optara pela apuração com base no lucro presumido.

Do voto:

IV – DO INDEVIDO ARBITRAMENTO DOS LUCROS DO ANO-CALENDÁRIO DE 1996.

A par da prevalência indiscutível das atividades sobranceiras – não autorizadas - exercidas[1]*, similarmente ficara assente, conforme Termo Conclusivo da Ação Fiscal, às fls., 08, subitem 12, que o arbitramento se fez tendo em vista que a empresa não dispunha de Livro Caixa devidamente escriturado, requisito previsto no inciso I, art. 534, do RIR/94. E mais: não ofertara, igualmente, escrituração completa com base nas leis comerciais e fiscais que pudessem suprir a lacuna pela ausência da escrituração do seu movimento financeiro, não obstante as reiteradas intimações perpetradas, com prorrogação de prazo concedida pelo Termo Fiscal de 23.12.1997.*

A empresa utiliza-se de meios magnéticos, como se intuiu. É consabido que, para apresentação dos arquivos em meio magnéticos, o prazo prescrito, a teor do art. 62 da Lei n.º 8.383/91, ficará a critério da Autoridade Fiscal. Não sendo cumprida a exigência até o trigésimo dia subseqüente ao grafado pelo Fisco, admitir-se-á o arbitramento dos lucros, sem prejuízo da aplicação das multas prescritas pela Lei n.º 8.218/91, artigo 1º.

A recorrente alega, em sua defesa que, se o fisco presume válida a exigência com base em extratos bancários, não pode alegar que os mesmos elementos impedem a apuração pela base do lucro real.

Equivoca-se a defendente. As empresas de factoring não são instituições financeiras; todavia, se praticarem operações que não se enquadrem no conceito legal de factoring e que caracterizem

[1] Art 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.
Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.
Art 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

operações privativas de instituição financeira, na forma da Lei n.º 4.595/64, art. 17, constitui, por essa norma, não só ilícito administrativo (Lei n.º 4.595/64) como criminal (Lei n.º 7.492/86), além de sujeitar o contribuinte às cobranças dos tributos incidentes sobre instituições financeiras (pois a essência é prevalecente frente à forma).

O arbitramento se cristalizou com supedâneo estrito nas verbas declaradas pela contribuinte, vazado nas razões já desfiadas. Não foi além. E os extratos bancários serviram como meio probante ou indiciário convergente das omissões. A esse se deu o tratamento de omissão de receitas, com exigência específica. Nenhuma anomalia ou contradição nesse procedimento se vislumbra.

Item que se nega provimento.

(grifos não pertencem ao original)

Desta forma, verifica-se que, com relação ao ano-calendário de 1996, de fato, o retro processo administrativo discutia exigência fiscal de IRPJ, calculado por arbitramento de lucros, mantido na esfera administrativa por esse colegiado, mas, como a autoridade fiscal alertou, sobre os depósitos havidos na conta bancária mantida no Banco Brasileiro Comercial S/A - BBC, valores que não foram incluídos no cômputo da presente autuação, eis que o Ministério Público Federal não havia ainda disponibilizado os demais extratos bancários, remetidos por aquele órgão somente após encerrada a ação fiscal.

Como dito também, pelo próprio contribuinte, e verificado pelo cotejo das alegações em um e outro processo, a ação fiscal ora debatida nada mais é do que continuidade da anterior.

Nessa autuação que ora se analisa, no que respeita à sua legalidade e legitimidade e, especificamente, ao ano de 1996, a matéria tributável se limitou a considerar os créditos tributários realizados nas contas mantidas no Unibanco e no Banco Bamerindus – HSBC.

Em assim sendo, não há que se falar em bi-tributação de valores, consistindo a atual autuação em mera complementação da anterior, à qual reabriu-se prazo para a contribuinte impugnar e exercer plenamente seu direito de ampla defesa e do contraditório.

Rejeito, portanto, a preliminar suscitada, aduzindo ao tópico, que faço coro com o auditor fiscal no entendimento esposado de que a determinação para proceder a ação fiscal formalizada no MPF de fl. 01, exarada pelo Delegado da Receita Federal, supre a exigência legal do artigo 906 do Regulamento do Imposto de Renda vigente – RIR/99.

III. Por última preliminar, cabe apreciar a argumentação de que a Secretaria da Receita Federal não é parte na quebra de sigilo bancário promovida pelo Ministério Público Federal e por decorrência os extratos remetidos por aquele órgão não poderiam servir de prova para fundamentar a autuação fiscal.

Reitero as razões pelas quais o colegiado de primeira instância rejeitou essa preliminar, e acrescento ainda a seguinte argumentação.

Ora, é cediço que as funções do Ministério Público Federal é a de *custos legis* e que é órgão que representa o Estado na defesa de seus interesses de ordem pública. Nada mais coerente que ao exercer sua função primordial, ao investigar fatos relevantes, encaminhe ao órgão, igualmente estatal destaque-se, os elementos obtidos por via judicial, para que sejam verificados ilícitos tributários, igualmente, ainda, de ordem pública.

Em recente julgado, expus em voto breve explanação sobre a inteligência do artigo 38 da Lei nº 4.595/64 e as demais normas que regularam a matéria do sigilo bancário e a Receita Federal, transcrevendo o seguinte trecho daquele:

> *Vários pontos devem ser abordados no que respeita o assunto, a fim de obtermos uma conclusão lógica e coerente com o sistema jurídico como um todo, não se atendo a peculiaridades de cada texto legal de forma isolada, ou mesmo a julgados cujos casos não se conhece em profundidade.*
>
> *Em primeiro lugar, há que se analisar o texto do artigo 38 e seus §§, da Lei nº 4.595/64, vigente à época dos fatos ora analisados, considerada a norma que norteou e regulamentou o Sistema Financeiro Nacional:*
>
> *Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.*
>
> *§ 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.*
>
> *§ 2º O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.*
>
> *§ 3º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei nº 1579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.*
>
> *§ 4º Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2º e 3º, deste artigo, deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.*
>
> *§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.*
>
> *§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras*

às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

§ 7º A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. (Revogado pela Lei Complementar nº 105, de 10.1.2001) (Vide Lei nº Lei 6.385, de 1976)

Observa-se da leitura do dispositivo supra reproduzido que o legislador, ao regular as operações financeiras, observando boa técnica legislativa, no caput, protegeu o sigilo das operações financeiras admoestando as instituições financeiras de seu caráter privado. Todavia, ao redigir os §§, submissos ao caput, foi abrindo exceções à regra, denotando-se, sempre, o cuidado em deixar claro que somente se excepcionaria o sigilo às autoridade públicas, no interesse do Estado – caso das CPI (§§ 2º, 3º e 4º), dos agentes tributários (§§ 5º e 6º) e do próprio Poder Judiciário, vedando-lhe a publicidade das informações que o acesso aos documentos bancários privados que possibilitaria (§1º). Ao § 7º deixou a função de cominar a pena aos infratores do artigo, como um todo.

A razão do cuidado do legislador ao tratar de assunto tão polêmico é balizar o interesse privado e o interesse público, sendo inquestionável, pela doutrina ou pela jurisprudência, a supremacia desse em detrimento ao outro. Daí a preocupação do legislador, que primeiro regulou o assunto, de deixar claro que só quando há relevante motivo autoriza-se o Estado, seja representado pelo Poder Judiciário (§1º), pelo Poder Legislativo (§§ 2º, 3º e 4º) ou pelo Poder Executivo (neste caso restrito às autoridades tributárias - §§ 5º e 6º), alertando-os, repetidamente, que também estão sob o dever de guardar o sigilo funcional já inerente às suas funções.

Afinal, o sigilo bancário é apenas <u>compartilhado</u> e o dever de guardá-lo <u>transferido</u>, data venia àqueles que entendem de forma diversa, nunca 'quebrado' nos casos em que a Lei determina que as autoridades públicas também tenham acesso e sejam, por esta mesma ou outra norma, obrigados a perpetuar o sigilo.

Quanto à relevância que a norma sob análise exige, para que haja esta transferência ou compartilhamento de informações sigilosas, a própria norma confere à autoridade administrativa, mas não por um critério subjetivo, pessoal, e sim explicitando que, no caso das CPI, há que passar pelo crivo do plenário e, no caso das autoridades tributárias, há que haver processo de fiscalização, vale dizer, um interesse institucional devidamente formalizado – evitando-se, desta forma, subentende-se, mera especulação ou 'bisbilhotice' que poderia haver por agentes tributários isolados.

(negrito não pertence ao original)

Entendo perfeitamente legítimo, e necessariamente funcional, o Estado investigativo – Ministério Público Federal – encaminhar as provas fornecidas pelo Estado juiz – Poder Judiciário – para análise ao Estado que detém a competência para zelar pela Ordem

tributária nas funções próprias e privativas de fiscalização – Secretaria da Receita Federal, ressaltando o interesse público uníssono e a continuidade do dever da guarda do sigilo bancário do ser privado.

Rejeitada essa preliminar, também.

Do mérito.

I. No que respeita às alegações do sujeito passivo de que a exigência fiscal com base no somatório de créditos bancários não encontra respaldo no ordenamento jurídico, pois fere o estabelecido no artigo 43 do CTN e, ainda, da necessidade fática do nexo causal entre os valores depositados e sua origem, há que se diferenciar a presente tributação quanto aos momentos, traçando um limiar antes e após a edição do artigo 42, da Lei nº 9.430, vigente a partir de 1996.

I.a) Inversamente, analisamos os exercícios posteriores ao referido dispositivo – anos-calendários de 1997, 1998 e 1999 –, para esclarecer, de pronto, à recorrente a profunda modificação advinda por aquela norma tributária, no que respeita os créditos bancários detectados nas contas mantidas pelos contribuintes.

Assim dispõe o artigo 42 da Lei nº 9.430/96, reproduzido no art. 849 do RIR/99:

> *Art.849. **Caracterizam-se também como omissão de receita ou de rendimento, sujeitos a lançamento de ofício, os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais a pessoa física ou jurídica, regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil ou idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações** (Lei nº 9.430, de 1996, art. 42).*
>
> *§1ºEm relação ao disposto neste artigo, observar-se-ão (Lei nº 9.430, de 1996, art. 42, §§1º e 2º):*
>
> *I-o valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira;*
>
> *II-os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.*
>
> *§2ºPara efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados (Lei nº 9.430, de 1996, art. 42, §3º, incisos I e II, e Lei nº 9.481, de 1997, art. 4º):*
>
> *I-os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;*
>
> *II-no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a doze mil reais, desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de oitenta mil reais.*

§3ºTratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira (Lei nº 9.430, de 1996, art. 42 § 4º).

(grifos não pertencem ao original)

O retro transcrito dispositivo legal cuida de uma presunção legal.

As presunções legais vêm expressas na lei tributária. O próprio legislador destaca situações especiais nas quais os indícios pressupõem a ocorrência do fato gerador. São situações que de tão excepcionais denunciam o ilícito tributário.

Situação deveras conhecida, semelhante à ora analisada, é a constatação do saldo credor do caixa – esta situação é materialmente impossível de ocorrer: se a pessoa jurídica não possui dinheiro em caixa, não poderá fazer o pagamento de despesas. Como pode, então, registrar a contabilidade que a despesa foi paga, sem o respectivo numerário?

A situação é tão absurda, que a norma tributária presume o óbvio: em algum momento houve a omissão de receitas. A norma tributária se incumbe de declarar o indício da omissão: é o saldo credor do caixa.

Semelhantemente ocorre com o artigo 42 da Lei nº 9.430/96 transcrito. O numerário depositado em conta bancária, **não justificado** pelo contribuinte interpelado, constitui omissão de receita.

Novamente, nota-se a seguinte situação excepcional: uma pessoa, jurídica ou física, ao ser fiscalizada, possui ingressos, em conta bancária, em valores superiores àqueles informados ao fisco. A norma tributária determina, na verificação desta hipótese, que não sendo demonstrada a origem daquele numerário pressupõe-se que constitui receita omitida. E a prova, a lei expressamente o declara, caberá ao contribuinte.

As presunções legais, pois, surgem de situações nas quais, com tranqüilidade, os indícios denotam a ocorrência do ilícito tributário.

E a autoridade fiscal colheu as provas dos indícios enunciados na norma tributária: os créditos tributários – não da presunção, em si, pois esta já está declarada como ilícito, pela própria norma.

A presunção, por conseguinte, ergue-se sobre indícios que devem ser devidamente e fartamente provados, como no presente lançamento.

Vale a pena transcrever o artigo 239 do CPP, que conceitua indício:

Art.239.Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

Este *link* entre os indícios e o fato tributariamente relevante é fornecido pela norma tributária: depósitos não justificados ⇒ omissão de receitas; saldo credor de caixa ⇒ omissão de receitas; passivo fictício ⇒ omissão de receitas, e assim por diante.

As presunções enunciadas na norma tributária não são absolutas (*juris et* □*juris*). São presunções legais relativas (*juris tantum*) o que significa que comportam provas em contrário. Estas provas deverão ser apresentadas pelo contribuinte e a própria norma traz esta condição expressa em seu bojo, pois foge à regra geral relativa ao ônus da prova (pertinente ao fisco).

Assim dispõem os artigos 925 e 926 do RIR/99:

Ônus da Prova

Art.924.Cabe à autoridade administrativa a prova da inveracidade dos fatos registrados com observância do disposto no artigo anterior (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 9º, §2º).

Inversão do Ônus da Prova

Art.925.O disposto no artigo anterior não se aplica aos casos em que a lei, por disposição especial, atribua ao contribuinte o ônus da prova de fatos registrados na sua escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 9º, §3º).

Destarte, irrelevante para a aplicação do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, no lançamento tributário, estabelecer-se nexo causal entre os créditos havidos nas contas bancárias da recorrente e a identificação da sua origem, ou com o faturamento da empresa, ou qualquer outro objeto.

E com fulcro no artigo 926 acima reproduzido, quem tem o dever de provar que a origem dos valores depositados em conta de sua titularidade provêm de recursos de terceiros ou que não constituem receita é o sujeito passivo da obrigação tributária. Somente justificando o ingresso de numerários, com documentação hábil, pode ilidir a presunção legal tributária de omissão de receitas.

I.b) No que concerne à autuação levada a efeito no ano-calendário de 1996, a autoridade fiscal não manteve o mesmo critério utilizado no outro processo administrativo já citado, embora note-se que a defesa se valeu da mesma argumentação naquele traçada. – '*...formalizando um quadro denominado "Depósito/Créditos – Resumo Mensal", sobre o qual foram aplicadas "Taxas Médias Mensais", uma vez que a fiscalização entendeu que as atividades da ora recorrente são típicas do sistema financeiro, determinando assim as exigências ora questionadas.*'

No processo anterior, assim consta sobre a forma de se apurar a base de cálculo dos tributos:

Relatório

Note-se que os juros foram cobrados quando do retorno dos empréstimos, movimentados pelos depósitos/créditos. A exigência fundou-se em imposição de juros diários (conversão das taxas de juros do período de aplicação em taxas médias ponderadas mensais (Capital x taxa mês), a partir das anotações dos juros praticados nos respectivos borderôs (Anexos 04 e 05), considerando-se no cálculo das respectivas taxas mensais a influência do volume de capital). Impôs-multa majorada com agravamento.

Voto

No caso presente, o Fisco trabalhou com fundamento não em uma amostra, mas com o universo possibilitado ou viabilizado pelas anotações das taxas de juros praticadas nos borderôs de emissão da própria recorrente, assim como nos extratos bancários plenos e não contabilizados, onde as taxas de juros praticadas mês-a-mês e ano-a-ano minimizaram as possíveis distorções. Eis, de forma iniludível, o vínculo válido, não obstante contestado.

Na ausência do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, que regulou posteriormente a matéria, atribuindo a presunção legal ao fato, o agente fiscal ao constatar a relevante movimentação financeira da empresa totalmente dispare do que se encontrava precariamente contabilizado, buscou os índices publicados pela ANFAC – Associação Nacional das empresas de *factoring*, como é o caso da autuada.

Saliente-se, daquele julgado, ainda:

Ora, como abdicar do movimento bancário não ingressado na escrituração da empresa, conforme bem percebera a decisão prévia, se, v.g., a contribuinte reconhecera na escrituração, ***em janeiro de 1996, verba atinente à receita operacional na ordem de R$ 200,00, em sendo o valores registrados a crédito na conta bancária marginal na órbita de R$ 1.849.816,03?***

(grifos não pertencem ao original)

Na presente autuação, a fiscalização buscou, para quantificar a base de cálculo, os referidos índices da ANFAC, após a interessada ter sido intimada a fornecer os fatores de compra de títulos negociados e não o fazendo; observe-se do trecho retirado do termo de Conclusão Fiscal – fls. 540:

DA RECEITA OMITIDA

30 – No ano-calendário de 1996, a receita omitida corresponde à aplicação dos fatores de compra de créditos sobre os depósitos bancários efetuados nas contas correntes de nº 1352-02966-07, agência 1352, do Banco Bamerindus, e na conta corrente nº 125.925-5, agência 006, do UNIBANCO.

[...]

A associação Nacional de "Factoring" – ANFAC indica diariamente o fator de compra como parâmetro para orientação de suas associadas.

Desta forma, considerando a impossibilidade da AFL FACTORING em fornecer os fatores mensais de compra (item 14), utilizamos os indicadores da ANFAC constantes no endereço eletrônico: www.anfac.com.br, correspondentes à média do mês; [...]

31 – No demonstrativo, a seguir, relacionamos o total dos depósitos bancários em cada mês do ano-calendário de 1.996 (contas correntes nº 1352-02966-07, agência 1352, do Banco Bamerindus, e nº 125.925-

5, agência 006, do UNIBANCO), os fatores de compra indicados pela ANFAC e as correspondentes receitas omitidas.

Irretocável, a meu ver, a forma de apurar a base de cálculo para o cálculo do lucro arbitrado, com relação ao ano-calendário de 1996, na ausência do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, que não guarda relação com o processo anterior.

II. Com relação à autuação do PIS: em momento algum, nessa autuação, a fiscalização equiparou a empresa à instituição financeira, pelo que descabe, *in totum,* a argumentação de não ser correta a exigência do PIS – reflexo, lançado nos estritos moldes legais vigentes – tal argumentação foi feita no outro processo e, de igual forma, rechaçada, por, naquele, ter se comentado sobre a *factoring* estar praticando operações privativas dos bancos.

III. Por fim, sobre a indignação da contribuinte pelo arbitramento do lucro.

Ora, no presente processo infindáveis são as razões que autorizam o arbitramento do lucro.

Reproduzo parte do relatado, enfatizando nos grifos os pontos nevrálgicos da imprestabilidade da escrituração, se é que assim pode ser chamada, apresentada pela fiscalizada à autoridade fiscal:

Destaca-se nesse relatório que:

a) ainda que os Livros Diários não estivessem registrados, nem assinados pelos sócios ou contador responsável, a fiscalização procedeu à auditoria contábil, constatando que somente a conta bancária mantida no Banco Bamerindus, nº 1352-02966-07, no que se refere ao ano-calendário de 1997, fora devidamente contabilizada;

b) com relação aos demais períodos e demais contas bancárias, não houve registro das movimentações financeiras;

c) com referência aos anos de 1996 e 1999 a empresa não apresentou nem Livros, nem quaisquer documentos contábeis ou comerciais, apesar da grande movimentação financeira espelhada nos extratos bancários;

d) a empresa, com relação ao ano-calendário de 1999, estava obrigada a apresentar declaração no regime de apuração do Lucro Real, por força da norma tributária, mas, apesar da expressiva movimentação financeira, entregou como "Inativa".

O dispositivo que disciplina as hipóteses de arbitramento do lucro assim dispõe:

Art.530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

I- o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

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

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

b) determinar o lucro real;

III- o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;

Flagrante, nos presentes autos, a ocorrência da hipótese elencada no inciso II do artigo 530 acima transcrito.

Reproduzo os fundamentos da DRJ sobre o assunto – fls. 660, alicerçando o meu voto em não dar provimento à recorrente:

19. Pelo que consta dos autos, o autuado ostenta, em sua escrita comercial e fiscal, todas as insuficiências descritas no artigo da lei acima reproduzido(*), nos anos-calendários de 96 a 99, o que torna obrigatório o arbitramento do lucro. Conforme consigna a autoridade fiscal, contrastando com a grande movimentação financeira constatada, livros contábeis do autuado não registram apropriação de receitas, além de não estarem assinados pelo sócio responsável, nem pelo técnico contábil, e , nos Livros Diários apresentados não constar a autenticação pelo órgão competente do Registro de Comércio. Os extratos bancários mostram expressiva movimentação financeira, sem que tenham sido apresentado pelo autuado os documentos comerciais e contábeis comprobatórios das operações envolvidas, chegando até o autuado a se declarar como empresa INATIVA, em 99. Esses elementos justificam a descaracterização da escrituração contábil, por imprestável, configurando a hipótese de arbitramento de lucro, consoante prevê a legislação de regência.

(*artigo 47, da Lei 8.981/95)

Desta forma, no presente processo não restam dúvidas sobre o correto procedimento da fiscalização em arbitrar o lucro nos anos objetos do procedimento fiscal, havendo iniciado seus trabalhos com o exame dos Livros escriturados pela empresa que não se revestiram nem das formalidade extrínsecas exigidas pela lei, muito menos intrínsecas, pois não lhe foram apresentados nenhum dos documentos pertinentes, sempre sob a alegação de que o sócio-administrador e contador responsável à época dos fatos faleceram, tornando-se impossível atender à fiscalização.

Não cabe, pelas mesmas razões, invocar-se a súmula 182 do extinto TFR.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, rejeito as preliminares de nulidade e decadência – ano de 1996 – suscitadas, para, no mérito, negar provimento ao Recurso Voluntário.

Sala das Sessões, em 21 de outubro de 2008

ANA DE BARROS FERNANDES