



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

Processo nº 18470.725744/2012-10
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Resolução nº **1201-000.657 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 19 de fevereiro de 2019
Assunto DILIGÊNCIA
Recorrentes ENINCO ENGENHARIA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado em converter o julgamento em diligência, por maioria, nos termos do voto do relator. Vencido o conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa. Ausentes momentaneamente os conselheiros Ângelo Abrantes Nunes (Suplente Convocado) e Breno do Carmo Moreira Vieira (Suplente convocado).

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Neudson Cavalcante Albuquerque, Luis Henrique Marotti Toselli, Allan Marcel Warwar Teixeira, Gisele Barra Bossa, Jose Roberto Adelino da Silva (Suplente convocado) e Lizandro Rodrigues de Sousa (Presidente).

Relatório

Trata-se de processo administrativo decorrente de Autos de Infração que exigem IRPJ e Reflexos (CSLL, PIS e COFINS), relativos ao ano calendário de 2008, em razão da presunção legal de omissão de receita caracterizada em face da constatação de depósitos bancários de origem não comprovada.

De acordo com o Termo de Constatação Fiscal (fls. 249 e seguintes):

A empresa em epígrafe relativamente ao ano calendário de 2.008 optou pelo Lucro Real , conforme faz certo DIPJ originalmente entregue em 16/out/2.009 .

Após início da ação fiscal , em 22/fev/2.011 , a fiscalizada entregou 3-tres DIPJ retificadoras em 03/ago/2011 , 29/dez/2011 e 19/jan/2012.

Até a lavratura do Termo de Reintimação Fiscal nº 004 , de 18/out/2.011 , e do Termo de Intimação Fiscal nº 002 , de 24/out/2.011 , ainda não haviam sido apresentadas a esta fiscalização os Livros Diário e Razão Contábeis e nem a totalidade dos extratos bancários .

Através dos Termo de Intimação Fiscal 005 , de 07/fev/2012 , Termo de Intimação Fiscal 006 , de 27/abr/2012 e do Termo de Intimação Fiscal 007 , de 05/jun/2012 foi o contribuinte INTIMADO a comprovar a origem dos recursos , a natureza das operações , e as respectivas contabilizações dos depósitos bancários listados individualizadamente nos Quadros Demonstrativos anexos aos Termos 005 e 006 acima referidos .

O contribuinte em questão entregou a esta fiscalização a totalidade dos extratos bancários de onde os depósitos acima mencionados foram extraídos.

Após procedermos as exclusões dos depósitos bancários que tinham origem comprovada (Transferencias / empréstimos) restaram incomprovados quanto a sua origem e/ou natureza e/ou contabilização os depósitos bancários identificados no Quadro Demonstrativo nº 01 (070 folhas) e que foram resumidos no Quadro Demonstrativo nº 02 , ambos anexos e parte integrante do presente Termo e do Auto de Infração .

Os depósitos bancários cuja origem , natureza e contabilização restaram incomprovados , acima mencionados e descritos , foram considerados como RECEITA OMITIDA , conforme art. 287 caput e parágrafos do Regulamento do aprovado pelo Dec. 3.000 de 26 de março de 1.999 ccombinado com art. 42 caput e parágrafos da Lei nº 9430 de 1996 .

Não se conformando com a exigência, a contribuinte apresentou impugnação (fls. 1.122/1.147). Pede o apensamento deste processo ao processo decorrente do Auto de infração de IPI (também reflexo - PAF 18470.725743/2012-67) e alega que:

(i) os extratos bancários foram entregues pela própria empresa após coação da fiscalização;

(ii) os Autos de Infração foram emitidos de forma precipitada, em momento no qual a documentação individualizada das 3.600 operações estava sendo preparada;

(iii) o fisco, diante dos extratos bancários, não os contrapôs à escrita fiscal, de modo que não verificou se existiam incongruências capazes de ensejar a presunção de omissão de receita decorrente do artigo 42 da Lei n. 9.430/1996;

(iv) as autuações são nulas porque é vedado à Administração Pública acessar os extratos bancários dos contribuintes sem prévia autorização judicial;

(v) os documentos fiscais apresentados, e que não foram desconsiderados, já eram suficiente à comprovação da origem dos depósitos vinculados aos extratos bancários. Não obstante, todos os valores foram registrados contabilmente e possuem origem comprovada, conforme atestam a vasta documentação juntada e suas notas explicativas;

(vi) a fiscalização não excluiu os montantes a título de transferências interbancárias e empréstimos firmados pelo contribuinte, fato este que também macula o lançamento;

(vii) a incidência de juros sobre a multa de ofício não possui fundamento.

A impugnação foi julgada parcialmente procedente. Transcrevo abaixo a ementa da decisão (fls. 22.190/22.203):

INCONSTITUCIONALIDADE. A autoridade administrativa não possui competência material para apreciar inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo.

NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE. Não se cogita de nulidade dos lançamentos, ausentes as causas delineadas no art. 59 do Decreto nº 7.574/2011, ou no 142 do CTN.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. Caracterizam-se como omissão de receitas os valores creditados em conta bancária de depósito, ou de investimento, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

LANÇAMENTOS REFLEXOS. Pis. Cofins. CSLL. Uma vez que os lançamentos decorreram dos mesmos elementos prova que nortearam o do IRPJ, impõe-se a eles, mudando o que deve ser mudado, o mesmo veredicto firmado no lançamento principal.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Logo em seguida, foi atestado erro de cálculo da decisão (despacho de fls. 22.233), o que levou a correção da tabela dos valores exonerados, conforme o seguinte quadro constante da decisão revisora de primeira instância (fls. 22.236/22.249):

Als - VALORES PRINCIPAIS LANÇADOS EXONERADOS E MANTIDOS

	LANÇADOS	MANTIDOS	EXONERADOS
IRPJ	8.335.855,94	1.972.915,00	6.362.940,94
Pis	564.092,57	211.878,92	352.213,65
CSLL	3.002.585,74	1.081.420,06	1.921.165,68
Cofins	2.598.244,78	975.927,15	1.622.317,63
	14.500.779,03	4.242.141,14	10.258.637,89

Considerando que o valor do montante exonerado supera o atual limite de alçada, houve interposição de recurso de ofício por parte da DRJ.

Já a parcela da exigência mantida foi objeto de recurso voluntário (fls. 22.285/22.311), por meio do qual a contribuinte reitera as alegações de defesa, pede a abertura de novo prazo para interposição de recurso voluntário como defesa suplementar, uma vez que apenas obteve o quadro demonstrativo anexo ao acórdão da DRJ 18 (dezoito) dias após ter sido intimada e tece considerações mais detalhadas para comprovar a origem individual dos valores remanescentes, juntando documentos em outro formato a fim de contrapor a decisão de piso (fls. 22.345/23.882).

Da documentação acostada no recurso voluntário, que foi feita em um formato (analítico) diferente para contrapor as premissas da DRJ, realmente há indícios tendentes a comprovar a origem de valores ainda considerados na base de cálculo presumida, fato este que ensejou a conversão do julgamento do recurso em diligência (Resolução 1201-000.394 - fls. 23.908/23.915), nos seguintes termos:

Do exposto, VOTO no sentido de CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, determinando o retorno dos autos à unidade de origem para que, diante das considerações e documentos trazidos com o recurso voluntário, seja verificado se de fato a Recorrente teria comprovado a origem dos depósitos ainda considerados como receitas omitidas.

Ocorre que, por meio do Relatório de Diligência Fiscal de fls. 23.921/23.927, assim se pronunciou a autoridade diligenciante:

[...]

Temos que o CARF não está solicitando diligência para a produção de novas provas, ou fundamentos, ficando claro que, segundo ele, a documentação e argumentos necessários já constam nos autos do processo. O que está solicitando é uma apreciação pela autoridade lançadora de documentação e alegações já apresentadas pelo contribuinte em seus recursos em primeira e/ou segunda instância, a fim de que referida autoridade lançadora confirme ou infirme infrações fiscais apuradas, as quais foram julgadas procedentes pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento.

Caberia à autoridade administrativa lançadora julgar se os elementos trazidos pela recorrente aos autos, em sede de recurso voluntário, comprovam a origem e, conseqüentemente, a natureza tributária dos depósitos/créditos considerados como receitas omitidas? Entendemos que não há previsão legal, sendo o CARF a instância competente para julgar tal questão, consoante o disposto no art. 25, inciso II do Decreto nº 70.235/72 (PAF) e art. 75 do Decreto nº 7.574/2011.

Observe-se que, em relação aos lançamentos mantidos pela DRJ, a recorrente afirma apresentar em sede de recurso os mesmos documentos desconsiderados em primeira instância, porém, o fazendo de forma diversa, a fim de restar ainda mais claro que não omitiu qualquer receita tributável.

Portanto, temos que o objeto desta diligência trata-se de uma solicitação de apreciação singular da autoridade lançadora sobre a procedência do lançamento tributário relativo à infração tributária de omissão de receita, decorrente de depósitos bancários com origem/natureza não comprovadas.

Pelo exposto, temos que, s.m.j. não há base legal para o objeto desta diligência, pois a apreciação singular da autoridade lançadora sobre a procedência do lançamento tributário com base em documentos e alegações já acostados aos autos e/ou já apreciados parcialmente pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento, vai de encontro aos ritos processuais determinados no Decreto nº 70.235/72.

Além disso, na citada Resolução nº 1201-000.394 da 2ª Câmara / 1ª Turma do CARF, não consta solicitação de diligência para que se apresente novos elementos de provas ou informações para atender exigência de instrução processual, fato que caracteriza os procedimentos de diligência.

[...]

*Portanto, por ser, s.m.j., o objeto desta diligência divergente dos ritos processuais impostos pelo Decreto nº 70.235/72 - PAF, proponho o retorno deste à 2ª Câmara / 1ª Turma do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF para que, **caso entenda que os elementos constantes no processo não sejam suficientes para prosseguimento do Julgamento do recurso voluntário, indique quais os novos elementos ou provas a serem carreados para os autos***

Diante, então, dessa negativa de cumprir a diligência, os autos foram devolvidos ao CARF e a mim redistribuídos.

É o relatório.

Voto

Conforme relatado, os Autos de Infração exigem tributos federais com base na presunção relativa de omissão de receitas caracterizadas em face da constatação de depósitos bancários cuja origem foi considerada não comprovada pela fiscalização.

Os extratos bancários, diga-se, foram entregues pelo próprio contribuinte após intimações emitidas para esta finalidade, no bojo de um procedimento fiscalizatório que requisitou diversos outros documentos e informações.

Por ocasião da defesa, o contribuinte trouxe milhares de documentos, alegando que não teve tempo hábil, no curso da fiscalização, para justificar e comprovar individualmente cada crédito que compõe a base de cálculo do presente lançamento.

A DRJ, por sinal, exonerou 72% da receita considerada omitida por presunção legal. Do total lançado a título de principal (R\$ 14.500.779,03), foi mantido R\$ 4.242.141,14. Ou seja, a base de cálculo apurada pela fiscalização foi consideravelmente reduzida após análise das provas de origem produzidas pelo contribuinte.

A decisão de piso destaca, ainda, que:

Nesse ponto, esclareço que houve casos para os quais a contribuinte não comprovou nenhum dos depósitos bancários em determinado mês, destoando do padrão por ela adotado, de fazer anotações nos quadros demonstrativos orientadoras no sentido de se comprovar a origem da maioria dos depósitos bancários.

No recurso voluntário, então, a Recorrente esclarece que se valeu da mesma documentação apresentada, mas de uma forma mais analítica, a fim de seguir o mesmo formato dos documentos que foram aceitos para os demais valores tomados como referência.

Mais precisamente, aduz o contribuinte que:

67. Em relação aos lançamentos mantidos, a Recorrente apresenta em sede de recurso os mesmos documentos desconsiderados em primeira instância, porém, neste momento, o faz de forma diversa, a fim de restar ainda mais claro que não omitiu qualquer receita tributável.

68. A título de exemplo, mostra-se emblemático o caso referente ao Banco Santander, para o qual a Fiscalização apontou mais de 800 (oitocentos) lançamentos. Assim, tendo em vista a hercúlea missão de analisá-los individualmente no exíguo prazo de 30 (trinta) dias, a Recorrente os apresentou de maneira agregada em vez de fazê-lo um a um por depósito.

69. No entanto, esta forma de comprovação não foi aceita pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento - DRJ/JFA, razão pela qual a Recorrente, desta feita, apresenta a identificação individualizada de cada depósito (doc.03).

70. É de se ressaltar também o caso do Banco Banrisul, uma vez que a conta n.º 06.8534120-5 era utilizada apenas e tão somente para capital de giro com 60% de garantia de depósitos. Naquela conta, por certo, não há depósitos de clientes, pelo que não há que se falar em omissão de receitas. Em todos os lançamentos observa-se a descrição "Op. Cred. c/penhor". A fim de comprovar o exposto, a Recorrente colaciona a relação entre os depósitos e os borderôs com as duplicatas relacionadas.

71. Fato é, portanto, que as receitas tidas por omitidas pela Fiscalização encontram-se absolutamente escrituradas, como se pode comprovar da documentação anexa a este recurso, discriminada no rol abaixo:

(i) documentação comprobatória da origem dos depósitos realizados nas contas correntes de titularidade da Recorrente junto ao Banco Santander; **(doc.03)**

(ii) documentação comprobatória da origem dos depósitos realizados nas contas correntes nºs 02-010297-0 e 02-0104609, no Banco Mercantil; **(doc.04)**

(iii) documentação comprobatória da origem dos depósitos realizados nas contas correntes nº 162.699.001-8 e 162.699.002-6, do Banco Votorantim; **(doc.05)**

(iv) documentação comprobatória da origem dos depósitos realizados nas contas correntes nº 038.021-7 e 301.452-1, do Banco Safra; **(doc.06)**

(v) documentação comprobatória da origem dos depósitos realizados na conta corrente nº 4.018820-7, do Banco Real; **(doc.07)**

(vi) documentação comprobatória da origem dos depósitos realizados nas contas correntes nºs 24176-5, 21931-6 e 24828-1, do Banco Itaú; **(doc.08)**

(vii) documentação comprobatória da origem dos depósitos realizados na conta corrente nº 06.853412.0-5, no Banco Banrisul; **(doc.09)**

(viii) documentação comprobatória da origem dos depósitos realizados na conta corrente nº 55121-X, no Banco do Brasil; **(doc.10)**

(iv) documentação comprobatória da origem dos depósitos realizados nas contas correntes de titularidade da Recorrente junto ao Banco Bradesco **(doc.11)**

72. Na decisão de primeira instância, afirmou-se que não foi possível encontrar identidades de datas e valores. Todavia, parece claro que o banco não iria depositar valores na conta da Recorrente equivalentes aos das duplicatas, em razão do risco envolvido em cada operação, motivo pelo qual não se vislumbra uma correlação exata entre os valores das duplicatas e depósitos. Inobstante tal fato, a própria descrição "Op. Cred. c/ penhor" em conjunto com as duplicatas são documentos mais do que suficientes para compreensão de que não houve omissão de receitas, **(doe. 09)**

73. Com objetivo de esclarecer a forma de apresentação dos documentos, a Recorrente informa que separou a documentação por banco, da seguinte forma: (i) em primeiro lugar, estão os comprovantes do TEDS; e (ii) em seguida, a relação de notas fiscais e relatórios contábeis relativos às entradas na conta- corrente.

Ora, percebe-se claramente que estamos diante de questão que busca afastar a presunção relativa que se valeu a autoridade fiscal responsável pelo lançamento, e não de matéria de direito (mérito) propriamente dito.

Trata-se, contudo, de controvérsia que diz respeito à própria formação da base de cálculo, atividade esta vinculada à autoridade administrativa de origem, nos termos do artigo 142 do CTN, *in verbis*:

***Artigo 142** - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

***Parágrafo único.** A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”.*

Nesse caso concreto, o contribuinte, e dentro daquilo que se denomina de *dialética processual*, coloca em xeque justamente a base de cálculo, isto é, a grandeza na qual foi calculado o tributo devido, razão pela qual necessária uma investigação pelo órgão de origem, até mesmo para evitar cerceamento de defesa e supressão de instância.

Não se trata, aqui, como quer fazer crer a autoridade diligenciante, de análise de mérito da aplicação ou não da presunção legal, mas sim da devida apuração da base impositiva.

Nesse ponto, cumpre observar que a diligência é justamente o instrumento adequado para trazer aos autos elementos que dependam de comprovação ou para satisfazer eventuais dúvidas dos Julgadores.

A partir do momento que o Colegiado - órgão julgador, e não lançador - se depara com uma documentação robusta e volumosa que busca contrapor a base de cálculo da qual se valeu o Auto de Infração, constitui seu dever a requisição de diligência para aferir a legitimidade do valor que foi considerado como receita omitida, ainda mais quando o fundamento legal da autuação corresponde a uma norma presuntiva.

Ressalte-se, por oportuno, que “na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias”, e, mais ainda, que quando “determinada, de ofício ou a pedido do impugnante, diligência ou perícia, é vedado à autoridade incumbida de sua realização escusar-se de cumpri-las” (cf. artigos 29 e 37 do Decreto 70.235/1972 c/c artigo 36, § 3º, do Decreto 7.574/2011).

Com a devida vênia, o relatório de diligência deveria cumprir o quanto lhe foi determinado, e não tentar desviar suas atribuições com base em premissas que não são aplicáveis à situação presente.

Reitero, portanto, a necessidade de análise dos esclarecimentos pontuais e dos documentos acostados aos autos por ocasião do recurso voluntário, o que deve ser feito pela

unidade de origem, a fim de se certificar se há outros valores comprovados que devem ser exonerados.

Do exposto, VOTO no sentido de novamente CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, para que a DRF atenda ao solicitado na referida Resolução n. 1201-000.394 (fls. 23.908/23.915), ou seja, para que, após apreciação dos documentos (Docs. 03 a 11 - fls. 22.345/23.882), seja elaborado relatório motivado e conclusivo, do qual o contribuinte deverá ser notificado para se manifestar no prazo de 30 (trinta) dias, que aponte se a forma de apresentação da prova segue o mesmo critério da DRJ que levou a exoneração parcial, identificando os eventuais valores credores cuja origem restou comprovada em sede recursal.

(assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli