



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

Processo n° 18471.000064/2004-61
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-001.651 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de março de 2015
Matéria Simples Nacional
Recorrente 256 AUTOMÓVEIS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Exercício: 2001

RETORNO DE DILIGÊNCIA. DISTRIBUIÇÃO AO MESMO RELATOR INDEPENDENTEMENTE DE SORTEIO.

Os processos que retornarem de diligência, os com embargos de declaração opostos e os conexos, decorrentes ou reflexos serão distribuídos ao mesmo relator, independentemente de sorteio, ressalvados os embargos de declaração opostos, em que o relator não mais pertença ao colegiado, que serão apreciados pela turma de origem, com designação de relator *ad hoc*.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, nos termos do relatorio e votos que integram o presente julgado.

(documento assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Júnior - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Hélio Eduardo de Paiva Araújo - Relator.

EDITADO EM: 10/03/2015

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto Souza Júnior, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Márcio Rodrigo Frizzo, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Eduardo de Andrade e Hélio Eduardo de Paiva Araújo

CÓPIA

Relatório

256 AUTOMÓVEIS LTDA, já qualificada nos autos, recorre da decisão proferida em 21/12/2007, pela 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I (RJ) - DRJ/RJI que, por unanimidade de votos, considerou improcedente a manifestação de inconformidade, julgando, desta maneira, procedente os lançamentos atinentes ao IRPJ, no valor de R\$33.958,41; além das autuações reflexas referentes às contribuições "Social sobre o Lucro Líquido" - CSLL, no valor de R\$ 54.211,01; "Financiamento da Seguridade Social" - COFINS, no valor de R\$ 108.422,02; "Programa de Integração Social" - PIS, no valor de R\$ 33.958,41 e "Contribuição para Seguridade Social - INSS", no valor de R\$ 220.777,72, acrescidos da correspondente multa de ofício de 75% e dos juros de mora.

Consta da decisão recorrida o seguinte relato, do qual ora me valho:

I - Do Lançamento

O presente processo tem origem no auto de infração de folhas 91/142, lavrado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro, em 02/02/2004, do qual, a interessada acima foi cientificada na mesma data, consubstanciando exigência, na sistemática do SIMPLES, do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ, no valor de R\$ 33.958,41 (fls. 91); além das autuações reflexas referentes às contribuições "Social sobre o Lucro Líquido" - CSLL, no valor de R\$ 54.211,01 (fls. 118); "Financiamento da Seguridade Social" - COFINS, no valor de R\$ 108.422,02 (fls. 126); "Programa de Integração Social" - PIS, no valor de R\$ 33.958,41 (fls. 110) e "Contribuição para Seguridade Social - INSS", no valor de R\$ 220.777,72 (fls. 134). Estes tributos, acrescido da correspondente multa de ofício de 75% e dos juros de mora, referem-se aos fatos geradores ocorridos no ano calendário 1999.

II. Da Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal

2. Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pela interessada, efetuou o autuante o lançamento de ofício do IRPJ, que, de acordo com a descrição dos fatos contida no corpo do auto de infração, resultaram na apuração das infrações denominadas:

2.1 - "**Omissão de Receitas - Depósitos Bancários Não Escriturados**" - Art. 226 e 229 do RIR/94; 24 da Lei nº 9.249/95; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "a", 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317/96; Art. 42 da Lei nº 9.430/96; Art. 3º da Lei nº 9.732/98; e Arts. 186, 188 e 199, do RIR/99;

2.2 - "**Insuficiência de Recolhimento**" - Art. 5º, da Lei nº 9.317/96 c/c Art. 3º da Lei nº 9.732/98; e Arts. 186 e 188, do RIR/99;

3. Os lançamentos da CSLL; COFINS; PIS e INSS são mera decorrência dos fatos amealhados na apuração do IRPJ;

4. As razões que motivaram os lançamentos estão descritas no Termo de Verificação Fiscal - fls. 89 e 90 - e atentam para os seguintes fatos:

4.1 — que através dos sistemas internos da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB - verificou-se a incompatibilidade entre os valores declarados na

DIPJ/2000 e a movimentação financeira da impugnante nas contas corrente de sua titularidade nos Bancos BCN S/A e Sudameris Brasil S/A;

4.2 - que a impugnante foi intimada, em 17/09/2003, conforme documento de fls. 75, a comprovar a origem dos valores depositados/creditados em suas contas correntes, os quais foram discriminados nas planilhas denominadas "Demonstrativo dos Depósitos/Créditos" que acompanharam a citada intimação;

4.3 - que a autuada foi re-intimada, em 29/10/2003, a teor do documento de fls. 87, a apresentar os esclarecimentos solicitados na intimação anterior, sendo-lhe ressalvado que a não comprovação será considerada omissão de receitas;

4.4 - que a fiscalizada em resposta, datada de 03/11/2003, anexada às fls. 88, informou não ter condições de identificar a origem dos depósitos e dos cheques constantes da movimentação bancária;

4.5 - que os valores discriminados nas planilhas denominadas "Demonstrativo dos Depósitos/Créditos", anexados às fls. 76/86, têm origem nos depósitos em valor superior a R\$1.000,00, excluindo-se as transferências de outras contas, estornos, cheques devolvidos, empréstimos bancários, e etc...;

4.6 - que os livros diário, entradas e saídas, apresentados pela fiscalizada, não foram escriturados de acordo com o que determina o disposto no art. 5.º da Lei nº 9.716/98 e IN SRF nº 152/98, que davam tratamento diferenciado quanto à tributação referente a comercialização de veículos automotores usados;

III. Da Impugnação

5. Inconformada com o lançamento, do qual tomou ciência no próprio auto de infração, em 02/02/2004, às fls. 91, apresentou a interessada, em 02/03/2004, a impugnação de fls. 147/187, instruída com os documentos de fls. 188/197, alegando, em síntese, o seguinte:

5.1 - argúi, em sede preliminar, a nulidade do lançamento, tendo em vista a simplicidade da demonstração dos depósitos efetuados que acompanham o lançamento, o que revela a deficiência da informação, prejudicando, desta forma, o seu direito de defesa, tendo assinalado as seguintes indagações:

a) - Os valores informados são unitários ou totais diários? Correspondentes a valores em cheque ou dinheiro?

b) - Através de qual procedimento o ilustre fiscal chegou a estes valores?

c) - Se procedeu algum pedido de informações a instituição financeira mencionada?

d) - Este pedido informava o seu desiderato?

e) - Qual o indício que levou a ilustre fiscal suspeitar de omissão de receitas?

f) - Consta do mandado de procedimento fiscal a verificação de omissão de receitas?

g) - Como o ilustre fiscal atesta que estes valores apontados afetam o lucro da empresa e o seu resultado?

h) — Houve assim prejulgamento do caso?

i) - O ilustre fiscal analisou a correlação dos valores transferidos entre as contas correntes da empresa?

j) - Quais são estas contas que foram consideradas?

k) - Como foi elaborada esta correlação se nada é demonstrado ao contribuinte?

1) - O ilustre fiscal levou em consideração a forma de tributação das agências de automóveis que é efetuada sobre a diferença entre os valores pagos pelos automóveis e os valores de revenda (lucro — disponibilidade financeira)?

m) - Como procedeu este cotejo uma vez que não há qualquer informação ao contribuinte?

n) - Se o ilustre fiscal não efetuou e demonstrou os valores transferidos entre as contas mencionadas, como pode o contribuinte se defender?

o) - Como é possível prestar esclarecimentos em 10 (dez) dias sobre depósitos que ocorreram há cinco anos, o que demonstra obviamente a necessidade de maior tempo para poder apurar os mesmos?

p) - Mencionou o ilustre fiscal ao intimar o contribuinte em questão que o mesmo poderia efetuar a confissão espontânea de prováveis débitos no lapso de 20 dias após decorrido o início da fiscalização conforme determina a lei em vigor?

5.2 - reafirma a tese de nulidade, haja vista a exigência formulada não conter no corpo do Auto de Infração a descrição circunstanciada do fato que serviu de base para o lançamento;

5.3 - que o autuante lançou mão de apuração fictícia desconsiderando os documentos fiscais do contribuinte;

5.4 - que há a necessidade de ter critérios norteadores da empreitada arbitral, tarefa esta que o exator fiscal só pode empreender segundo os balizamentos legais, não se lhe permitindo o arbítrio, de modo algum;

5.5 - que os fatos não foram convenientemente apurados nem comprovados, sendo que, *"in casu*, ao invés de se ater aos fatos reais, a autoridade fiscal fez, com os que supôs, um verdadeiro imbróglio com o direito";

5.6 - que a autuação sem qualquer fundamento, sem justa causa, é nula, inepta, que se transforma em coação ilegal e prejudica tanto a Fazenda quanto o contribuinte;

5.7 - no mérito, apesar de reconhecer que a autuação está baseada em presunção, manifesta o seu entendimento de que as informações constantes do indigitado "Termo de Verificação Fiscal" não são suficientes para fundar o lançamento;

5.8 - que "a adoção de método presuntivo para o efeito de apurar-se a prática de evasão fiscal tão-só se justifica frente a indícios reveladores de haver o contribuinte agido no sentido de sonegar, de desviar da tributação valores sujeitos ao gravame";

5.9 - que requerer extratos bancários e, após 60 dias, determinar a apresentação de esclarecimentos sobre os depósitos, no prazo de 10 dias, e vencido este, re-intimar, ofertando um prazo de apenas 3 dias para cumprimento sob pena de considerar os valores como omissão de receitas, constitui-se em coação, pois imputa ao contribuinte a prática de um crime contra a ordem tributária, antes mesmo de

verificar qualquer irregularidade, olvidando-se do devido processo legal, o que torna o ato administrativo que resultou no auto de infração anulável, nos termos do art. 147 do CC;

5.10 - que a requisição de extratos bancários representa uma violação do seu direito constitucional da privacidade, tornando ilegal a utilização dos levantamentos efetuados com base nestas provas;

5.11 - que os valores de depósitos não são, necessariamente, fonte de recebimento de recursos tributários, nem são base legal para exigência fiscal, não se constituindo em aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica, de renda ou de proventos de qualquer natureza, configurando-se, apenas meros indícios;

5.12 - que a súmula 182 do extinto TRF já determinava ser ilegítimo o lançamento do IR arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários, entendimento este professado pelo Conselho de Contribuinte, conforme demonstrado pelos vários arestos apresentados por aquele órgão;

5.13 — que o fisco inobservou o princípio da verdade material sendo que "o levantamento efetuado se encontra desprovido de elementos fáticos que o sustentem, caracterizando verdadeiro delírio fiscal, desrespeitando inúmeros princípios administrativos e de direito;"

5.14 - pugna pela realização de perícia, na forma do art. 16 do PAF, tendo ofertado vários quesitos;

5.15 - por fim, requer seja julgado improcedente toda a imputação formalizada no AI;

A ora Recorrente, devidamente cientificada do acórdão recorrido, apresenta recurso voluntário tempestivo, onde repisa os argumentos apresentados em sede de manifestação de inconformidade, reiterando os mesmos pedidos que já haviam sido formulados em sede de manifestação de inconformidade.

Argúi a nulidade do lançamento ante a ausência de elementos essenciais para sua defesa. Em suas palavras:

Saliente-se que a simples indicação no demonstrativo de depósitos/créditos do período, do valor, do histórico, da moeda e da instituição financeira não é capaz de afastar a necessidade da prestação de outras informações relevantes sobre os valores questionados, tais como, o fim a que destinavam os documentos exigidos, qual o critério adotado pelo sr. auditor fiscal quando da apuração dos valores constantes nas planilhas de depósitos/créditos, dentre outras.

Acrescente-se a isso os exíguos prazos estabelecidos nos respectivos termos de intimação fiscal, denotando nítida tentativa de coação ilegal, pois, da forma como concedidos, certamente, a fiscalização estava ciente de que a Autuada não conseguiria cumprir tais exigências, por tratarem-se de dados cujos fatos ocorrerem a mais de quatro anos.

Menciona que o ato, com estas deficiências, é incapaz de sustentar a verdade material dos fatos suscitados pela auditoria fiscal, e viola o disposto no art. 9º e no inciso III do art. 10 do Decreto nº 70.235/72. Destacando que, como peça acusatória, o ato administrativo deve ser claro, nítido, auto-explicável, coerente e exato em sua descrição, reproduz doutrina e menciona, ao final, a inobservância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Vale dizer, de forma definitiva, nas contas bancárias de titularidade da Recorrente, ou seja, não houve, sequer, disponibilidade, seja financeira, seja econômica, dos valores representados naqueles respectivos títulos.

Neste sentido, menciona que a maioria dos valores considerados pela Fiscalização são oriundos de depósitos em cheques, os quais não foram compensados, como por exemplo o depósito em cheque efetuado em 03/02/1999 e em 04/02/1999, no valor de R\$ 1.200,00 e R\$ 5.500,00, respectivamente, junto ao Banco BCN S/A (Demonstrativo dos Depósitos/Créditos — fls. 76); em 04/02/1999 e 05/02/1999, os referidos cheques foram devolvidos, conforme nota-se pelos extratos apresentados pela Recorrente (fls. 10 e 11).

Afirma, assim, que o demonstrativo de depósitos/créditos e o termo de verificação fiscal, os quais serviram de base para apuração e lançamento dos créditos tributários constantes no auto de infração não pode ser tomados como documentos hábeis a embasar a exigência fiscal que aqui se discute, na medida em que não trazem informações precisas e claras concernentes aos valores questionados, ao contrário, possuem informações totalmente contraditórias, criando verdadeira confusão de informações que acaba por tolher ao pleno exercício do direito de defesa da Autuada, ora Recorrente. Reproduz ementas de julgados administrativos neste sentido.

Ainda, questiona a indevida exigência feita pelo Sr. Auditor Fiscal para apresentação, pela própria Autuada, ora Recorrente, dos extratos bancários. Indevida, porque, a uma, a Autuada não poderia ser forçada a produzir prova contra si mesma; a duas, porque o seu direito ao sigilo bancário restou quebrado sem qualquer amparo legal. Ilícita seria a prova que sustenta a autuação, o que conduz, segundo a doutrina citada, à nulidade do lançamento.

Ressalta a indevida inclusão de valores que nem chegaram a ser creditados.

Opõe-se aos argumentos apresentados pela Turma Julgadora quanto à violação do sigilo bancário, defendendo que as pessoas jurídicas estão amparadas pelas garantias constitucionais citadas, e inclusive pode ser vítima de dano moral, a teor da súmula 227 do E. STJ e de julgado do mesmo Tribunal Superior. Reproduz doutrina acerca da garantia de inviolabilidade do sigilo bancário, e conclui pela necessidade de prévia autorização do Poder Judiciário para acesso ao banco de dados dos contribuintes pela administração tributária.

Esclarece que sua pretensão não é a declaração de inconstitucionalidade das normas, mas sim a sua não aplicação por incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988 e apresenta argumentos doutrinários neste sentido, com vistas ao controle da legalidade da norma jurídica tributária.

Afirma a não caracterização de omissão de receitas, posto que a obrigação tributária somente se forma com a lei e o fato gerador, e para fins de incidência do imposto de renda, o art. 43 do CTN exige acréscimo patrimonial, ao lado de outros dispositivos que vedam a interpretação extensiva de disposição literal da norma tributária. Assim, não havendo lucro e conseqüentemente, ausente qualquer acréscimo patrimonial em decorrência das supostas movimentações financeiras levantadas pelo Sr. Auditor Fiscal, não há que se falar em obrigação tributária, muito menos em crédito tributário exigível e, por via de conseqüência, nem mesmo reflexos.

Destaca novamente, neste ponto, os cheques que não foram efetivamente compensados e creditados nas contas bancárias auditadas.

Reporta-se a julgados de Tribunais Regionais Federais para firmar a ausência de provas, na medida em que o auto de infração apenas se baseia em depósitos bancários, que não se prestam para afirmar a existência de qualquer irregularidade. Ressalta que em matéria

de prova o Direito Tributário não admite presunções absolutas, estando assente a obrigatoriedade da comprovação inequívoca da vantagem para fins de incidência do imposto de renda, bem como a necessidade de prova de crédito em favor da contribuinte, na forma do art. 42 da Lei nº 9.430/96, para o que não se prestam meros extratos bancários.

Registra que a apuração adotada não considera eventuais deduções incidentes sobre a base de cálculo, aferição da existência efetiva de lucros (já que neste caso somente poderia ser tributado a diferença positiva obtida com a revenda de veículos) e demais procedimentos previstos em lei, e assim assume o risco de tributar além do que deveria ser tributado, ofendendo os princípios da capacidade contributiva, não confisco e isonomia tributária.

Questiona a utilização da taxa SELIC para fins de cálculo dos juros de mora, e assevera que a multa aplicada tem cristalino caráter confiscatório, violando a garantia constitucional do direito de propriedade, além de deixar totalmente de lado o princípio da isonomia tributária e, conseqüentemente, o princípio da moralidade da administração pública fiscal, bem como lesar os princípios da capacidade contributiva e da legalidade. Requer, assim, seja excluída a Taxa SELIC, aplicando-se os juros de mora de 1%, nos termos do parágrafo 1º, do artigo 161 do CTN, bem como seja reduzida a multa em patamar condizente com a realidade dos fatos e com a condição econômica da Recorrente.

O processo foi originalmente distribuído à Ilustre Conselheira Edeli Pereira Bessa, junto à 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara desta 1ª Sessão de Julgamento, tendo este, por unanimidade votos, sido baixado em diligência por força da Resolução n 1101-00.011, de 04/08/2010, afim de para que a autoridade lançadora reconstitua os cálculos da exigência, excluindo dos depósitos em cheque que deram ensejo à presunção de omissão de receitas, os valores correspondentes às posteriores devoluções, elaborando relatório circunstanciado das providências adotadas, e ao final cientificando a contribuinte, com reabertura do prazo do 30 (trinta) dias para complementação de suas razões de defesa.

Em 20/06/2011 o AFRFB, elaborou o requerido relatório circunstanciado das providências adotadas, as quais podem ser assim resumidas:

[...]

5 - A Diligência fiscal consistiria em reconstituir o crédito tributário, excluindo os cheques devolvidos. Isto posto, intimei o impugnante a-listar os cheques depositados que foram efetivamente devolvidos sendo que as Intimações não foram atendidas.

6 - Ainda assim, procedi à determinação do CARF, elaborando os demonstrativos "VALORES APURADOS CHEQUES DEVOLVIDOS", todos devidamente individualizados, redundando no também anexo "DEMONSTRATIVO DOS (CHEQUES DEVOLVIDOS POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA" que, conforme convicção do CARF, devem ser excluídos do lançamento de Ofício original.

Isto posto, proponho o encaminhamento do presente Processo Administrativo - à Divisão de Controle e Acompanhamento Tributário/DICAT - DRF I para prosseguimento, observando-se a determinação do Despacho de fls. 309.

Não tendo o interessado se manifestado acerca do relatório de diligência, foram estes autos remetidas novamente à este Colegiado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Hélio Eduardo de Paiva Araújo, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo (fls. 190) e preenche os demais requisitos de admissibilidade, contudo posso conhecê-lo, por incompetência, por força do quantum disposto no parágrafo 7º, do art. 49 do RICARF.

Este processo foi originalmente distribuído à Ilustre Conselheira Edeli Pereira Bessa, junto à 1ª Turma Ordinária, da 1ª Câmara, desta 1ª Sessão de Julgamento, tendo aquela Turma Julgadora, exarado a Resolução nº 1101-00.011, de 04/08/2010, por força da qual solicitou-se a baixa do processo em diligência, a fim de que a autoridade lançadora reconstituísse a base de cálculo da exigência, excluindo-se de tal base de cálculo o valor dos depósitos em cheque que deram ensejo à presunção de omissão de receitas, mas que foram devolvidos, sem que os mesmos tivessem sido efetivamente compensados.

Tendo sido efetuada a diligência solicitada pela unidade lançadora, foram os autos remetidos novamente a este Colegiado, para que pudessem ser adequadamente apreciados.

Contudo, o processo fora erroneamente distribuído por sorteio para minha relatoria. Digo erroneamente, porque, por força do disposto no § 7º do art. 49 do RICARF, os processos que retornarem de diligência serão distribuídos ao mesmo relator independentemente de sorteio,

Segue o artigo do RICARF, *in verbis*:

Art. 49. Os processos recebidos pelas Câmaras serão sorteados aos conselheiros:

§ 1º O presidente da Câmara fixará a quantidade de processos que comporão os lotes, considerado o grau de complexidade, conforme critérios fixados pelo Presidente do CARF.

§ 2º Os processos que compõem os lotes a serem sorteados constarão de relação numerada, da qual se dará prévio conhecimento aos participantes.

§ 3º O sorteio dos lotes de processos a conselheiros ocorrerá em sessão pública de julgamento do colegiado que integrarem, podendo, excepcionalmente, ser realizado em sessão de outro colegiado.

§ 4º Fica facultado aos presidentes e vice-presidentes de Câmaras participarem do sorteio de processos.

§ 5º Lotes adicionais poderão ser sorteados para adequar o número de processos a cargo do conselheiro.

§ 6º *Estando ausente o conselheiro, a ele caberá o lote de processos que não foi sorteado aos demais; ausente mais de um, inclusive na hipótese de sorteio em sessão pública de outro colegiado, o presidente designará conselheiros para representá-los no sorteio.*

§ 7º *Os processos que retornarem de diligência, os com embargos de declaração opostos e os conexos, decorrentes ou reflexos serão distribuídos ao mesmo relator, independentemente de sorteio, ressalvados os embargos de declaração opostos, em que o relator não mais pertença ao colegiado, que serão apreciados pela turma de origem, com designação de relator ad hoc.*

§ 8º *Na hipótese de o conselheiro ter sido designado para novo mandato, em outra Câmara com competência sobre a mesma matéria, os processos já sorteados, inclusive os relatados e ainda não julgados e os que retornarem de diligência, com ele permanecerão e serão remanejados para a nova Câmara.*

§ 9º *Na hipótese de não recondução, perda ou renúncia a mandato, os processos deverão ser devolvidos no prazo de até 10 (dez) dias, e serão sorteados na reunião que se seguir à devolução. (Grifos nossos)*

Assim, tendo este processo sido originalmente distribuído à Ilustre Conselheira Edeli Pereira Bessa, ao retornar da diligência proposta, deveria o mesmo ter sido a ela redistribuído, independentemente de qualquer sorteio.

Por todo acima exposto, voto no sentido de NÃO CONHECER o recurso voluntário por incompetência, devendo o processo ser encaminhado à Conselheira competente, por força do que preceitua o RICARF.

Sala de Sessões, 03 de março de 2015.

(documento assinado digitalmente)

Hélio Eduardo de Paiva Araújo, Relator