



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

Processo n° 19515.000393/2006-83
Recurso n° 164.880 Voluntário
Acórdão n° **1402-00.586 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 29 de junho de 2011
Matéria IRPJ - AÇÃO FISCAL
Recorrente MONTE MOR S/A COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002

LANÇAMENTO. PRAZO DECADENCIAL. Não havendo antecipação do tributo, a homologação do lançamento ocorrerá no prazo de cinco anos, a contar do 1º. dia do ano seguinte, na forma do artigo 173, I do CTN.

PEDIDO DE PERÍCIA. É de ser indeferido o pedido de perícia feito em desacordo com a legislação pertinente, mormente quando os fatos relatados e as provas constantes dos autos são suficientes para o deslinde da matéria.

IRPJ. OMISSÃO DE RECEITAS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DE RE-CURSOS DEPOSITADOS EM CONTA BANCÁRIA. Presumem-se receitas omitidas os recursos creditados em conta bancária cujo titular não consiga comprovar, mediante documentação hábil e idônea (art. 42 da Lei nº 9.430/1996) sua origem,.

Recurso Voluntário Negado Provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima - Presidente

(assinado digitalmente)

Antônio José Praga de Souza – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Albertina Silva Santos de Lima.

Relatório

MONTE MOR S/A COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO recorre a este Conselho contra a decisão proferida pela 1ª Turma de Julgamento da DRJ/São Paulo – I em primeira instância, que julgou procedente a exigência, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Em razão de sua pertinência, transcrevo o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

Em decorrência de ação fiscal direta, a contribuinte, acima identificada, foi autuada, em 19.04.2006 (fl. 115), e intimada a recolher o crédito tributário relativo ao IRPJ, no valor de R\$ 17.258.647,65; contribuição para o PIS, R\$ 475.874,69; Cofins, R\$ 2.196.346,20; e CSLL, R\$ 6.254.574,73, neles incluídos a multa proporcional e os juros de mora, calculados até 31.03.2006, com os enquadramentos legais descritos no Termo de Verificação Fiscal e nos autos de infração (fls. 87/139).

Conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal (fls. 87/93), a presente autuação ocorreu em decorrência da constatação de incompatibilidade entre os valores declarados pela contribuinte em suas Declarações de Informações Econômico-Fiscais dos anos-calendário de 2001 e 2002 e aqueles movimentados em suas contas-correntes bancárias.

Intimada a justificar as diferenças, a contribuinte respondeu que elas já teriam sido esclarecidas mediante apresentação dos documentos e livros fiscais entregues à fiscalização e que a receita tributável decorreria da diferença entre a compra e venda de “*T-Bills*”, já contabilizada e tributada como receita financeira.

A Autoridade Fiscal constatou que a contribuinte declarara em sua Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica relativa ao ano-calendário de 2000 valores de receitas muito abaixo daqueles movimentados em suas contas-correntes bancárias, no mesmo período.

Após a análise dos documentos entregues pela contribuinte para tentar justificar os depósitos bancários, a autoridade fiscal concluiu que restaram sem justificativas os montantes de R\$ 27.527.766,46 e R\$ 705.837,41 para os anos-calendário de 2001 e 2002, respectivamente.

A contribuinte foi intimada dos autos de infração, em 20.04.2006, conforme documento juntado a fl. 146, oferecendo peça impugnatória ao feito fiscal a fls. 148/174, em 17.05.2006, alegando, em síntese, o quanto se segue:

(i) A autuada, ao ser intimada pela autoridade fazendária a justificar a diferença entre as receitas declaradas e os valores movimentados em suas contas bancárias no ano-calendário de 2001, explicou que ela decorria de contratos de compra e venda “*T-Bills*”, sendo que a receita tributável seria a diferença entre a compra e venda desses títulos, já contabilizadas e levadas à tributação a título de receitas financeiras;

- (ii) Já com relação à diferença apurada no ano calendário de 2002, a autuada já se justificara, conforme documento anexo (doc. 1), de maneira que o valor apurado não tem condições de subsistir;
- (iii) Dessa maneira, ao analisar apenas a operação de venda dos títulos, a fiscalização se deparou com grandes entradas de dinheiro nas contas bancárias da autuada, sendo que, no mesmo período, houve compras desses mesmos títulos, gerando despesas devidamente contabilizadas, mas desconsideradas pelo Fisco;
- (iv) Esse procedimento resultou numa indevida tributação, uma vez que a autuação foi feita sem se descontar, dos valores recebidos pelas vendas dos títulos, aqueles pagos em suas aquisições;
- (v) Ocorreu a extinção do crédito tributário relativo ao IRPJ e das contribuições sociais relativamente aos fatos geradores ocorridos antes de 19.04.2001, nos estritos termos do art. 150, § 4º do CTN;
- (vi) De acordo com os arts. 145, I, § 1º e 153, III da Constituição Federal, combinado com os arts. 43 e 44 do Código Tributário Nacional, a autuada tem o direito de ser tributada a título de IR e CSLL com base na riqueza produzida, ou seja, com base na renda líquida ou tributável, apurada na forma da lei, sob pena de ser indevidamente tributada em seu patrimônio ou capital; assim, de acordo com a Constituição e o CTN, renda é o aumento ou um acréscimo patrimonial, pressuposto para a tributação do IR e da CSLL, situação que só poderia ser verificada neste caso, após a efetiva recomposição do patrimônio da autuada, com o abatimento dos valores pagos pela empresa na compra das *T-Bills*, cuja inobservância resulta na violação aos princípios constitucionais tributários da capacidade contributiva e da vedação ao confisco;
- (vii) As entradas de dinheiro, nas contas bancárias da autuada, realizadas por Sipasa Empreendimentos e Comércio Ltda., Fort Marcas e Miudezas Ltda., Quilombo Empreendimentos e Part. Ltda., Neomarkets Com. E Serviços Ltda., Bombril S/A, Orra Indústria e Comércio Ltda., G. D. Factoring Ltda., Dulcini S/A, Tecnologia Bancária S/A e Duagro S/A Administração e Participações, têm origem comprovada porque se efetivaram por conta e ordem de terceiro;
- (viii) Na condição de vendedora dos títulos, a autuada contabilizou essas entradas e, após a dedução dos valores pagos na aquisição desses títulos, apurou o IR e a CSLL devidos pelo efetivo acréscimo patrimonial;
- (ix) Em atenção ao princípio da verdade material que rege o processo administrativo, devem ser permitidas a juntada posterior de documentos e a realização de perícia contábil para que se demonstre que os valores que devem compor a base de cálculo do IR e da CSLL são aqueles referentes ao acréscimo patrimonial auferido pela empresa, em razão da diferença verificada entre o valor de compra e o de venda da comercialização do *T-Bills*.
- (x) Também não merece prosperar a autuação relativa ao Pis e à Cofins, pois os valores utilizados como base de cálculo não correspondem aos de faturamento, mas de receitas financeiras, não abrangidas pelas leis complementares nº 7/70 e 70/91;
- (xi) A Lei nº 9.718/98 procurou alterar o conceito de faturamento, de maneira a se permitir a cobrança do Pis/Pasep e Cofins sobre todas as receitas das empresas, tanto as operacionais quanto as não operacionais, desvirtuando o conceito jurídico de faturamento.

- (xii) Neste sentido, cita excerto de voto proferido nos autos da ADI nº 1.103-1 e a Emenda Constitucional nº 20/1998, que deu nova redação ao inc. I do art. 195 da Constituição, ambos a fundamentar que não se confunde receita e faturamento;
- (xiii) Afirma, ainda, que a Lei nº 9.718/98, ao não respeitar o conceito privado de faturamento, também infringiu o disposto no art. 110 do CTN;
- (xiv) O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 357.950/RS, em que foi declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da lei nº 9.718/98, também manifestou entendimento de que uma emenda constitucional não teria o poder de constitucionalizar uma lei posta em vigor antes da própria emenda;
- (xv) O art. 239 da Constituição Federal recepcionou a Lei Complementar nº 7/70, razão pela qual não poderia a lei nº 9.718/98 tê-la revogada na parte que tratava de sua base de cálculo, sem incorrer em afronta ao comando constitucional;
- (xv) Ademais, ainda que fosse considerada improcedente a afirmação da inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/1998 em face do art. 239, ainda assim haveria ofensa à Constituição Federal, uma vez que a modificação pretendida nas contribuições ao Pis e à Cofins dependeria de edição de nova lei complementar, nos termos do art. 195, § 4º do texto constitucional, por acarretar na instituição de novas fontes de receitas para a seguridade social;
- (xvi) Portanto, não pode prosperar a autuação relativa ao Pis e à Cofins, uma vez que seu objeto não se enquadra no conceito de receita bruta trazida pelas Leis Complementares nº 7/70 e 70/91;
- (xvi) Ao final, reafirma o pedido de realização de perícia contábil, bem como a apresentação de novos documentos que se fizerem necessários, observando que os livros originais razão e diário estão à disposição das autoridades fazendárias na sede da empresa;

A decisão recorrida está assim ementada:

PROTESTO PELA JUNTADA DE NOVAS PROVAS E ARGUMENTOS. PEDIDOS DE DILIGÊNCIA E PERÍCIA. A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, ressalvado o disposto nas alíneas “a” a “c” do § 4º do artigo 16 do Decreto nº 70.235/1972. Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de expor os motivos que as justifiquem e de formular os quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito. Manifestamente prescindível a instrução probatória pleiteada, visto que o deslinde do feito envolve eminentemente matéria de direito, estando os fatos amplamente documentados nos autos.

INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE JURISDICIONAL. O controle de constitucionalidade de atos normativos é da competência do Poder Judiciário, restringindo-se o julgador administrativo à análise da legalidade da autuação fiscal.

DECISÃO DO STF. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. VINCULAÇÃO ÀS PARTES. COMPETÊNCIA DO JULGADOR. EXTENSÃO ERGA OMNES. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO OU DO SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL. É vedado ao julgador administrativo, sem que exista

expressa autorização do Chefe do Poder Executivo ou do Secretário da Receita Federal, estender os efeitos de decisão do STF sobre inconstitucionalidade de ato normativo proferida incidentalmente, quando comprovado que o contribuinte não figurou como parte na referida ação judicial.

CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE TÍTULOS. LÍNGUA ESTRANGEIRA. TRADUÇÃO. OBRIGATORIEDADE. INSTRUMENTO PARTICULAR. EFICÁCIA PERANTE TERCEIROS. REGISTRO PÚBLICO. NECESSIDADE. A tradução para o vernáculo e o registro público de instrumento negocial particular são solenidades legalmente exigidas para que o contrato surta efeitos em face de terceiros.

IRPJ. DECADÊNCIA. CINCO ANOS. TERMO INICIAL. O prazo decadencial para a constituição do crédito tributário relativo ao IRPJ começa a ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

PIS. COFINS. CSLL. DECADÊNCIA. O direito de efetuar o lançamento das contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social extingue-se em dez anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito tributário poderia ser constituído.

IRPJ. OMISSÃO DE RECEITAS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DE RE-CURSOS DEPOSITADOS EM CONTA BANCÁRIA. ALEGAÇÃO DE SE TRATAR DE NUMERÁRIO PROVENIENTE DE VENDA DE ATIVOS FINANCEIROS. OPERAÇÕES COM TÍTULOS DO TESOURO NORTE-AMERICANO (T-BILLS). Presumem-se receitas omitidas os recursos creditados em conta bancária cujo titular não consiga comprovar, mediante documentação hábil e idônea (art. 42 da Lei nº 9.430/1996) sua origem, sendo insuficiente a apresentação de cópias de instrumentos particulares de contratos de venda de títulos do tesouro norte-americano (T-Bills), sem que se demonstre, cabalmente, a efetividade das transações.

CSLL. PIS. COFINS. OMISSÃO DE RECEITAS. DECORRÊNCIA. A ocorrência de eventos que constituem infração à legislação de vários tributos implica na obrigatoriedade de constituição dos respectivos créditos tributários, sendo que o julgamento que reconhece a ocorrência desses eventos repercute em todos os lançamentos a eles vinculados.

Lançamento procedente.

Cientificada da aludida decisão, a contribuinte apresentou recurso voluntário, no qual contesta as conclusões do acórdão recorrido, repisa as alegações da peça impugnatória e, ao final, requer o provimento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Jose Praga de Souza, Relator.

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

Trata-se de exigência de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, com fulcro em omissão de receitas apurada em face de depósitos bancários cuja justificativa de origem não foi aceita pela Fiscalização, nos montantes de R\$ 27.527.766,46 e R\$ 705.837,41 para os anos-calendário de 2001 e 2002, respectivamente.

A auditoria fiscal foi iniciada em 2004(fl.1), todavia, os autos de infração (fls. 115 a 139), no valor total de R\$ 26.185.443,27, incluindo a multa de ofício de 75% e juros de mora a taxa Selic, foram lavrados em abril de 2006, e cientificados via postal em 28/04/2006.

Verifica-se que o contribuinte optou pelo lucro real anual, tanto no ano-calendário de 2001, quanto em 2002, conforme DIPJ as fls. 2 e seguintes do anexo I. Nessas mesmas DIPJ verifica-se também que não há qualquer recolhimento de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins no transcurso desses anos.

Em seu recurso voluntário a recorrente repisa as mesmas alegações da peça impugnatória, que passo a apreciar.

1) Preliminar de decadência.

O recorrente sustenta que se está diante de um lançamento por homologação, a teor do disposto no art. 150, § 4º do CTN. Assim, conclui pela decadência do lançamento do relativamente aos valores apurados até março de 2001, haja vista que os autos de infração foi cientificado em abril/2006.

Ao presente caso aplica-se o art.173 inciso I, cuja contagem do prazo é mais elástica, haja vista que o contribuinte não efetuou recolhimentos de tributos até naqueles períodos, conforme evidencia a DIPJ juntada às fls. 2 e seguintes do anexo I.

Nesse sentido vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça-STJ, cite como exemplo o Recurso Especial nº 973.733- SC (2007/0176994-0), julgado em 12 de agosto de 2009, sendo relator o Ministro Luiz Fux:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o

pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inoocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. *É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).*

3. *O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199). (...)*

7. *Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (destaques do original)*

Diante do exposto, rejeito a preliminar.

2) Nulidade da decisão de 1ª instância por indeferimento do pedido de perícia.

A decisão de 1ª instância indeferiu o pedido de perícia pelos seguintes fundamentos:

Conforme expressamente previsto no Decreto nº 70.235/1972, em seu artigo 16, § 4º, somente na ocorrência de algumas das hipóteses nele ventiladas é que será possível deferir a juntada de provas documentais posteriormente ao prazo de apresentação da impugnação.

A impugnante trouxe os documentos que julgou necessários à instrução de sua peça defensiva, não cabendo fazer um pedido genérico para futura juntada de documentos, sem alinhar a hipótese legal em que se funda tal pedido.

Portanto, neste momento processual, deve ser indeferido o pedido genericamente feito, uma vez não demonstradas a necessidade e a fundamentação legal pertinente.

A mesma trilha segue o pedido de perícia, conforme se infere dos dispositivos do Decreto nº 70.235/1972 que tratam da matéria:

“Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993)” (grifei)

“Art. 28. Na decisão em que for julgada questão preliminar, será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis, e dela constará o indeferimento fundamentado do pedido de diligência ou perícia, se for o caso. (Redação dada pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993)”

Por seu turno, o artigo 420, § único, I, do Código de Processo Civil, dispõe que:

“Art. 420. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

Parágrafo único - O juiz indeferirá a perícia quando:

I - a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico; (...)”

No caso vertente, seria despicienda a realização de perícia ou diligência, visto que a autoridade administrativa tem o conhecimento e a competência funcional para apreciar as questões envolvidas no presente feito, não sendo necessária a intervenção de profissional com conhecimento especial de técnico, bem como não foi trazido aos autos elemento de prova algum que desse ensejo à manifestação do autuante.

Por pertinente, trago à colação jurisprudência administrativa do Egrégio 1º Conselho de Contribuintes, que corrobora com o entendimento ora exposto:

“DILIGÊNCIA OU PERÍCIA. Visando viabilizar a verdade final, devem objetivar a prova de fatos que o sujeito passivo não tenha condições de trazer para os autos, ou cujo carreamento lhe traria ônus desproporcional. O requerente deverá, porém, trazer qualquer prova, mesmo que indiciária, de sua efetiva existência. Exige-se, ainda, que o contribuinte tenha demonstrado, de forma cabal, mesmo que parcialmente, a incorreção do levantamento fiscal” (Acórdão 101-73.852, Rel. Amador Outerelo Fernández, DOU de 27.04.1983, p. 6763)

A despeito de a autoridade administrativa ser detentora de poderes de instrução de amplitude maior do que a observada no âmbito do processo civil, é defesa a substituição das partes em matéria probatória. Nesse sentido é a lição de PAULO CELSO B. BONILHA: *“(…) o poder instrutório das autoridades de julgamento (aqui englobamos a de preparo) deve se nortear pelo esclarecimento dos pontos controvertidos, mas sua atuação não pode implicar invasão dos campos de exercício de prova do contribuinte ou da Fazenda. Em outras palavras, o caráter oficial da atuação dessas autoridades e o equilíbrio e imparcialidade com que devem exercer suas atribuições, inclusive a probatória, não lhes permite substituir as partes ou suprir a prova que lhes incumbe carrear para o processo.” (Da Prova no Direito Administrativo Tributário, 2ª Ed., São Paulo, Dialética, 1997, p. 77 e 78)*

A argumentação tecida já ensejaria o indeferimento do pedido de perícia da interessada. Entretanto, o mero descumprimento das disposições contidas no artigo 16, inciso IV e § 1º do Decreto nº 70.235/1972 já é suficiente para fulminar o pedido da impugnante:

“Art. 16. A impugnação mencionará: (...)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito; (Redação dada pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993)

§ 1.º. Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Acrescido pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993)” (grifei)

Diante do mandamento contido no dispositivo acima, aliado à inobservância dos requisitos legais por parte da interessada, devem ser considerados não formulados os pedidos de diligência e perícia da interessada.

De toda a sorte, entendo evidente a prescindibilidade de instrução probatória, uma vez que os fatos estão amplamente documentados nos autos.

Pois bem, na análise das alegações recursais quanto a essa questão, formei convencimento de que a contribuinte em verdade pretende suprir a deficiência probatória de sua defesa mediante realização de perícia. Tal procedimento é absolutamente impróprio. As provas devem ser apresentadas e produzidas pelo recorrente, que teve tempo hábil para isso seja durante a auditoria fiscal, seja no transcurso do processo administrativo. Entretanto o contribuinte nada mais apresentou em seu recurso voluntário.

O artigo 29 do Decreto 70.235/1972 (PAF) estabelece que “*Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.*”

Uma vez que o julgador de 1ª. instância entendeu ser desnecessária a realização da perícia e justificou sua negativa, bem com enfrentou o mérito fundamentando sua decisão, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa. Nesse sentido é pacífica a jurisprudência deste Conselho, cite os seguintes acórdãos, cuja ementa transcrevo:

PRELIMINAR - PERÍCIA. INDEFERIMENTO - É de se indeferir a solicitação de perícia quando não for necessário o conhecimento técnico especializado, não podendo servir para suprir a omissão do contribuinte na produção de provas que ele tinha a obrigação de trazer aos autos. (Acórdão 106-13589 de 16/10/2003).

NORMAS PROCESSUAIS – NULIDADE – PEDIDO DE DILIGÊNCIA E PERÍCIA – Não se cogita de nulidade quando a autoridade julgadora indefere pedido de diligência ou perícia por entender que os elementos constantes dos autos são suficientes para o julgamento do feito. (acórdão 101-96.397 de 19/10/2007).

Rejeito também esta preliminar.

3) Mérito

A infração imputada à impugnante é a de omissão de receitas, caracterizada pela falta de comprovação da origem de depósitos efetuados em suas contas bancárias. A base legal da autuação foi o art. 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996:

Art.42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição

financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

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 R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais). (Alterado pela Lei nº 9.481, de 13/08/1997)

§4º Tratando-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.

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30/12/2002)

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30/12/2002)

Vejam os fundamentos da decisão recorrida, quanto ao mérito:

A autuada, ao ser intimada pela autoridade fazendária a justificar a diferença entre as receitas declaradas e os valores movimentados em suas contas bancárias no ano-calendário de 2001, explicara que ela decorria de contratos de compra e venda “*T-Bills*”, sendo que a receita tributável seria a diferença entre a compra e venda desses títulos, já contabilizadas e levadas à tributação a título de receitas financeiras;

A alegação de que os valores encontrados em suas contas bancárias, relativamente ao ano-calendário de 2001, seriam correspondentes ao produto de transações de vendas de títulos do tesouro norte-americano (*T-Bills*) não restou comprovada.

A impugnante alega, às fls. 166/167, que as entradas de dinheiro em suas contas bancárias foram realizadas por Sipasa Empreendimentos e Comércio Ltda., Fort Marcas e Miudezas Ltda., Quilombo Empreendimentos e Part. Ltda., Neomarkets Com. E Serviços Ltda., Bombril S/A, Orra Indústria e Comércio Ltda., G. D.

Factoring Ltda., Dulcini S/A, Tecnologia Bancária S/A e Duagro S/A Administração e Participações.

Conforme planilha elaborada pela própria impugnante, de fls. 536/539, as entradas em dinheiro seriam justificadas pelas operações de venda de *T-Bills*, consignados nos instrumentos contratuais de números 2, 3, 4, 5, 9, 11, 14, 20, 26, 29, 35, 36 e 37.

Compulsando os mencionados contratos, verifica-se que, apesar de a impugnante ter elencado nove empresas como responsáveis pelos depósitos encontrados em suas contas bancárias, os mencionados contratos abrangem apenas três empresas: Sipasa Empreendimentos e Comércio Ltda., Fort Marcas e Miudezas Ltda. e Duagro S/A Administração e Participações.

Os instrumentos contratuais com a Sipasa (contratos nºs 2, 5, 11, 14, 20, 26, 29, 35 e 36) não se prestam a atestar a efetiva realização da operação neles consignadas.

Primeiro, porque eles não identificam aqueles que subscrevem o suposto instrumento contratual. Pela parte da contribuinte, por comparação, seria possível admitir que se reconhece a assinatura de seu procurador, Laodse de Abreu Duarte. Entretanto, em relação aos adquirentes dos títulos, não restou qualificada a pessoa que lançou a assinatura nos mencionados instrumentos, de maneira a não se poder identificar e se certificar da regularidade dos mencionados documentos. Verifica-se ainda, que as testemunhas que assinam os mencionados instrumentos também não foram devidamente identificadas, constando tão-somente as respectivas assinaturas e número de RGs.

Além da ausência desses requisitos essenciais à validade desses instrumentos negociais, a comprovação material da efetividade da operação não restou demonstrada. Embora a contribuinte tenha juntado cópias de extratos bancários cujos valores coincidiriam com os valores constantes desses instrumentos contratuais, o fato é que não restou demonstrado que tais créditos bancários correspondem a pagamentos efetuados pela Sipasa. Vale dizer, não foi demonstrado que os créditos bancários correspondem, efetivamente, a depósitos ou créditos efetuados pela Sipasa.

Cabe observar que em processo anteriormente formalizado em face da Monte Mor (PAF nº 19515.003476/2005-43), em que fora apurada infração da mesma espécie que se discute nos presentes autos – omissão de receitas em decorrência de existência de depósitos bancários sem comprovação de origem – mas em ano-calendário diverso, a fiscalizada também alegou que os valores encontrados em suas contas bancárias eram oriundas de pagamentos de venda de *T-Bills* à Sipasa. Todavia, àquela ocasião, a autoridade fiscal concluiu, em diligência realizada junto à Sipasa, que não ocorrera transferências bancárias para a Monte Mor compatíveis com as datas e os valores constantes dos supostos contratos de venda dos títulos do tesouro americano, conforme excerto de seu relatório, juntado a fls. 566/570 a seguir transcrito:

“O cruzamento dos valores que foram depositados nas contas correntes bancárias da empresa fiscalizada, tendo como origem os ‘pagamentos’ feitos pela empresa SIPASA EMPRENDIMENTOS E COMÉRCIO LTDA, NÃO foram localizados nos extratos bancários desta última, na relação data-valor”

Portanto, as cópias dos instrumentos contratuais que teriam sido celebrados entre a Monte Mor e a Sipasa, não podem ser aceitos como prova de origem dos depósitos bancários e, como não foi feita uma cabal demonstração de que a Sipasa despendeu

recursos para o pagamento dos títulos, tem-se como não comprovada a origem dos recursos bancários que seriam correspondentes a essa operação financeira.

Quanto aos supostos instrumentos contratuais que teriam sido celebrados com a empresa Fort Marcas e Miudezas Ltda. (3, 4 e 9), verifica-se que também apresentam os mesmos vícios que comprometem a aceitação como instrumentos regulares e válidos: ausência de identificação e qualificação dos contratantes; simples assinatura das testemunhas, sem a devida qualificação, somente constando um número de RG.

Além dessas irregularidades, também constam informações da Fort Marcas no mencionado relatório do PAF nº 19515.003476/2005-43 que implicam em rejeitar os mencionados documentos apresentados pela impugnante. Conforme pesquisa realizada pelo Auditor-Fiscal autuante (fl. 5 do relatório), a empresa fora formalmente constituída em 24.03.1999, no município de Camocim, estado do Ceará. Declarou-se como microempresa à Secretaria da Receita Federal, tendo apresentado uma única declaração de informações econômico-fiscais de pessoa jurídica, no ano-calendário de 1999, fazendo constar dela uma receita bruta anual de R\$ 3.942,00.

A autoridade fiscal também constatou que a empresa encontra-se em situação de inaptidão junto aos registros cadastrais da SRF, uma vez que ela omitiu-se em cumprir suas obrigações tributárias e, ainda, não foi localizada no domicílio fiscal eleito. Verificou ainda a autoridade fazendária que a pessoa natural responsável pela empresa junto à SRF teve seu CPF cancelado em razão de irregularidades constatadas.

Ou seja, tudo leva a crer que Fort Marcas Comercial de Miudezas Ltda não existe de fato ou, caso tenha existido, seu nome foi utilizado para acobertar operações que ela não teria condições econômicas de ter realizado. Assim, não é possível aceitar que Fort Marcas Comercial de Miudezas Ltda., em face das situações de irregularidades junto à SRF e cuja receita bruta conhecida é de R\$ 3.942,00, teria condições de ter adquirido um montante de R\$ 6.278.390,53 em títulos da dívida americana, conforme dados constantes da planilha apresentada pela contribuinte.

Ademais, ainda que a Fort Marcas tivesse capacidade econômica e estivesse regularizada perante o Fisco, os documentos apresentados pela impugnante não são suficientes para identificar a Fort como a titular dos depósitos e créditos feitos às contas bancárias da impugnante.

Portanto, à semelhança do ocorrido com a Sipasa, também a própria materialidade das transações com os alegados *T-Bills* não ficou demonstrada, de maneira que se confirma a presunção de omissão de receitas decorrentes da não comprovação da origem dos depósitos bancários.

Quanto ao último contrato relacionado pela impugnante, o de nº 37, supostamente celebrado com Duagro S/A Administração e Participações, verificam-se as mesmas irregularidades intrínsecas aos instrumentos contratuais até então comentadas, razão pela qual torna-se prescindível elencá-las novamente.

Todavia, verifica-se que no caso do suposto contrato com a Duagro, a impugnante sequer tentou apontar em seus extratos qual seria o crédito correspondente ao valor transacionado no contrato de venda de T-Bill.

Portanto, conclui-se que também em relação à Duagro, também não podem ser aceitos os documentos juntados como comprovantes de origem dos depósitos a eles supostamente vinculados.

(...)

De qualquer maneira, a impugnante não conseguiu demonstrar a materialidade das operações de venda de títulos, uma vez que não foram apresentados documentos hábeis e idôneos que comprovassem a vinculação direta entre os depósitos e créditos encontrados nas contas da fiscalizada com a saída de recursos das supostas adquirentes das *T-Bills*.

A alegação de que os depósitos teriam sido efetuados por conta e ordem de terceiros como justificativa de os adquirentes não aparecerem como os titulares dos depósitos não restou demonstrada. Não há nos autos documentos que apóiem tal tese.

Quanto às alegações de que a impugnante teria direito de ser tributada em conformidade com sua renda líquida, de maneira que houvesse um abatimento dos valores despendidos na aquisição dos T-Bills, cumpre observar que se o contribuinte optante pelo Lucro Real incorre em custos ou despesas em suas atividades, tem a faculdade de deduzi-las do resultado e, conseqüentemente, diminuir a base de cálculo tributável. Todavia, fica a seu juízo reconhecê-las ou não, conforme permita a legislação, não cabendo tal procedimento à autoridade fiscal que apenas verificará a regularidade da dedução feita. Portanto, se eventualmente a fiscalizada efetuou qualquer operação e esta gerou despesas, seu reconhecimento contábil já deveria ter sido efetuado pela própria interessada, não cabendo neste momento a autoridade fiscal proceder a retificações em sua escrita contábil.

Já a autoridade lançadora deu cumprimento ao determinado no disposto no art. 42, § 2º da Lei nº 9.430/1996, ou seja, adicionou os valores correspondentes à omissão de receitas decorrentes da não comprovação de origem dos depósitos bancários ao resultado para fins de apuração do Lucro Real, tendo descontado o prejuízo fiscal e compensado as bases de cálculo negativas da CSLL de períodos anteriores.

Portanto, não houve ofensa à legislação que rege a matéria para fins de apuração do IRPJ e da CSLL.

Relativamente à diferença apurada no ano-calendário de 2002, a autuada tenta se justificar, apresentado o documento de nº 1, que se trata de mera fotocópia do documento outrora apresentado junto à autoridade lançadora, no curso do procedimento de fiscalização (fls. 83/84).

Entretanto, conforme se depreende da leitura do termo de verificação fiscal, o próprio auditor-fiscal já havia aceito parcialmente a justificativa apresentada. Com efeito, conforme consta de seu Termo de Constatação Fiscal, dos valores depositados na conta do Banco BBV, R\$ 134.000,00 era composto por sete valores correspondentes a cheques devolvidos e um, correspondente a crédito posteriormente anulado, excluindo tal valor do montante de créditos a ser comprovada a origem.

Assim, o valor a ser justificado seria o resultado da diferença entre o montante de depósitos em suas contas-correntes bancárias, de R\$ 872.984,02, deduzidos: o estorno aceito pela autoridade fiscal (R\$ 134.000,00), o próprio valor já declarado em DIPJ (R\$ 34.876,89) e um ajuste feito em junho de 2002, no valor de R\$ 1.730,28. Ou seja, restou sem explicação uma diferença de o de R\$ 705.837,41.

Em sede de impugnação, a autuada limitou-se a trazer uma nota fiscal de venda de mercadorias de R\$ 225.000,00 que poderia explicar a origem de parte dos depósitos em suas contas bancárias no ano de 2002.

Entretanto, ainda que se aceite como válido e bom este documento fiscal, percebe-se que, embora seja demonstrada sua regular origem, não ficou demonstrado que houve sua regular contabilização e oferecimento do valor da venda à tributação. E isto resta evidente se se notar que o valor de receita declarado em DIPJ (R\$ 34.876,89) já é manifestamente inferior a esta única nota fiscal.

Portanto, as explicações trazidas quanto às diferenças verificadas no ano-calendário de 2001 não demonstram a regular contabilização e oferecimento à tributação do valor de R\$ 705.837,41.

Aplica-se ao PIS e a Cofins as considerações acerca da matéria fática e de direito que levou à conclusão de que houve omissão de receitas em decorrência da não comprovação da origem dos depósitos bancários encontrados nas contas correntes da fiscalizada, anteriormente enfrentadas na impugnação ao lançamento do IRPJ e da CSLL.

Quanto ao questionamento da inconstitucionalidade da lei nº 9.718/1998 e do pronunciamento dado pelo Supremo Tribunal Federal, é de se registrar que não compete ao julgador administrativo afastar a aplicação de ato legal posto regularmente no ordenamento jurídico e que esteja com plena eficácia.

A Lei nº 9.718, de 27/11/1998 aplica-se, no âmbito da legislação tributária federal, às contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, de que tratam o art. 239 da Constituição e produziu efeitos, em relação aos arts. 2º a 8º, para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999 e, encontra-se, até a presente data, em plena vigência, inclusive no que se refere ao art. 3º, § 1º.

O fato de o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário nº 346.084/PR, ter declarado por maioria a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, não desobriga a contribuinte a observar tal dispositivo normativo, eis que a decisão proferida não opera efeitos *erga omnes*, mas somente entre as partes interessadas, uma vez não se tratar de controle direto de constitucionalidade.

Observe-se que o Decreto nº 2.346/97 que consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais, assim estabelece em seus artigos 1º, § 3º e 4º, inciso I:

“Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo

Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

§ 3º O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto.”

(...)

Art. 4º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;

II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;

III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;

IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Inexistentes atos afastando a aplicação das disposições contidas no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, as mesmas devem prevalecer na esfera administrativa.

Assim, devem ser mantidos também os lançamentos do PIS e da Cofins.

Por fim, assevero que ao fundamentos acima transcritos nada cabe acrescentar, pelo que peço vênha para adotá-los aqui como razões de decidir. Estou plenamente convencido de que a contribuinte nada comprovou quanto a origem dos depósitos bancários que efetivamente foram realizados em sua conta-corrente bancária.

4) Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares e no, mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)
Antônio José Praga de Souza