



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

Processo nº 19515.000520/2011-10
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-002.046 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de janeiro de 2016
Matéria IRPJ
Recorrente B. F. Z. INDUSTRIA E COMERCIO DE ROUPAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006

SOLIDARIEDADE. INTERESSE COMUM.

Caracteriza a solidariedade prevista no art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional, a existência de interesse comum entre o contribuinte e o responsável na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. PRESUNÇÃO LEGAL.

A Lei nº 9.430, de 1996, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza lançar o imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

Correta a aplicação da multa de ofício qualificada de 150% quando restar evidenciado nos autos os motivos da aplicação da referida multa.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA

Aplica-se às contribuições sociais reflexas, no que couber, o que foi decidido para a obrigação matriz, dada a íntima relação de causa e efeito que os une.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para excluir os coobrigados Reina Jamal Eddine El Tayeb Rafej e Edson Pereira de Abreu do polo passivo da relação jurídico tributária, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Processo nº 19515.000520/2011-10
Acórdão n.º **1402-002.046**

S1-C4T2
Fl. 1.977

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente.

(assinado digitalmente)

FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: LEONARDO DE ANDRADE COUTO, FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, LEONARDO LUIS PAGANO GONÇALVES e DEMETRIUS NICHELE MACEI.

Relatório

B. F. Z. INDUSTRIA E COMERCIO DE ROUPAS LTDA recorre a este Conselho contra decisão de primeira instância proferida pela 2ª Turma da DRJ São Paulo01/SP, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Por pertinente, transcrevo o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

“Trata-se de impugnação aos autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, lavrados contra o contribuinte acima identificado por terem sido constatadas as seguintes irregularidades: omissão de receitas, em razão de depósitos bancários com origem de recursos não comprovada, glosa de custos ou despesas não comprovadas e resultados operacionais não declarados, relativos ao ano-calendário de 2006.

O valor do auto de infração monta a R\$ 12.797.123,93, aí incluídos principal, juros de mora calculados até a data da autuação e multa de ofício de 150%. O enquadramento legal encontra-se arrolado nos respectivos autos de infração.

Em fls. 451 a 460, encontra-se o Termo de Constatação com o relato dos procedimentos executados pela fiscalização.

Cientificado, por via postal, conforme documentos de fls. 443/444, em 03/03/2011, o contribuinte apresentou a impugnação de fls. 1808/1829, em 01/04/2011, apresentando as suas razões de defesa, acompanhadas do seguinte pedido:

... requer-se o conhecimento da presente impugnação, para:

- 1. Cancelar os termos da sujeição passiva solidária, excluindo o procurador Mustapha Mahmoud Amin Minkara; e os sócios Reina Jamal Eddine El Tabey e Edson Pereira de Abreu do pólo passivo do presente auto de infração;*
- 2. Cancelar o auto de infração, diante da nulidade consistente na ilegalidade da lavratura do termo de embargo à fiscalização, fato que tornou nulas as requisições de movimentações financeiras;*
- 3. A redução da multa para 75%;*
- 4. A redução dos débitos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, seja pela existência de ‘bis in idem’, ou pelo arbitramento do lucro em relação as receitas consideradas omissas.*

É o Relatório.”

A decisão de primeira instância, representada no Acórdão da DRJ nº 16-34.543 (fls. 1.892-1.903) de 03/11/2011, por unanimidade de votos, considerou procedente o lançamento. A decisão foi assim ementada.

Ano-calendário: 2006

SOLIDARIEDADE. INTERESSE COMUM. Caracteriza a solidariedade prevista no art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional, a existência de interesse comum entre o contribuinte e o responsável na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. PRESUNÇÃO LEGAL. A Lei nº 9.430, de 1996, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza lançar o imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. Considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo contribuinte.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. Correta a aplicação da multa de ofício qualificada de 150% quando restar evidenciado nos autos os motivos da aplicação da referida multa.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Aplica-se às contribuições sociais reflexas, no que couber, o que foi decidido para a obrigação matriz, dada a íntima relação de causa e efeito que os une."

Contra a aludida decisão foram cientificados os responsáveis solidários: Edson Pereira de Abreu, em 20/04/2012 (A.R. de fl. 1.942); Mustapha Mahmoud Amin Minkara, Reina Jamal Eddine El Tabey, bem como o sujeito passivo: BFZ Indústria e Comércio de Roupas Ltda, em 14/05/2012 (edital de fl. 1.943).

Todos os interessados apresentaram um único recurso voluntário em 18/05/2012 (fls. 1.944-1.968) onde repisam os argumentos apresentados em impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Da preliminar de nulidade do lançamento

Aduz a recorrente que o auto de infração estaria eivado de nulidade em face da ilegalidade da lavratura do Termo de Embaraço à Fiscalização que ensejou as Requisições das Movimentações Financeiras (RMF).

Com a devida vênia, entendo não haver nulidade ocasionada pelo procedimento adotado.

Isso porque, no âmbito do processo administrativo fiscal, as hipóteses de nulidade são taxativamente previstas nos arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio. (Grifou-se).

Nesses termos, o cerceamento do direito de defesa somente pode ser cogitado em face de despachos e decisões. Sendo o auto de infração um ato administrativo, a declaração de nulidade somente pode ser suscitada em caso de lavratura por pessoa incompetente. Possíveis irregularidades, incorreções e omissões cometidas no auto de infração não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Quanto ao Termo de Embaraço, da leitura do Termo de Constatação, em fls. 451/453, depreende-se que em 12/11/2009, foi lavrado o Termo de Início de fiscalização e, após inúmeras intimações e reintimações não atendidas, em 26/02/2010, foi o contribuinte devidamente advertido que o não atendimento, no prazo marcado, às solicitações efetuadas pela fiscalização, para apresentação de livros contábeis e fiscais, bem assim de extratos bancários das instituições financeiras em que realizou operações no ano-calendário de 2006, caracterizaria, nos termos do inciso I, do art. 33 da Lei nº 9.430/1996, embaraço à Fiscalização, e foi o que aconteceu.

Quanto à movimentação financeira requisitada e fornecida pelos Banco Safra, Bradesco S/A e Itaúbank S/A, foi o contribuinte regularmente intimado a manter à disposição da fiscalização a comprovação da origem dos recursos de todos os valores depositados e ou creditados em conta-corrente bancária, com a respectiva documentação hábil e idônea, fato que em momento algum ocorreu. Somente em 24/09/2010, foram protocolizadas as entregas dos livros fiscais escriturados com apuração do lucro presumido.

Portanto, não há como acatar a pretensão da não ocorrência de embargo à fiscalização, lavrado em 20/03/2010.

Rejeita-se, pois, a preliminar de nulidade do lançamento suscitada.

Do mérito

Da sujeição passiva solidária

Quanto aos termos de sujeição passiva, a autoridade tributária baseou-se no interesse comum capitulado no art. 124 do CTN para imputar a solidariedade para os sócios, bem assim para o representante legal, conforme consta do Termo de Constatação e Sujeição Passiva Solidária (item 9, fls. 459).

"...

9 - INTERPOSTA PESSOA E RESPONSABILIDADE SOILIDÁRIA

Foram identificadas, partir de informações prestadas por instituições financeiras, procurações passadas pela sociedade às pessoas físicas abaixo indicadas, conferindo "os mais amplos, gerais e ilimitados poderes, para (...) "gerir e administrar negócios e interesses comerciais da empresa, podendo abrir assinar correspondências, assinar livros e demais papéis da empresa, fazer alterar, assinar e rescindir contratos, admitir demitir funcionários, fixando-lhes salários e atribuições, depositar e retirar dinheiro e títulos de bancos, movimentar as conta-corrente bancárias da contribuinte, etc.

a) MUSTAPHA MAHMOUD AMIN MINKARA, CPF 213.837.068-24

Foram ainda solicitados, às instituições financeiras, mediante os RMF's abaixo indicados, cópias de cheques emitidos a partir das contas correntes do contribuinte, com vistas à verificar, através da análise das assinaturas dos cheques, as pessoas físicas que operaram as contas-correntes analisadas.

Dessa forma, comparando-se, por simples semelhança, as assinaturas, nos cheques e ordens de movimentação financeira encaminhados pelas instituições financeiras com os cartões de assinatura também fornecidos pelos bancos, verifica-se que as pessoas físicas que operaram as contas bancárias analisadas foi (sic) o procurador Sr. Mustapha, qualificado no Início deste título.

Todos estes elementos elencados demonstram a participação direta do procurador MUSTAPHA MAHMOUD AMIN MINKARA na execução das movimentações financeiras analisada e, conseqüentemente, na administração financeira da empresa. Em face disso, foram instalados os procedimentos de diligência abaixo indicados e intimados o procurador e os sócios da empresa através de Termos de Início de Diligência.

c) MUSTAPHA MAHMOUD AMIN MINKARA - MPF Nº 0819000-2010-02061-5

d) Reina Jamal Eddine El Tayeb El Rafei - MPF Nº 0819000-2010-02063-1 ;

e) EDSON PEREIRA DE ABREU - MPF Nº 0819000-2010-02062-3

Em termo de depoimento de 24/08/2010 o Sr. Mustapha afirmou EM TERMO DE DEPOIMENTO FLS .273/274 ter assinado todos os cheques da empresa emitidos no ano-calendário de 2006 assim como afirmou que atuava como procurador, comprando, vendendo e movimentando todas as contas-correntes bancárias da empresa da contribuinte, afirmando ter todas as responsabilidades da empresa. O Sr. Mustapha afirmou em depoimento ter colocado 1% da empresa em nome do funcionário Edson Pereira de Abreu. Verificamos que a assinatura do sócio Sr. Edson Pereira de Abreu no contrato social e suas alterações são divergentes.

O Sr. Mustapha afirmou ainda ser casado com a Sra Reina no Líbano e ser companheiro da mesma no Brasil.

Os sócios da empresa foram cientificados das informações prestadas pelo Sr. Mustapha não tendo se manifestado a respeito das informações prestadas.

Em face da comprovação de participação efetiva do Sr. Mustapha na execução das movimentações financeiras analisadas, e ainda considerando a substituição dos sócios da empresa pelo procurador na execução de todas as movimentações financeiras (analisadas por amostragem) e confirmada através de depoimento, resta claro que o Sr. MUSTAPHA MAHMOUD AMIN MINKARA teve participação direta e interesses comuns relacionados às movimentações financeiras cuja origem e apresentação à tributação não foi comprovada, conforme dispõe o art. 124 do Código Tributário Nacional - CTN:

...

Sendo assim, em face da clara participação do Sr. Mustapha acima relacionado na administração das movimentações financeiras do contribuinte, bem como de suas condições de mandatários de fato do contribuinte, substituindo os sócios de direito na execução das movimentações financeiras, e não tendo sido apresentada a comprovação da origem ou da regular contabilização dos recursos financeiros aqui analisados, resta configurada a responsabilidade solidária da pessoa aqui citada quanto aos fatos aqui apurados, com fundamento no art. 124, inc. I, do CTN.

Da mesma forma tendo em vista a condição de sócios da empresa da Sra Reina Jamal Eddine El Tayeb El Rafei e Sr. EDSON PEREIRA DE ABREU acima qualificados resta configurada a responsabilidade solidária das pessoas aqui citadas quanto aos fatos aqui apurados, com fundamento no art. 124, inc. I, do CTN.

..."

O referido dispositivo assim estatui:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

Vê-se que o CTN admite a modalidade de solidariedade passiva de fato, (art. 124, I), quando há pessoas com interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

Nesse sentido, conforme constatado da leitura do Termo de Constatação e Sujeição Passiva Solidária, entendo que restou demonstrado no curso da ação fiscal o nexo existente entre o arrolado, Sr. MUSTAPHA MAHMOUD AMIN MINKARA, CPF 213.837.068-24, como solidário e os fatos geradores da obrigação principal.

Quanto aos sócios da empresa, Sra Reina Jamal Eddine El Tayeb El Rafei e Sr. Edson Pereira de Abreu, não consigo vislumbrar a solidariedade pelo simples fato de serem esses os sócios da empresa, como argumenta a autuante.

Dessa forma, há que se excluir do polo passivo da autuação os sócios Sra Reina Jamal Eddine El Tayeb El Rafei e Sr. Edson Pereira de Abreu, mantendo apenas o representante legal, Sr. MUSTAPHA MAHMOUD AMIN MINKARA, como responsável solidário.

Da qualificação da multa de ofício

Com respeito à majoração da multa para 150%, conforme enquadramento legal aposto no auto de infração, foi aplicada nos termos do art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96.

O art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996, em sua redação original, dispõe que, nos casos de lançamento de ofício deve ser aplicada a multa de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo devido, nos casos de evidente intuito de fraude. É este o teor do referido artigo:

Art.44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Hoje, é o § 1º do artigo 44 que trata da multa qualificada:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de

declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

Cumprе explicitar que os fundamentos na legislação fiscal para a imputação da fraude *latu sensu* vinculam-se às hipóteses previstas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, *in verbis*:

Art. 71 – Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;(grifei).

II – das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72 – Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73 – Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72.

Veja as razões que levaram a Fiscalização a qualificar a multa:

O contribuinte encontra-se na condição de ‘cassado’ desde julho de 2006 perante a Secretaria da Fazenda Estadual do Estado de São Paulo.

Apesar de ter apresentado GIA (declaração enviada a Secretaria da Fazenda Estadual) com declaração de faturamento no ano-calendário de 2006 apresentou DIPJ e duas DCTFs zeradas para o mesmo período. Também afirmou em resposta protocolada em 14/01/2011 ter apurado resultado positivo de imposto no segundo trimestre de 2005 e não ter procedido ao lançamento em DCTF dos respectivos valores.

Conforme detalhado no item 9 acima, o contribuinte apresentou livros fiscais com apuração de lucro real caracterizando omissão de rendimentos, assim como também ficou caracterizado a omissão de rendimentos devido a falta de apresentação de documentação hábil e idônea que amparasse a entrada de recursos em conta-corrente bancária.

Através dos documentos obtidos junto às instituições financeiras, constatamos a existência de procurações (cópias anexadas ao processo) em todos os bancos dando amplos poderes ao Sr. Mustapha. Verificamos assinaturas divergentes do cartão de assinatura do Sr. Edson, além de obtermos amostragem de cheques revelando que todos foram assinados pelo Sr. Mustapha.

Em declaração fornecida a Secretaria da Receita Federal o Senhor Mustapha afirmou que assinou todos os cheques da empresa, era responsável pela compra e venda entre outros, além de afirmar que o sócio Sr. Edson era funcionário da empresa e que foi colocado 1% da empresa em seu nome.

Apesar de intimados os sócios da empresa não se manifestaram a respeito das declarações prestadas pelo Sr. Mustapha.

Extrai-se do excerto acima um conjunto de condutas cujo objetivo não pode ser outro, senão aquelas elencadas nos acima citados artigos 71 e 72.

Claro está que os fatos apurados nos autos se subsumem as hipóteses acima descritas, já que a empresa impediu ou retardou o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais. Nessa esteira, também não pode ser acolhida a alegação da empresa de que se aplicaria a Súmula nº 25 do Carf, portanto, correta a majoração da multa.

Da apuração com base no lucro real trimestral

Insurge-se ainda a recorrente contra a apuração do IRPJ e da CSLL com base no lucro real, aduz que sobre a suposta omissão de receitas deveria ter a fiscalização procedido ao arbitramento do lucro, considerando as atividades industrial e comercial da BFZ.

É consabido que a aplicação do arbitramento é medida extrema e só deve ser utilizado como último recurso, por ausência absoluta de outro elemento que tenha mais condições de aproximar-se do lucro real. Tanto é assim que é imprescindível por parte do Fisco a abertura formal de prazo para apresentar-se a documentação que a elidiria e foi o que ocorreu no caso.

O contribuinte apresentou os livros fiscais escriturados com apuração no lucro presumido assinados pela sócia Sra. Reina, sócia majoritária detentora de 99% do capital social da empresa.

A fiscalização, tendo em vista a ausência de pagamento de qualquer imposto no ano-calendário de 2006, assim como a ausência de declaração dos valores apurados de

tributos no ano-calendário de 2006, constatou a ausência de opção pelo lucro presumido, com fulcro no §4º do art. 516 do RIR/1999, e intimou o contribuinte em 04/10/2010 a apresentar os balanços trimestrais com a correspondente apuração do imposto com base no lucro real, bem assim a apresentar e transmitir cópia das DACON's com a apuração do PIS e da COFINS para janeiro a dezembro de 2006, e o contribuinte apresentou nova escrituração com apuração trimestral com base no lucro real.

O que se deve ter em tela é que a existência de omissão de receitas não é motivo de arbitramento, por si só. Se a omissão de receitas acontece na própria contabilidade, é comum, ainda que não necessário, que outros elementos relacionados a essas receitas, como despesas e/ou custos, também estejam distorcidos. E essas distorções nas receitas e despesas e/ou custos certamente altera o resultado em relação ao resultado que deveria ser atingido se fossem corretamente contabilizados. Porém, com os elementos de prova colacionados, seja relativos a omissão de receitas, seja relativos a custos e/ou despesas, tudo o que foi provado passa a integrar também o resultado – a receita tributável omitida acresce ao resultado e as despesas e/ou custos dedutíveis reduzem o resultado. Se a fiscalização comprovar a omissão de receitas e o contribuinte não comprovar novos custos e/ou despesas, além dos já contabilizados, apenas majora-se o resultado.

Portanto, não procede a alegação do contribuinte de que a apuração do IRPJ e da CSLL deveria ter sido feita com base no lucro arbitrado.

Da não ocorrência de *bis in idem*

Não merece melhor sorte a alegação de que teria havido *bis in idem* na apuração do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS. A esse respeito aduz a recorrente que o auditor fiscal não deveria ter usado o total da movimentação bancária R\$ 8.703.140,14 como receita omitida, mas sim a diferença entre os depósitos bancários e as movimentações declaradas em GIA que totalizaram R\$ 8.202.446,77.

A justificativa da fiscalização para ter considerado o total da movimentação financeira como receita omitida encontra-se no item 4 do Termo de Constatação (fls. 454/455) abaixo transcrito e nos vários anexos por ela colacionados aos autos.

4- ANÁLISE DA ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL APRESENTADA PELO CONTRIBUINTE

Em atendimento às intimações para comprovação da origem dos depósitos bancários relativos ao ano-calendário de 2006 foi apresentada escrita fiscal com apuração do lucro real.

A escrita contábil apresentada pela empresa, anexada a este processo, foi imediatamente analisada, tendo-se constatado que o contribuinte registrou, nessa contabilidade, a totalidade dos lançamentos bancários e que não houve alteração dos saldos do lançamento nas referidas contas.

4.1 Análise dos lançamentos em contas-correntes do contribuinte

Os lançamentos das entradas de recursos em conta-corrente bancária foram feitos a crédito da conta clientes e duplicatas descontadas.

Analisando a conta clientes diversos nacionais que passaremos a chamar de **conta cliente**, verificamos lançamentos em contrapartida conforme tabela abaixo:

VIDE Tabela em fls. 454.

Saldo inicial da conta: 0,00

Saldo Final da Conta: R\$ 6.557.230,29C

Da análise dos lançamentos a débito na conta cliente e a crédito na conta receita de vendas do ano-calendário de 2006, verificamos tratar-se de lançamentos de venda, sendo os lançamentos a crédito na conta cliente e a débito na conta receita referente a devolução de Vendas, conforme histórico dos lançamentos a crédito e a débito na conta receita referente a devolução de Vendas, conforme histórico dos lançamentos. Deste fato constatamos receitas oferecidas a tributação de R\$ 8.18.557,20 (receita R\$ 9.000.123,37 – R\$ 781.566,17) e um lançamento de R\$ 1.302.460,32 referente a balanço de abertura.

Analisando os valores creditados a conta clientes verificamos que os mesmos originam-se de débitos a conta bancos (Bradesco R\$ 14.143.664,05 + Bank de Boston R\$ 277.224,43 + Safra R\$ 1.658.099,33) totalizam R\$ 16.078.987,81.

Os históricos dos valores debitados nas contas bancos e creditados na conta clientes conforme tab 1 indicam o pagto. de NF no valor de R\$ 7.375.847,67 e Recbtos de duplicatas no valor de R\$ 8.703.140,14.

Tendo em vista a verificação de saldo credor na conta clientes o que em tese poderia representar um adiantamento de clientes e o não oferecimento a tributação da integralidade das entradas de recursos em conta-corrente bancária, reintimamos o contribuinte, através do termo de constatação e intimação fiscal de 04/10/2010. a apresentar documentação que amparasse a entrada de recursos em conta-corrente bancária que não foram oferecidos a tributação, além dos demais documentos e planilhas descritos na intimação.

Através do termo de constatação e intimação fiscal de 14/12/2010 além dos fatos relatados no termo de 04/10/2010 constatamos ao contribuinte que recalculando o saldo final da conta clientes utilizando-se somente os valores identificados pelo contribuinte como entrada de recursos oferecidos à tributação passaríamos a apurar saldo devedor da conta clientes, divergindo do saldo credor apurado pelo contribuinte.

Saldo final = Balanço de abertura + Receita – Recebimentos com identificação de notas fiscais – devoluções de vendas – Estornos

S/d final = R\$ 1.302.460,32 + R\$ 9.000.123,37 – R\$ 7.375.847,67 – R\$ 781.566,17 – R\$ 740,00

Intimamos através do termo de 14/12/2010 o contribuinte, seus sócios e ao Sr. Mustapha a comprovar mediante apresentação de documentação hábil e idônea coincidente em datas e valores a origem e a regular apresentação a tributação das entradas de recursos em conta-corrente bancária relativa ao ano-calendário de 2006 conforme planilha “Entrada de Recursos em conta corrente bancária a Justificar” anexada ao termo de intimação de 11/06/2010, da mesma forma reintimamos o contribuinte a apresentar as planilhas e documentos anteriormente solicitados através da intimação de 04/10/2010 que não foram apresentados a fiscalização.

Em resposta o contribuinte protocolou documento em 14/01/2011 onde informou: ‘Devido a empresa estar inativa e o período ora fiscalizado, encontrar-se em decadência e após desativação da empresa não conseguimos localizar os documentos hábeis?’

Em face desta resposta a fiscalização considerou que não houve a comprovação através de documentação hábil e idônea da entrada de recursos em conta corrente bancária que fosse identificada como 'Recebimento de Duplicata' e considerou a referida movimentação bancária no montante de R\$ 8.703.140,14, como omissão de receita consistente em depósitos bancários com origem de recursos não comprovada.

É oportuno analisar o que determina o artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, com as modificações do artigo 4º da Lei 9.481, de 13 de agosto de 1997, base do lançamento:

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).

§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.

§ 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.

...

Art. 4º Os valores a que se refere o inciso II do § 3º do art. 42 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passam a ser de R\$12.000,00 (doze mil reais) e R\$80.000,00 (oitenta mil reais), respectivamente.

Depreende-se, pois, que o dispositivo acima estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

Dessa forma, a presunção legal de omissão de rendimentos com base nos depósitos bancários está condicionada apenas à falta de comprovação da origem dos recursos que transitaram na conta-corrente do contribuinte. Em outras palavras, pelo artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, tem-se a autorização para considerar ocorrido o “fato gerador” quando o contribuinte não logra comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, não havendo a necessidade do fisco juntar qualquer outra prova.

Via de regra, para alegar a ocorrência de “fato gerador”, a autoridade deve estar munida de provas. Mas, nas situações em que a lei presume a ocorrência do “fato gerador” - as chamadas presunções legais, a produção de tais provas é dispensada.

Diz o Código de Processo Civil nos artigos 333 e 334, aplicado subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal, *ipsis litteris*:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

(...)

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

(...)

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.”

No texto abaixo reproduzido, extraído de “Imposto sobre a Renda - Pessoas Jurídicas” (Justec-RJ; 1979:806), José Luiz Bulhões Pedreira sintetiza com muita clareza essa questão:

O efeito prático da presunção legal é inverter o ônus da prova: invocando-a, a autoridade lançadora fica dispensada de provar, no caso concreto, que ao negócio jurídico com as características descritas na lei corresponde, efetivamente, o fato econômico que a lei presume - cabendo ao contribuinte, para afastar a

presunção (se é relativa) provar que o fato presumido não existe no caso.

Assim, o comando estabelecido pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996 cuida de presunção relativa (*juris tantum*) que admite a prova em contrário, cabendo, pois, ao contribuinte a sua produção.

No caso em tela, não há que se falar em ausência de provas do fato indiciário para o lançamento, vez que a fiscalização trouxe aos autos, os extratos bancários das contas mantidas junto as Instituições Financeiras, comprovam a existência dos créditos bancários que deram origem ao lançamento, no qual quando intimado a comprovar a origem dos valores creditados não o fez por completo.

Assim, ante existência da prova cabal do fato indiciário da presunção legal, caberia ao contribuinte apresentar sua contraprova, ou seja, comprovar que apresentou à fiscalização os documentos comprobatórios da origem dos créditos bancários, ou apresentá-los na impugnação, o que não ocorreu, portanto não há como afastar a exigência.

Da tributação do PIS e da COFINS

Quanto à alegação de que teria ocorrido bis in idem pelo fato de o auditor fiscal não ter considerado, para o cômputo da omissão de receitas, a diferença entre sua movimentação bancária e o faturamento declarado em GIAs, mantém-se o entendimento esposado para o IRPJ.

Argumenta a recorrente que, caso seja mantida a totalidade da movimentação bancária como receita omitida, de R\$ 8.703.140,14 e considerando que o auditor fiscal aplicou alíquotas de 1,65% e 7,6%, os custos incorridos com aquisição de insumos e devoluções de mercadorias deveriam ser considerados como créditos.

Nesse sentido, concordo com a decisão recorrida. à minguada de prova de que as receitas omitidas decorressem efetivamente da venda de mercadorias, não há como garantir créditos oponíveis naquela sistemática de apuração das contribuições. Cumpriria ao interessado provar que esta era a origem da receita omitida.

Da tributação reflexa

Aplica-se às contribuições sociais reflexas (CSLL, PIS e COFINS), no que couber, o que foi decidido para a obrigação matriz, dada a íntima relação de causa e efeito que os une.

Conclusão

Por todo o exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso voluntário apresentado tão-somente para excluir do polo passivo da autuação os sócios Sra Reina Jamal Eddine El Tayeb El Rafei e Sr. Edson Pereira de Abreu.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 04/02/2016 por FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, Assinado digitalmente em 04/02/2016 por FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, Assinado digitalmente em 11/02/2016 por LEONARDO DE ANDRADE COUTO

Impresso em 12/02/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 19515.000520/2011-10
Acórdão n.º **1402-002.046**

S1-C4T2
Fl. 1.991

CÓPIA