



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

Processo nº 19515.001486/2005-44
Recurso nº 517.374 - Voluntário
Resolução nº **1202-00.064 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 10 de novembro de 2010
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente FRIGORÍFICO CANTAREIRA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do Relator.

(Documento assinado digitalmente)

Nelson Lósso Filho – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Nelson Lósso Filho, Carlos Alberto Donassolo, Valéria Cabral Géó Verçoza, Flávio Vilela Campos, Nereida de Miranda Finamore Horta e Orlando José Gonçalves Bueno.

Relatório

Contra a empresa Frigorífico Cantareira Ltda., foram lavrados autos de infração do IRPJ, fls. 229/249, PIS, fls. 250/257, CSLL, fls. 258/265, COFINS, fls. 266/273, e INSS, fls. 274/281, com ciência em 18/05/05, por ter a fiscalização constatado as seguintes irregularidades no ano-calendário de 2003, descritas às fls. 247/248: Omissão de receitas, receitas não escrituradas, e Insuficiência de valor recolhido.

O autuante complementa a descrição dos fatos no Termo de Verificação de fls. 225/228, de onde extraio o seguinte excerto:

“I — Omissão de Receitas — Receitas não escrituradas:

O Sujeito Passivo é contribuinte do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, optante pelo regime de tributação do SIMPLES.

Decorre desta opção, conforme § 1º do art 3º da Lei 9.317/96, o pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições: IRPJ, PIS/PASEP, CSLL, COFINS, IPI e Contribuições para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que tratam o art. 22 da Lei nº 8.212/91 e a Lei Complementar nº 84/96. A empresa não é contribuinte do IPI.

A ação fiscal foi iniciada em 21/09/2004 na sede da empresa onde foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização, solicitando entre outros elementos os comprovantes dos repasses efetuados pelas administradoras de cartão de crédito.

Tendo em vista que a solicitação acima não foi atendida, foi lavrado em 17/11/04 o Termo de Reintimação, o qual também não foi atendido.

De acordo com dados disponíveis nos arquivos da Secretaria da Receita Federal, tanto o repasse informado pelas administradoras de cartão de crédito quanto os recursos movimentados em diversas instituições financeiras, ultrapassaram o que o contribuinte declarou como receita bruta no valor de R\$ 686.359,23.

Posteriormente o contribuinte foi intimado e reintimado a apresentar os extratos bancários das instituições bancárias relacionadas a seguir: Bankboston Banco Múltiplo S.A., Banco Bradesco S.A. e Banco Sudameris S.A.

Os lançamentos bancários foram apresentados e analisados.

Foram expurgados os depósitos cuja origem tenha sido identificada como transferência entre contas da própria pessoa jurídica.

Em seguida, os depósitos bancários foram relacionados no Termo de Intimação nº. 07/2005 com a finalidade de solicitar ao contribuinte que comprovasse a origem dos valores creditados/depositados em suas contas-corrente.

Tendo em vista que o contribuinte não apresentou resposta ao termo acima citado, lavramos em 26/04/2005 o Termo de Reintimação no qual constava um parágrafo ressaltando que a não comprovação da

origem dos recursos utilizados nas operações de créditos na forma e prazo estabelecidos, ensejará lançamento de ofício a título de omissão de receita ou de rendimento, nos termos do artigo 849, do RIR/99, sem prejuízo de outras sanções legais que couberem.

Após ajustar os valores das transferências entre contas, restou o valor total R\$ 20.364.583,91 (demonstrado abaixo), cuja origem não foi comprovada pela fiscalizada, sendo considerado PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS nos termos do artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

2. Insuficiência de Recolhimento:

Ao recompor a receita bruta mensal auferida, houve uma alteração em alguns meses dos percentuais progressivos, incidentes sobre a receita bruta acumulada, estabelecidos pelo art. 5º da Lei 9.317/96 alterado pelo art. 3º da lei 9.732/98, utilizados pelo contribuinte na sua declaração original. Isto ocorreu pelo fato das receitas brutas acumuladas apuradas mensalmente terem seus valores majorados durante o período fiscalizado.

Portanto, a diferença do valor devido, gerada pela aplicação do novo percentual ao invés do percentual utilizado na declaração sobre o valor da receita bruta declarada no mês, será considerado insuficiência de recolhimento e adicionado ao Auto de Infração.”

Inconformada com a exigência, apresentou impugnação protocolada em 16/06/05, em cujo arrazoado de fls. 298/314 contesta o lançamento.

Em 28 de abril de 2009 foi prolatado o Acórdão nº 16-21.211, da 7ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo, fls. 326/347, que considerou procedente o lançamento, expressando seu entendimento por meio da seguinte ementa:

“ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – SIMPLES

Ano-calendário: 2003

PRELIMINAR. NULIDADE. LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

É incabível a argüição de nulidade do procedimento em que os atos administrativos encontram-se revestidos de suas formalidades essenciais, afastando-se a hipótese de cerceamento de defesa, caso a infração denote ser perfeitamente identificada e evidenciada no lançamento constituído em estrita observância dos pressupostos e preceitos legais.

PRELIMINAR. NULIDADE. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. LICITUDE. EXTRATOS APRESENTADOS PELO CONTRIBUINTE.

Subsistindo procedimento de fiscalização legalmente instaurado perante o sujeito passivo, o acesso às informações financeiras requisitadas pela Administração Tributária Federal, não configura ofensa ao princípio da inviolabilidade do sigilo bancário e constituem em provas lícitas para demonstrar a ocorrência de infração à

legislação tributária, tornando descabida a alegação de nulidade do lançamento dele decorrente.

SIMPLES FEDERAL. OMISSÃO DE RECEITA. PRESUNÇÃO LEGAL APURADA EM EXTRATOS BANCÁRIOS. ÔNUS DA PROVA EM DESFAVOR DO CONTRIBUINTE. COMPROVAÇÃO. VERDADE MATERIAL

É legítima a lavratura de lançamento mediante aplicação da presunção legal de omissão de receita fixada pelo dispositivo legal fixado no art 42, da Lei nº 9.430, de 1996, nas hipóteses em que o sujeito passivo titular de conta bancária, regularmente intimado, não apresenta prova em contrário por intermédio de documentação hábil e idônea, visando esclarecer a origem dos recursos financeiros creditados em conta de depósito ou de investimento.

DOS ARGUMENTOS DE VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Não cabe ao órgão administrativo apreciar argüição de legalidade ou constitucionalidade de leis ou mesmo de violação a qualquer princípio constitucional de natureza tributária.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS EFEITOS.

As decisões administrativas, mesmo aquelas proferidas pelos Conselhos de Contribuintes e Câmara Superior de Recursos Fiscais, e as judiciais, excetuando-se as súmulas e/ou sentenças prolatadas pelo STF sobre a inconstitucionalidade das normas legais, não vinculam as instâncias julgadoras, restringindo-se às matérias e às partes envolvidas no litígio.

SIMPLES FEDERAL. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS, COFINS, CSLL e INSS-SIMPLES.

A decisão pertinente ao lançamento do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ-SIMPLES)

Deve nortear as inferências correlatas aos autos de infração de contribuições sociais e previdenciária, tendo em vista que provêm de receita omitida decorrente de aplicação de presunção legal análoga, mantendo íntima relação de causa e efeito

Lançamento Procedente”

Cientificada em 14/09/09, AR de fls. 359-verso, e novamente irressignada com o acórdão de primeira instância, apresenta seu recurso voluntário protocolado em 09/10/09, em cujo arrazoado de fls. 360/374, alega, em apertada síntese, o seguinte:

1- a inexistência de julgamento sobre a Manifestação contra o Ato Declaratório Executivo que determinou a exclusão do Simples;

2- a recorrente foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) por força do Ato Declaratório Executivo Dicat/Derat/SPO, nº 50, de 7 de julho de 2005, diante da Representação Fiscal através do Processo nº 19515.001559/2005-06;

3- a situação excludente mencionada no referido Ato Declaratório, identifica que a requerente ultrapassou o limite de receita bruta no ano-calendário de 2003, e como data da ocorrência 31/12/2003. A fundamentação legal está calcada nas Leis 9.317/96 e 9.779/99, e na Instrução Normativa SRF nº 355/03;

4- de acordo com o referido Ato Declaratório, a data de ocorrência da exclusão se deu em 31 de dezembro de 2003, cujo efeito fiscal, nos termos da legislação supracitada, só é aplicável a partir de 01 de janeiro de 2004. Logo, no ano-calendário de 2003, a contribuinte deveria ser submetida às regras de tributação do sistema simplificado;

5- ocorre que até o momento a contribuinte não teve conhecimento do julgamento da Manifestação de Inconformidade interposta no bojo do Processo nº 19515.001559/2005-06 contra o Ato Declaratório em questão, conforme lhe faculta o Parágrafo único do art. 23, da Instrução Normativa SRF nº 355, de 29 de agosto de 2003;

6- conseqüentemente, a decisão da DRJ face ao presente processo é desprovida de validade, haja vista que inexistente decisão prévia ou concomitante, relativamente à Manifestação de Inconformidade interposta contra o Ato Declaratório Executivo Dicat/Derat/SPO, nº 50, de 7 de julho de 2005, que Declarou a exclusão da empresa do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples);

7- o simples depósito/crédito bancário não caracteriza obtenção de receita ou rendimentos indubitavelmente, a movimentação financeira constante de extratos bancários nem sempre configura a infração omissão de receita;

8- é elemento indiciário que necessita de outros para se promover uma ligação causal entre uma forma de evasão (omissão de vendas, subfaturamento, omissão de rendimentos, etc.) e os respectivos depósitos, objetivando-se uma convicção segura acerca do contribuinte fiscalizado;

9- entre os indícios que a legislação utiliza para captar rendimentos não oferecidos à tributação pelo contribuinte estão os valores creditados em conta-corrente bancária;

10- o imposto de renda não incide sobre depósitos bancários, mas sobre acréscimos patrimoniais. Depósitos bancários são precisamente indícios que permitem à Fiscalização iniciar o processo de identificação dos suportes fáticos (acréscimos patrimoniais) não oferecidos à tributação;

11- no quadro normativo constante da Constituição Federal e o Código Tributário Nacional, meros indícios de renda (depósitos bancários) não podem legitimamente ser transformados em acréscimos patrimoniais suscetíveis de tributação, que previamente se exerça o dever de prova e investigação que a norma do lançamento exige;

12- não se pode afirmar que o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, autorizaria o lançamento ora recorrido. Em verdade, esse dispositivo legal não pode ser interpretado literal e isoladamente, mas ao contrário, deve ser interpretado de forma sistemática e em harmonia com as regras dos art. 43 e 142, do CTN, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da hierarquia das leis;

13- nada há na Lei 9.430/96 que autorize a alteração do entendimento já consolidado na doutrina e na jurisprudência judicial e administrativa, desde os tempos do vetusto RIR/80, segundo o qual meros depósitos bancários, ainda que de origem não comprovada, não autorizam o lançamento de imposto de renda, sem demonstração da existência de renda consumida pelo contribuinte;

14- é absolutamente equivocado pretender retirar do art. 42 da Lei 9.430/96 uma suposta presunção *juris tantum* em favor do fisco que o autorizasse a exigir imposto de renda sobre meros depósitos bancários, maiores aprofundamentos investigatórios relativamente à presunção de renda consumida ou à demonstração de outros elementos fáticos vinculados à movimentação da renda deveriam ter sido realizados;

15- a afirmação de que há no art. 42 da Lei 9.430/96 uma presunção que dispensa a autoridade fiscal do dever de prova não se sustenta: primeiro porque tal norma apenas reproduziu a regra antes existente no art. 60, parágrafo 50 da Lei 8.021/90, onde nunca se cogitou de tal presunção, e segundo porque tal exegese conflitaria diretamente com os art. 43 e 142 do CTN;

16- o art. 42 da Lei 9.430/96, assim como antes já o fazia o art. 60, parágrafo 50 da Lei 8.021, não trouxe qualquer inversão do ônus quanto à prova da ocorrência do suporte fático tributário, porque, como já demonstrado, o dever de lançar não envolve um ônus, mas um dever, inclusive de natureza constitucional;

17- a presunção de renda estabelecida por uma lei ordinária não pode afetar o conceito de renda delimitado por outra norma que têm força de lei complementar, no caso o Código Tributário Nacional, o que afrontaria, inclusive, a expressa determinação de seu artigo 110, que reza: "Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa, implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir limitar competências tributárias.";

18- existe ilegalidade no tratamento dispensado pela fiscalização, pois, além de tais recursos não encaixarem no conceito de renda (art. 43 do CTN - Lei 5.172/66), a fiscalização não produziu prova alguma de que os créditos tiveram origem em rendimento tributável não declarado;

19- indiscutivelmente a fiscalização não trouxe aos autos as informações que alega terem sido transmitidas pelas administradoras de cartões de crédito, que segundo ela comprovariam os créditos lançados como oriundos de omissão de receitas. Portanto, não pode prosperar um lançamento desprovido da prova necessária de ocorrência do fato gerador da obrigação tributária;

20- contrariamente ao que afirma a decisão recorrida, não consta de onde foram extraídos os valores estampados no Termo de Verificação - Banco de Boston referentes à conta 147397.38, tomados como base de cálculo dos lançamentos, já que não constam dos extratos bancários;

21- além do que, a Delegacia de Julgamento não levou em consideração as inúmeras falhas apontadas na impugnação. Erros que por si só alteram substancialmente os autos de infração lavrados, desacredita e invalida todo o trabalho fiscal. Vejam os seguintes exemplos:

BankBoston - conta 12.1016.38:

Em 17/10/03- Lançamento TRF - CONTAS de R\$ 5.610,48, à pag. 26 de 64, que se trata de Transferência entre contas e não novo recurso conforme extrato bancário de fl. 191, do Anexo I;

Em 24/09/03 - Lançamento PAYM RSV de R\$ 9.000,00, à pág. 14 de 64 (fl. 168), que se trata de resgate de aplicação do fundo PAYMENTS RESERVA conforme extrato de fl. 162, do Anexo I;

Banco Bradesco - conta 114.542-8:

Em 15/07/03 - Lançamentos DP de R\$ 565,00 e R\$ 1.000,00 à fl. 146, cujos valores foram estornados em 16/07/03 conforme Lançamentos ESTORNO OP. IRREG., no extrato de fl. 52, do Anexo II.

Em 26/08/03 - Lançamento DP de R\$ 8.227,86 à fl. 151, cujo cheque foi devolvido em 28/08/03 conforme consta do extrato de fl. 57, do Anexo II;

Banco Sudameris - conta 39803028-3000-6:

Em 23/04/03 I - Lançamento CH DV MOT de R\$ 10.000,00, à pág. 55 de 106 (fl. 91), pois se trata de CH. DV, conforme extrato de fl. 09, do Anexo III - cheque emitido pela empresa e devolvido;

Em 19/05/03 - Lançamento DEV TED ENV de R\$ 34.896,58, à pág. 76 de 106 (fl. 112), que se refere a DEV. TED ENVIADO conforme extrato de fl. 59, do Anexo III;

22- deixou de considerar, também, a enorme quantidade de devoluções de cheques depositados, a exemplo dos destacados nos extratos de fls. 75/6 do Anexo II; 74/5 do Anexo III e 98/9 do Anexo IV, entre tantos outros.

23- tal como as outras operações listadas, a não dedução dos cheques devolvidos nos valores dos depósitos/créditos macula todo o trabalho fiscal. Ora, se o cheque foi devolvido, a operação de crédito foi cancelada, não ingressando o valor na conta bancária. É claro que os cheques devolvidos poderiam ser reapresentados, mas aí estarão nos totais de depósitos posteriores, também erigidos como oriundos de omissão de receitas. Nesse caso a omissão estará sendo computada em duplicidade;

24- referidos apontamentos são apenas alguns exemplos, porque em todos os meses do ano de 2003 há irregularidade na apuração efetuada pela fiscalização. Ademais, são irregularidades comprovadas a partir da própria documentação carreada aos autos pela fiscalização, que não demandariam outros elementos à sua demonstração.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Nelson Lósso Filho, Relator

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para sua admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

A matéria em litígio diz respeito à tributação por omissão de receitas com base na presunção legal contida no art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Sustenta a recorrente que o Fisco cometeu diversas incorreções no levantamento do valor a tributar como depósito bancário, cuja origem não foi justificada.

As incorreções se referem a cômputo indevido como depósitos bancários de: transferências bancárias, resgate de aplicações financeiras, estornos de lançamentos bancários, devolução de cheques depositados e da conta 147397.38 do Banco de Boston, conforme exemplos listados no recurso e transcritos no relatório.

Os documentos juntados aos autos não permitem o julgamento a respeito do recurso voluntário, visto ser necessária a análise do demonstrativo fiscal em confronto com os extratos bancários utilizados como base, além da escrituração contábil da atuada.

Assim, em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, entendo deva ser convertido o julgamento em diligência, com o retorno do processo à repartição de origem, para que seja proferido parecer conclusivo quanto às alegações de inconsistências na determinação do valor tributável como depósito bancário de origem não comprovada, apresentadas pela empresa em sua impugnação e no recurso, ou seja, que teriam sido levados em conta no demonstrativo fiscal valores de transferências bancárias, resgate de aplicações financeiras e não observados os estornos de lançamentos bancários e devolução de cheques depositados.

Caso sejam confirmadas as incorreções no valor tributável, o parecer conclusivo deve informar o montante a ser excluído da tributação.

Após a conclusão da diligência, deve ser cientificada a recorrente do seu resultado, abrindo-se prazo para sua manifestação.

(Documento assinado digitalmente)

Nelson Lósso Filho - Relator