



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

Processo nº 19515.001924/2007-36
Recurso nº 167.383 Voluntário
Acórdão nº 1103-00.293 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 31 de agosto de 2010
Matéria Receitas omitidas
Recorrente FORCA 10 PRODUTOS ESPORTIVOS
Recorrida 7.a. Turma da DRJ de São Paulo I

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004.

Ementa: DEPÓSITOS. OMISSÃO DE RECEITAS.

Os depósitos em conta-corrente da empresa cujas operações que lhes deram origem restem incomprovadas presumem-se advindos de transações realizadas à margem da contabilidade.

ARBITRAMENTO DE LUCROS. A manutenção de vultosa movimentação financeira à margem da escrituração contábil-fiscal da pessoa jurídica autoriza o arbitramento dos lucros *ex officio*.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal em face da estreita relação de causa e efeito.

MULTA QUALIFICADA

Presentes os elementos subjetivos dolo (consciência) e elemento subjetivo do injusto (finalidade) pagar menos imposto, correta é a multa qualificada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, rejeitar as preliminares de nulidade e de decadência, por unanimidade, e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para excluir (i) as exigências de IRPJ e CSLL relativas ao ano-calendário 2002, por maioria de votos, vencidos os Cons. Mário Sérgio Fernandes Barroso (Relator) e Gervásio Nicolau Recktenvald, e (ii) as parcelas correspondentes aos créditos em conta bancária sob o histórico de "TED-D" das bases de cálculo de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins dos anos-calendário 2003 e 2004, por unanimidade. O Conselheiro Leonardo Henrique M. de Oliveira considerou errado o enquadramento legal da omissão de receitas, tendo em vista, na opinião do referido conselheiro, a apuração com base em prova direta e não na presunção do art. 42 da Lei 9.430/96. A tributação pelo regime do lucro presumido com base no coeficiente de 32 % nos anos-calendário 2003 e 2004 foi mantida por maioria de votos, vencidos os Cons. Leona:do

Henrique M. de Oliveira e Hugo Correia Sotero, e a multa qualificada foi mantida pelo voto de qualidade, vencidos os Cons. Marcos Shigueo Takata, Leonardo Henrique M. de Oliveira e Hugo Correia Sotero, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. O Conselheiro Aloysio José Percínio da Silva redigirá o voto vencedor.


ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA - Presidente e Redator designado


MÁRIO SÉRGIO FERNANDES BARROSO -Relator

EDITADO EM: 15 DEZ 2010

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros, Marcos Shigueo Takata, Gervásio Nicolau Recktenvald, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira (substituto) e Hugo Correia Sotero (vice-presidente).

Relatório

Trata o presente processo de recurso voluntário interposto pela contribuinte acima qualificada a respeito da decisão da DRJ que deu parcial provimento a impugnação da contribuinte.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal fl. 608/611, houve nos anos de 2002, 2003, 2004, ausência de comprovação da origem dos valores creditados em contas bancárias.

A contribuinte fora intimada e reintimada a demonstrar e comprovar a origem dos valores depositados/creditados. De posse dos extratos foram realizadas conciliações das movimentações financeiras, tendo sido excluídas as operações que não represente ingresso de recursos, tais como: estornos, transferências entre conta as do mesmo titular etc.

Transcorrido o prazo legal não tendo sido atendida a intimação, e permanecendo sem justificativa e comprovação sobre a origem dos recursos movimentados, foram lavrados os autos de IRPJ, PIS, Cofins e CSLL.

A contribuinte impugnou resumo:

“..não foram emitidas as prorrogações do MPF, o que ocasionou a extinção do MPF. O AFRFB não teria sido substituído;

os documentos apresentados não foram examinados pela fiscalização;

inúmeras transferências bancárias e valores recebidos a título de indenização não foram consideradas pela autoridade fiscal;

requereu sem sucesso cópia dos documentos acostados aos autos;

os atos processuais devem seguir uma ordem cronológica;

Não pôde ter vistas nem extrair cópias dos autos, o que cerceou o direito à ampla defesa e ao contraditório, nos termos da Lei nº 9.784/99;

o processo administrativo não havia sido formalizado até a apresentação da impugnação;

Houve ofensa ao princípio da legalidade, publicidade, motivação e do direito a não auto incriminação;

Requer novo prazo para a apresentação de defesa;

Ocorreu a decadência quanto aos fatos geradores ocorridos antes de 22/08/02;



Não pode ocorrer lançamento com base exclusivamente em extratos bancários (Súmula 182 do TFR). O procedimento fiscal deveria ser aprofundado, com a coleta de provas da omissão de receitas;

Os depósitos bancários podem ser originados de transferências bancárias, mútuos, etc;

A receita omitida não pode ser considerada faturamento, fato gerador do PIS e COFINS;

Junta planilha na qual fica demonstrada a existência de transferências bancárias que não foram desconsideradas pela fiscalização;

Valor recebido a título de indenização decorrente de sinistro não foi desconsiderado pelo autuante;

A autoridade fiscal calculou o tributo devido sem desconsiderar as despesas/custos incorridos. O mesmo ocorreu quanto ao PIS/COFINS;

Despesas não foram contabilizadas pelo contribuinte;

O arbitramento do lucro seria o caminho mais viável;

Nos anos-calendário de 2003 e 2004, houve a aplicação da alíquota de 32% para o cálculo do lucro presumido, apesar de a empresa ser comercial sujeita à alíquota de 8%. A atividade de prestação de serviços é residual;

A penalidade agravada deve ser aplicada apenas quando ficar comprovado, com prova direta, o evidente intuito de fraude, não se aplicando em caso de presunção;

A DRJ decidiu, ementa:

“RECEITAS OMITIDAS. A falta de comprovação da origem de valores creditados em conta corrente cria a presunção legal de que decorrem de receitas omitidas

As transferências bancárias entre contas de mesma titularidade, devidamente comprovadas, devem ser excluídas da base tributável.

COFINS, PIS e CSLL. O decidido quanto ao lançamento do IRPJ deve nortear a decisão dos lançamentos decorrentes, tendo em vista que se originam dos mesmos elementos de prova.”

Em recurso a contribuinte alegou:

Atendeu prontamente as solicitações, mesmo assim, teve seus pedidos de vista dos autos da ação fiscal negados (para ciência das razões da fiscalização), bem como dos documentos anexados, o que implicaria em cerceamento ao direito de defesa;

PRELIMINARMENTE

DA NULIDADE DO PROCESSO/PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Não foram apresentadas as prorrogações de MPF, extinto o MPF deveria ter se substituído o Auditor – Fiscal, o que não foi feito, sendo assim, seria nulo o procedimento;



DA VIOLAÇÃO OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Quando da ciência do auto de infração a contribuinte (procurador) se dirigiu à repartição para ter cópias dos autos, no entanto, fora informado, que os autos ainda seriam materializados em processo. Esse fato causou cerceamento da defesa da contribuinte e violou o direito do contraditório e da ampla defesa. Cita a Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que afirma que o acesso aos autos é direito da contribuinte.

DO MÉRITO

DA DECADÊNCIA

Alega que os tributos lançados são sujeitos ao lançamento por homologação art. 150 do CTN. A contribuinte fora notificada em 22 de agosto de 2007, decaído os fatos geradores relativos a 31 de março até 30 de junho de 2002 para o IRPJ e a CSLL. Para o PIS e a Cofins referente aos meses de janeiro a julho de 2002.

DA NULIDADE COM BASE DOS LANÇAMENTOS EXCLUSIVAMENTE COM BASE EM EXTRATOS BANCÁRIOS

Não poderia ser o auto lavrado com base nos extratos bancários. Cita a Súmula 182 do TFR.

Anexo entendimento dos Conselhos de Contribuintes.

Anexa às cópias das notas fiscais de compra e venda de produtos.

Os documentos impressos correspondentes ao arquivo eletrônico (2002 a 2004) anexado se encontram na Av. Pres. Juscelino Kubitschek, n.º 1.726 São Paulo - SP.

Não há norma que autorize a presunção de que essa suposta receita omitida se enquadra no conceito de faturamento para fins da cobrança do PIS e da Cofins.

OS DEPÓSITOS LEVANTADOS NÃO PODEM SER QUALIFICADOS COMO RECEITAS DA RECORRENTE

Teriam sido disponibilizadas ao Auditor Fiscal as Notas Fiscais relativas à compra e venda de produtos de 2002 a 2004, as quais não teriam sido anexadas em virtude do volume, **comprovando a natureza comercial** da prática adotada pela recorrente. Neste momento anexadas.

DA IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO DO LUCRO REAL

A fiscalização calculara o IRPJ e a CSLL sobre toda a receita supostamente omitida, sem levar em consideração os custos ou despesas para a sua obtenção. A fiscalização simplesmente equiparou a “omissão de receitas” com a “omissão de lucros”.

Calculando o lucro baseado na metodologia da fiscalização chegou-se o valor de lucro de 69,5 % para o ano calendário de 2002. De julho a dezembro de 2004, lucro de 60,8% de sua receita bruta.

Como paralelo o lucro presumido previsto para empresa comercial é só de 8% da receita bruta.

Anexas despesas de luz, água e telefone que não teriam sido devidamente contabilizadas em 2002, 2003, 2004. Ainda, despesas de marketing. Assim, pede o arbitramento de seu lucro, pois, reconhece que sua contabilidade não estaria bem feita.

Colaciona acórdãos dos Conselhos dos Contribuintes a respeito de arbitramento do lucro.

Assim, admite que sua escrita contábil não está de acordo com sua movimentação financeira e por isso deveria a fiscalização ter arbitrado o lucro.

Da mesma forma em relação ao PIS e a Cofins foi calculado sem levar em consideração os créditos do contribuinte.

DO DESCABIMENTO DO COEFICIENTE UTILIZADO PARA O CÁLCULO DO LUCRO PRESUMIDO

Em relação aos períodos em que a recorrente estava sujeita ao regime do lucro presumido (2003 e os dois primeiros trimestres de 2004) a fiscalização utilizou o coeficiente de 32% sobre as receitas omitidas, apesar da recorrente ser uma empresa essencialmente comercial.

Reafirma que é uma empresa quase que inteiramente comercial, e a fiscalização não poderia deduzir a receita omitida ser de serviços. A atividade de prestação de serviços, embora exista é residual, comparada a atividade principal da empresa que é a revenda de mercadorias.

No caso, não pode prevalecer a presunção de que as receitas supostamente omitidas seriam de serviços e não da compra e venda de produtos náuticos. Assim, os 32 % aplicados não obedecem ao princípio da razoabilidade. Assim, 8% seria o razoável.

DA INAPLICABILIDADE DA MULTA AGRAVADA

Na parte das receitas omitidas a multa foi de 150% sem fundamento legal. Não teria o evidente intuito de fraude, ou seja, prova direta. Não se admite multa de 150% quando estamos diante de presunção.

Colaciona acórdãos dos Conselhos dos Contribuintes.

A multa de 150% seria desproporcional, e teria caráter confiscatório.

Requer provar o alegado por todos os meios de prova admitidos no direito, inclusive com juntada de novos documentos que porventura se façam necessários.

É o relatório.



Voto Vencido

Conselheiro Mário Sérgio Fernandes Barroso, Relator

O recurso preenche o requisito de admissibilidade, motivo pelo qual dele tomo conhecimento.

Antes de analisarmos as razões da recorrente cumpre comentar algumas passagens do recurso. A recorrente comenta que durante a fiscalização teria sido cerceada, pois, não teria tido acesso aos autos ou a documentos anexados, informo a recorrente que antes da lavratura do auto de infração não se pode caracterizar cerceamento ao direito de defesa, pois, esta fase, da mesma maneira que o inquérito policial, é inquisitória. Só depois da ciência do lançamento que é possível o contraditório e a ampla defesa. Contudo, isso não quer dizer que antes da lavratura do auto de infração a fiscalização não interagirá com a recorrente, muito pelo contrário, pois é nessa fase que as requisições e esclarecimentos pedidos pela fiscalização vão junto com a documentação acostada fazer um bom lançamento ou não.

PRELIMINARMENTE

DA NULIDADE DO PROCESSO/PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Quanto ao Mandado de Procedimento Fiscal (MPF). Primeiramente, necessário esclarecer que o MPF é um instrumento administrativo que visa o cumprimento de aspectos de impessoalidade e imparcialidade inerentes às ações desenvolvidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), dando ciência ao contribuinte do Auditor designado para desenvolver as atividades na empresa, o período a ser fiscalizado, o tributo a ser auditado, além de outras informações. Não tem tal documento o condão de tornar nulo a procedimento fiscal efetivado em conformidade com as disposições do Decreto nº 70.235/72 e da Lei nº 5.172/66 (CTN).

As questões discutidas aqui foram as prorrogações do MPF. A recorrente alega que não teria sido intimada de tal prorrogação, contudo, primeiramente, informo que quando do início dos procedimentos fiscais a contribuinte recebe uma senha chamada de código do procedimento fiscal que serve para ele, somente ele o contribuinte acompanhar por meio do "site" da RFB, os procedimentos referentes ao MPF, sobretudo às prorrogações.

Quanto à intimação, das prorrogações, entendo não haver nenhum prejuízo ao contribuinte o fato de ele não ser intimado no momento das prorrogações, pois, o ato da contribuinte de sua defesa seria a impugnação que foi realizada sem nenhum prejuízo.

A propósito a única irregularidade que não poderia ser sanada seria a falta do MPF, pois, o Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, condiciona a instauração de procedimento fiscal à emissão de MPF. E como todos sabemos o regimento interno desta casa nos vincula a decreto.

No mais, as prorrogações estão na fl. 03, assim, verifica-se a regularidade delas.



PÚBLICA DA VIOLAÇÃO OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO

A contribuinte faz uma afirmação muito séria, de que não haveria autos mesmo depois da ciência do Auto de Infração, contudo, para essa alegação não colaciona nenhuma prova, assim, não tenho como acatar tal afirmação.

DO MÉRITO

DA DECADÊNCIA

Primeiramente, observo pelo próprio termo de verificação e constatação fiscal fl.609/610, que a contribuinte declarou valores a pagar em todos os anos calendários do processo. Como não há nenhuma afirmação de falta de pagamento, adoto o art. 150 do CTN para verificar a decadência.

No caso, como a ciência do lançamento foi em 22 e agosto de 2007. Assim, afasto a decadência tendo em vista o art. 173 do CTN.

DA NULIDADE COM BASE DOS LANÇAMENTOS EXCLUSIVAMENTE COM BASE EM EXTRATOS BANCÁRIOS

DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS

Quanto à omissão de receitas, seu lançamento baseou-se na Lei nº 9.430, de 1996, art. 42, que diz:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou 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.

A despeito da opinião contrária da impugnante, trata-se de uma **presunção legal** de que os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, não comprovados com documentação hábil e idônea, constituem receita omitida.

Em relação às presunções de omissão de receita, destaca-se que essas são classificadas pela doutrina como espécies de provas indiretas. A doutrina do Direito Tributário identifica duas espécies distintas: as legais e as simples (comuns). As presunções legais se subdividem em absolutas (*jure et de jure*) e relativas (*jures tantum*). As presunções absolutas não admitem prova em contrário ao fato presumido, já as relativas admitem prova contrária, **reputando-se verdadeiro o fato presumido até que a parte interessada prove o contrário.**

As presunções legais relativas provocam a chamada “inversão do ônus da prova”, cabendo ao contribuinte provar que o Fisco está equivocado. A falta de adequada comprovação impede o acolhimento do pleito, este é o entendimento expresso pelo Código de Processo Civil, art. 333, II.

A comprovação da origem dos valores depositados em conta-corrente bancária deve ser detalhada, coincidente em data e valores. Deve ficar claro que o numerário teve origem em valores já tributados pela empresa ou em valores não tributáveis ou tributáveis exclusivamente na fonte.



No caso presente, a fiscalização intimou a empresa a esclarecer e comprovar adequadamente a origem dos recursos depositados em suas contas-corrente, incompatíveis com suas receitas declaradas, depois de cinco meses não comprovado foi considerado a ocorrência de omissão de receitas. Ficou bastante claro no processo que não restou comprovada essa origem durante a ação fiscal. Portanto, a materialidade do fato gerador ficou comprovada.

Quanto a Súmula 182 do TFR, esta foi emitida antes da Lei n.º 9.430/96. Da mesma forma, as decisões dos Conselhos se referem a fatos geradores anteriores a lei em comento.

Assim descabido qualquer questionamento acerca da possibilidade de utilização dos valores dos depósitos como base de cálculo dos tributos lançados, ou de ser ou não ser renda tais valores.

OS DEPÓSITOS LEVANTADOS NÃO PODEM SER QUALIFICADOS COMO RECEITAS DA RECORRENTE

A fiscalização realizou a conciliação das movimentações financeiras, excluiu as operações como estornos, transferências entre contas do mesmo titular.

A recorrente se referenciou ao DOC.3 citado na impugnação que eu reexaminei:

Nº	Banco	agência	Conta nº	Valor, R\$	data
1	Itaú	300	00650-9	23.000,00	08/03/02
2	Itaú	300	00650-9	7.000,00	19/03/02
3	Itaú	300	00650-9	35.000,00	22/04/03
4	Itaú	300	00650-9	35.000,00	22/04/03
5	Itaú	300	00650-9	10.000,00	23/04/03
6	Itaú	300	00650-9	150.000,00	23/04/03
7	Itaú	300	00650-9	40.000,00	05/05/03
8	Itaú	300	00650-9	20.500,00	06/08/03
9	Itaú	300	00650-9	20.000,00	19/09/03
10	Itaú	300	00650-9	5.000,00	23/10/03
11	Itaú	300	00650-9	52.000,00	18/12/03



12	Itaú	300	00650-9	15.000,00	25/12/03
13	Itaú	300	00650-9	20.000,00	03/02/04
14	Itaú	300	00650-9	120.000,00	03/06/04
15	Itaú	300	00650-9	5.000,00	30/07/04
16	Itaú	300	00650-9	10.000,00	14/09/04
17	Itaú	300	00650-9	20.000,00	04/10/04
18	Itaú	300	00650-9	13.000,00	06/10/04
19	Itaú	300	00650-9	15.000,00	13/10/04
20	Itaú	300	00650-9	80.000,00	20/12/04
21	Itaú	300	07364-0	11.000,00	23/10/02
22	Itaú	300	07364-0	13.000,00	04/10/04
23	Itaú	300	67282-1	11.000,00	23/10/02
24	Itaú	300	67282-1	42.000,00	01/11/02
25	Itaú	300	67282-1	13.000,00	19/11/02
26	Itaú	300	67282-1	68.000,00	20/05/03
27	Itaú	300	67282-1	8.400,00	09/10/03
28	Itaú	300	67282-1	20.800,00	09/10/03
29	Itaú	300	67282-1	29.400,00	09/10/03
30	Itaú	300	67282-1	16.500,00	30/12/02
31	Itaú	300	67282-1	30.000,00	26/09/03
32	Itaú	300	67282-1	70.000,00	30/09/03
33	Itaú	300	67282-1	30.000,00	31/05/04
34	Itaú	300	67282-1	100.000,00	14/06/04

35	Itaú	300	67282-1	20.000,00	18/06/04
36	Itaú	300	67282-1	160.000,00	21/06/04
37	Itaú	300	67282-1	20.000,00	30/07/04
38	Itaú	300	67282-1	12.000,00	25/10/04
39	Itaú	300	67282-1	19.000,00	20/12/04
40	Itaú	300	67282-1	50.000,00	20/12/04

Examinando cada um dos lançamentos contestados, com base nos documentos acostados pela temos:

1 - conforme se verifica à fl. 622, este lançamento tem como histórico “depósito” e o extrato do Banco Bradesco indica “cheque compensado” (fl. 1.092), assim não há prova de que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

2 - conforme se verifica à fl. 622, este lançamento tem como histórico “depósito” e o extrato do Banco Bradesco indica “cheque compensado” (fl. 1.091), assim não há prova de que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

3 - conforme se verifica no extrato de fl. 277 (Anexo I), este lançamento tem como histórico “doc” e agência de origem nº 5939, sendo que o contribuinte alega que houve transferência do Banco Bradesco agência 0031, assim não há prova de que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

4 - conforme se verifica no extrato de fl. 277 (Anexo I), este lançamento tem como histórico “TED” e agência de origem nº 0300, sendo que o contribuinte alega que houve transferência do Banco Bradesco agência 0031, assim não há prova de que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

5 - conforme se verifica no extrato de fl. 277 (Anexo I), este lançamento tem como histórico “sispag forcal” e o extrato do Banco Itaú conta 67282-1 (fl. 1090) não indica nenhuma movimentação neste valor na mesma data, assim não há prova de que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

6 - conforme se verifica no extrato de fl. 277 (Anexo I), este lançamento tem como histórico “sispag forcal” e o extrato do Banco Itaú conta 67282-1 (fl. 1090) não indica nenhuma movimentação neste valor na mesma data, assim não há prova de que houve transferência de contas de mesma titularidade;

7 - conforme se verifica no extrato de fl. 280 (Anexo I), este lançamento tem como histórico “TED Andreas Bein”, assim não há prova de que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

8 - conforme se verifica no extrato de fl. 295 (Anexo I), este lançamento tem como agência de origem a de nº 48, sendo que o contribuinte alega que a transferência teria



origem na agência 300 do Banco Itaú conta 67282-1 (fl. 1.094) assim não há prova de que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

9 - conforme se verifica no extrato de fl. 301 (Anexo I), este lançamento tem como histórico “sispag forcal ”, assim não há prova de que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

10 - conforme se verifica no extrato de fl. 304 (Anexo I), este lançamento tem como histórico “sispag forcal”, assim não há prova de que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

11 - conforme se verifica no extrato de fl. 313 (Anexo I), este lançamento tem como histórico “TEF Forcal”, sendo que nesta mesma data no extrato do Banco Safra (fl. 1095) há um lançamento com histórico “ TED D” assim não há prova, com base apenas nos extratos bancários, de que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

12 - conforme se verifica no extrato de fl. 313 (Anexo I), este lançamento tem como histórico “sispag forcal ” e o extrato do Banco Itaú conta 67282-1 (fl. 1096) não prova que houve transferência de contas de mesma titularidade;

13 - conforme se verifica no extrato de fl. 323 (Anexo I), este lançamento tem como agência de origem a de nº 48, sendo que o contribuinte alega que a transferência teria origem na agência 300 do Banco Itaú conta 67282-1 (fl. 1.097);

14 - conforme se verifica no extrato de fl. 343 (Anexo I), este lançamento tem como histórico “TED D 237”, assim não há prova de que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

15 - conforme se verifica no extrato de fl. 350 (Anexo I), este lançamento tem como histórico “sispag forcal ” assim não há prova de que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

16 - conforme se verifica no extrato de fl. 357 (Anexo I), este lançamento tem como histórico “sispag forcal ” e o extrato do Banco Itaú conta 67282-1 (fl. 1098) não prova que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

17 - conforme se verifica no extrato de fl. 361 (Anexo I), este lançamento tem como histórico “sispag forcal ” e o extrato do Banco Itaú conta 67282-1 (fl. 1099) não tem lançamento com o mesmo valor na mesma data;

18 - conforme se verifica no extrato de fl. 361 (Anexo I), este lançamento tem como histórico “sispag forcal ” e o extrato do Banco Itaú conta 67282-1 (fl. 1100) não tem lançamento com o mesmo valor na mesma data;

19 - conforme se verifica no extrato de fl. 362 (Anexo I), este lançamento tem como histórico “sispag forcal ” e o extrato do Banco Itaú conta 67282-1 (fl. 1101) não tem lançamento com o mesmo valor na mesma data;

20 - conforme se verifica no extrato de fl. 373 (Anexo I), este lançamento tem como histórico “sispag forcal” e não há prova que houve transferência de contas de mesma titularidade;

21 - conforme se verifica à fl. 1.060(Anexo I), este lançamento tem como agência de origem a de nº 48, sendo que o contribuinte alega que a transferência teria origem na agência 300 do Banco Itaú (fl. 1.094);

22 - conforme se verifica no extrato de fl. 244 (Anexo I), este lançamento tem como histórico “sispag forcal” e não há prova que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

23 - conforme se verifica à fl. 77(Anexo I), este lançamento tem como agência de origem a de nº 48, sendo que o contribuinte alega que a transferência teria origem na agência 300 do Banco Itaú (fl. 1.113);

24 - conforme se verifica à fl. 77v (Anexo I), este lançamento tem como histórico “depósito cheque” e não há prova de que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

25 - conforme se verifica no extrato de fl. 79 (Anexo I), este lançamento tem como histórico “doc” e agência de origem nº 5939, sendo que o contribuinte alega que houve transferência do Banco Itaú agência 0300, assim não há prova de que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

26 - conforme se verifica no extrato de fl. 94v (Anexo I), este lançamento tem como histórico “sispag forcal” e não há prova que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

27 - conforme se verifica à fl. 724, este lançamento tem como histórico “Sispag fornecedores” e não há prova que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

28 - conforme se verifica à fl. 724, este lançamento tem como histórico “TED” 09/10/03 ocorre que o extrato de fl. 105 (anexo I) demonstra que o lançamento ocorreu em 15/10/03, tendo como histórico “TED D422.0097 Forca Prod”, ao passo que o lançamento no Banco Safra (237) agência 9700 no mesmo valor indica “TED.D” (fl. 1.117) e não prova que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

29 - conforme se verifica à fl. 724, este lançamento tem como histórico “TED” e não há prova que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

30 - conforme se verifica no extrato de fl. 82v (Anexo I), este lançamento tem agência de origem nº 48 e não há prova que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

31 - conforme se verifica no extrato de fl. 103v (Anexo I), este lançamento tem como histórico “Sispag Forcl” e não há prova que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

32 - conforme se verifica no extrato de fl. 104 (Anexo I), este lançamento tem como histórico “Sispag Forcl” e não há prova que houve transferência entre contas de mesma titularidade;



33 - conforme se verifica no extrato de fl. 122 (Anexo I), este lançamento tem como histórico “Sispag Forc1” e não há prova que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

34 - conforme se verifica no extrato de fl. 123 (Anexo I), este lançamento tem como histórico “TED D” e não há prova que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

35 - conforme se verifica no extrato de fl. 123v (Anexo I), este lançamento tem como histórico “Sispag Forc1” e não há prova que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

36 - conforme se verifica no extrato de fl. 123v (Anexo I), este lançamento tem como histórico “TED D” e não há prova que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

37 - conforme se verifica no extrato de fl. 126v (Anexo I), este lançamento tem como histórico “Sispag Forc1” e não há prova que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

38 - conforme se verifica no extrato de fl. 133v (Anexo I), este lançamento tem como histórico “Sispag Forc1” e o extrato de fl. 1.115 não indica lançamento com mesmo valor e data;

39 - conforme se verifica no extrato de fl. 137v (Anexo I), este lançamento tem como histórico “Sispag Forc1” e não há prova que houve transferência entre contas de mesma titularidade;

40 - conforme se verifica no extrato de fl. 137v (Anexo I), este lançamento tem como histórico “Sispag Forc1” e não há prova que houve transferência entre contas de mesma titularidade.

A recorrente também afirma que valores depositados por companhia de seguros foram considerados na base tributável (doc4).

Os valores depositados seriam os seguintes:

R\$ 91.367,71, em 15/01/02.

R\$ 7.702,38, em 22/03/02.

Analisando o doc 4 (fl. 1.120/1.125) observo que se trata de uma apólice de seguro firmada entre o contribuinte e a empresa CGU Companhia de Seguros com o intuito de segurar mercadorias transportadas.

Este documento por si só não comprova a origem dos valores depositados. O contribuinte teria que demonstrar qual mercadoria transportada foi danificada/extraviada, além de provar que a seguradora efetivamente ressarciu o impugnante, fato que não fica comprovado com o doc. 4. Esta comprovação não pode ser efetivada somente à vista dos extratos bancários, tendo em vista que os lançamentos bancários indicam “depósito” sem fazer qualquer remissão à empresa seguradora.



Ademais, em nenhum destes documentos analisados não há provas de que eles tiveram origem em valores já tributados pela empresa ou em valores não tributáveis ou tributáveis exclusivamente na fonte.

Quanto aos documentos anexados em momento posterior ao do recurso, notas fiscais de 2002/2004, de acordo com o recurso teriam o intuito de provar a natureza comercial das receitas da recorrente. Este item (natureza comercial das receitas) será analisado posteriormente. Contudo, oportuno frisar que a recorrente não apresentara tais documentos para provar a origem das receitas omitidas, relacionar os valores dos depósitos omitidos com as receitas das notas fiscais. Inclusive, observo, que este assunto nem sequer foi tratado na impugnação, onde as argumentações ficaram somente na impossibilidade de se ter lançamento com base em depósitos bancários. No recurso, também, não se enveredou pela argumentação de se tentar provar a origem dos depósitos, se tentou apenas desqualificar o trabalho fiscal, no sentido de se provar que a omissão de receitas não foi apurada de forma diligente fl. 1986/1987, ou melhor, que depósitos bancários, simplesmente, não se prestariam para o lançamento, coisa já há muito superada.

DA IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO DO LUCRO REAL

A recorrente pede o arbitramento, contudo, o arbitramento é medida extrema, só se justificando nos casos previstos na legislação. A recorrente tenta desqualificar sua escrita, contudo, a escrita não foi desqualificada pela fiscalização, pois, em princípio, estava em ordem, pois, os livros contábeis solicitados pela fiscalização foram apresentados sem irregularidades, apenas havia uma omissão que por si só não era suficiente para desqualificar a escrita, pois, em média a receita declarada seriam 55 % dos depósitos não comprovados. Assim, não assiste razão a recorrente neste item.

DO DESCABIMENTO DO COEFICIENTE UTILIZADO PARA O CÁLCULO DO LUCRO PRESUMIDO

Nos períodos em que a recorrente utilizou o lucro presumido (2003 e os dois primeiros trimestres de 2004), ela pede que o coeficiente seja 8%, pois, 32% seria demais aja vista que boa parte de suas atividades são de compra e venda.

O §1º do artigo 24 da Lei nº 9.249/95, é claro ao determinar que no caso de pessoa jurídica com atividades diversificadas tributadas com base no lucro presumido, não sendo possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, esta será adicionada àquela a que corresponder o percentual mais elevado, a saber:

"Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

§ 1º No caso de pessoa jurídica com atividades diversificadas tributadas com base no lucro presumido ou arbitrado, não sendo possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, esta será adicionada àquela a que corresponder o percentual mais elevado."



No caso, a fiscalização solicitou esclarecimento sobre a receita omitida, contudo, a contribuinte não esclareceu, assim, perdeu a oportunidade de demonstrar por recibos ou outros documento que sua omissão foi referente à venda de mercadorias, e não serviços. Agora, a reconente tenta em tese convencer o julgador de que por causa de suas atividades declaradas serem comerciais, na maior parte, as atividades omitidas também seriam comerciais. Esta afirmação não pode prevalecer, primeiramente, como dito, o momento de se provar isto era na fase de fiscalização.

Assim, com base na lei supracitada, e nas próprias palavras da contribuinte, que admite prestação de serviços mantenho o coeficiente de 32%.

DA INAPLICABILIDADE DA MULTA QUALIFICADA

Quanto à questão da multa qualificada, não vejo problema a manutenção dela quando da presunção de omissão de receitas, acredito que tal questão já se encontra superada, contudo, para que se possa manter aqui a multa qualificada será necessário que a fiscalização aponte alguma coisa a mais. No caso, a fundamentação utilizada para a qualificação da multa foi o fato da contribuinte ter omitido receitas oriundas das suas atividades operacionais, além disso, no Termo de Verificação Fiscal, fl. 609/610 a fiscalização elaborou tabelas por ano calendário demonstrando que a receita declarada seriam em média 55 % dos depósitos não comprovados, isso tudo, durante os anos calendários de 2002, 2003, 2004, totalizando 36 meses. Assim, temos a figura da reiteração, figura esta que demonstra a intenção, dolo específico, no sentido de pagar menos tributos do que devido.

Cabe, ainda observar que os “TED D” foram verificados e não foram encontrados valores para serem abatidos a favor da recorrente.

Em face do exposto, voto por rejeitar as preliminares e no mérito negar provimento ao recurso.



Mário Sérgio Fernandes Barroso

Voto Vencedor

Conselheiro Aloysio José Percínio da Silva, Redator Designado

A apuração *ex officio* do IRPJ e da CSLL sobre a receita omitida no ano-calendário 2002 se deu pelo regime do lucro real.

Por outro lado, a recorrente refutou a apuração por aquele regime de tributação, alegando que seria hipótese de arbitramento de lucros.

No seu respeitável voto, o i. relator não encontrou elementos suficientes para desqualificar a escrituração da contribuinte. Informou que a receita contabilizada no ano-calendário 2002 representou aproximadamente 55% da omissão identificada *ex officio*.

Peço permissão para divergir desse seu entendimento, quanto ao regime de tributação aplicável à situação descrita nos autos.

Com efeito, encontro no art. 530 do RIR/99 o fundamento para o arbitramento do lucro, especificamente no inc. II, “a” e “b”:

“Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando:

(...)

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte, revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tomem imprestável para:

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou

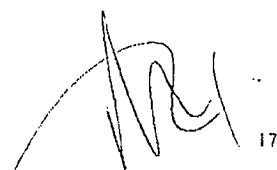
b) determinar o lucro real;

(...)”

O dispositivo transcrito tem matriz legal no art. 47 da Lei 8.981/95 e no art. 1º da Lei 9.430/96.

A omissão de receitas efetivamente ocorreu e está inequivocamente comprovada nos autos.

No entanto, no exame para identificação do adequado regime de tributação do IRPJ e da CSLL, não se pode esquecer que a comprovada omissão nos registros contábeis de tão vultosa movimentação bancária, isoladamente, já é condição suficiente para justificar a imprestabilidade da escrituração contábil e o conseqüente arbitramento do lucro.



17

Observe-se que não é o caso de omissão de poucos depósitos, de valor irrelevante, o que, obviamente, seria insuficiente para caracterizar como “imprestável” a escrituração da recorrente.

No lançamento em questão, no qual a soma dos valores omitidos foi adotada para apuração do IRPJ e da CSLL com fundamento nas normas reguladoras do lucro real, houve nítida distorção da base de cálculo, resultando em tributação da receita omitida e não do lucro.

A base de cálculo do imposto de renda pessoa jurídica é o lucro, definido conforme as suas três formas de apuração: real, arbitrado ou presumido, de acordo com o art. 44 do CTN. Segundo o art. 6º do Decreto-lei 1.598/77 (art. 247 do RIR/99), o lucro real é o lucro líquido do exercício, ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação própria. Por sua vez, o lucro líquido deve ser apurado com observância das disposições da lei comercial (art. 248 do RIR/99). A base de cálculo da CSLL é o lucro líquido ajustado de acordo com as prescrições da legislação específica.

O regime de tributação pelo lucro arbitrado, em que parcela de custos e despesas é implícita e automaticamente computada mediante a aplicação dos coeficientes de arbitramento sobre a receita da pessoa jurídica, revela-se apropriado, legal e mais realista para a determinação da correta base de cálculo do IRPJ e da CSLL, evitando a mera e ilegal incidência direta desses tributos sobre a receita e não sobre o resultado.

Observe-se no comando do art. 42 da Lei 9.430/96 que o que se presume é a receita omitida, e não o lucro:

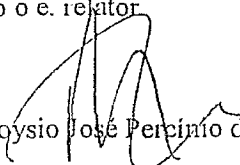
“Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.” (destaquei)

Na linguagem do Código Tributário Nacional, o lançamento tributário está definido, no art. 142, como o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

A meu ver, a fiscalização não calculou corretamente o montante do tributo devido ao fazê-lo pelo regime do lucro real, no lançamento realizado, em desatenção ao comando do art. 142 do CTN.

Conclusão

Pelo exposto, dou provimento ao recurso voluntário nesse particular para excluir as exigências de IRPJ e CSLL apuradas sobre receitas omitidas no ano-calendário 2002. No mais, acompanho o e. relator


Aloysio José Percinifto da Silva

I TERMO DE INTIMAÇÃO

Intime-se um dos Procuradores da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho, da decisão consubstanciada no acórdão supra, nos termos do art. 81, § 3º, do anexo II, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009.

Brasília, ____ / ____ / _____.

JOSÉ ANTONIO DA SILVA

Ciência

Data: ____ / ____ / _____

Nome:
Procurador(a) da Fazenda Nacional

Encaminhamento da PFN:

- apenas com ciência;
- com Recurso Especial;
- com Embargos de Declaração;
- _____



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

Processo nº 19515.001924/2007-36
Recurso nº 167383
Despacho nº – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Data 23 de novembro de 2010
Assunto Informação em Embargos
Embargante Mário Sérgio Fernandes Barroso


O processo supra teve como decisão:

“Em face do exposto, voto por rejeitar as preliminares e no mérito negar provimento ao recurso.”

Contudo, na ata o decisum foi:

“Por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade e de decadência e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir: (i) as exigências de IRPJ e CSLL relativas ao ano-calendário de 2002, por maioria de votos, por maioria de votos, vencidos os Conselheiros Mário Sérgio Fernandes Barroso (Relator) e Gervásio Nicolau Recktenvald, e (ii) as parcelas correspondentes aos créditos em conta bancária sob o histórico de “TED-D” das bases de cálculo de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins dos anos-calendário de 2003 e 2004, por unanimidade. O Cons. Leonardo Henrique M. de Oliveira considerou errado o enquadramento legal da omissão de receitas, tendo em vista, na opinião do referido conselheiro, a apuração com base em prova direta e não na presunção do art. 42 da Lei 9.430/96. A tributação pelo regime do lucro presumido com base no coeficiente de 32 % nos anos-calendário 2003 e 2004 foi mantida por maioria de votos, vencidos os Cons. Leonardo Henrique M. de Oliveira e Hugo Correia Sotero, e a multa qualificada foi mantida pelo voto de qualidade, vencidos os Cons. Maracos Shigueo Takata, Leonardo Henrique M. de Oliveira e Hugo Correia Sotero. O Cons. Aloysio José Percínio da Silva redigirá o voto vencedor. Fez sustentação oral o advogado da recorrente, Dr. Roberto Quiroga Mosquera, inscrito na OAB/DF sob o nº 1386-A. – Acórdão nr. 1103-00.292.”

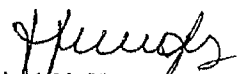
Como vemos, há uma contradição a ser sanada quando aos "TED D". Assim, embargo a decisão para que seja sanada a contradição.



Mário Sérgio Fernandes Barroso

Embargante

Acolho os embargos apresentados pelo Conselheiro Relator, devendo ser levado à apreciação do Colegiado.



Francisco de Sales Ribeiro de Azeiro
Presidente da 1ª Seção de Julgamento
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais-MF