



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

Processo nº 19515.003945/2008-77
Recurso nº Voluntário
Resolução nº 1302-000.228 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Data 9 de abril de 2013
Assunto IRPJ.
Recorrente Square Modas Ltda
Recorrida Fazenda Nacional

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Os membros da Turma resolvem, por unanimidade, converter o julgamento em diligência nos termos do relatório e voto proferidos pelo Relator.

(assinado digitalmente)

Eduardo de Andrade – Presidente

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eduardo de Andrade, Márcio Rodrigo Frizzo, Alberto Pinto Souza. Junior, Guilherme Pollastri Gomes da Silva e Luiz Tadeu Matosinho.

Versa o presente processo sobre recurso voluntário interposto pelo contribuinte em face do Acórdão nº 16-20.176 da 4ª Turma da DRJ/SPOI, cuja ementa assim dispõe:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica- IRPJ
Data do fato gerado 31/03/2004, 30/06/2004, 30/09/2004, 31/12/2004
Ementa: PRELIMINAR. NULIDADE DOS LANÇAMENTOS. INOCORRÊNCIA. Somente serão considerados nulos, aqueles atos em que presentes quaisquer das circunstâncias previstas pelos incisos I do art. 59 do Decreto nº 70.235/1972. Ausentes, não há falar em nulidade. Preliminar rejeitada.

PRELIMINAR. LOCAL DE LAVRATURA DOS , AUTOS DE INFRAÇÃO DIVERSO DAQUELE ONDE ESTABELECIDO O CONTRIBUINTE. ART. 10 DO DECRETO Nº 70.235/1972. MOTIVO A DAR POR NULO LANÇAMENTO. O local de verificação da falta estabelecido pelo caput do art. 10 do Decreto nº 70.235/1972, pode ser interpretado tanto como sendo o próprio estabelecimento do contribuinte - onde aquela, em tese, teria sido praticada – ou outro qualquer, inclusive na própria repartição fiscal, onde apurada (verificada) a ocorrência da irregularidade. Rejeita-se a preliminar.

PRELIMINAR. FATOS GERADORES DO PIS E DA - COFINS. MENSAIS AO INVÉS DE TRIMESTRAIS. Conforme dispositivos legais específicos, os fatos geradores do PIS e da COFINS ocorrem mensalmente, ao invés de trimestralmente como apontado pelos lançamentos. Dessa forma, devem ser mantidas as parcelas relativas aos meses finais de cada um dos trimestres, exonerando-se, dado apontado, os valores apurados nos demais meses. Para fim dos lançamentos, foram considerados, como suas bases de calculo, as somatórias dos valores apurados em cada um dos trimestres, ao invés dos respectivos valores mensais. Preliminar que se acata parcialmente.

PRELIMINAR. MULTA DE OFÍCIO. CAPITULAÇÃO LEGAL EQUIVOCADA. INOCORRÊNCIA DE MOTIVO A NULIDADE DOS LANÇAMENTOS. Ainda que equivocada a capitulação legal utilizada, relativa a aplicação da penalidade, o contribuinte teve pleno conhecimento da acusação que lhe foi imputada de modo a ter-se dela -defendido por meio da impugnação apresentada, preservando-se, com tal fato, os direitos ao contraditório e a ampla defesa. Tal equívoco é insuficiente a tornar nulos os lançamentos, conforme acima. Preliminar rejeitada.

MÉRITO. DIFERENÇAS APURADAS ENTRE OS VALORES CREDITADOS POR ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO E AQUELES INFORMADOS PELO CONTRIBUINTE NA RESPECTIVA DIPJ. OMISSÃO DE RECEITAS.

Caracterizam-se como omissão de receitas, as diferenças apuradas entre os valores levados a crédito do contribuinte, por administradoras de cartões de crédito/débito, e aqueles por ele informados ao fisco, por meio da respectiva DIPJ.

MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA. CARATER CONFISCATORIO. OMISSÃO DE RECEITAS. CONTUMÁCIA. ALEGAÇÃO DE ATO CULPOSO. REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS. Correta a aplicação da multa de ofício agravada, diante do procedimento adotado pelo contribuinte, que se estendeu durante a totalidade dos meses do anocalendário. Arrazoadado no sentido de que a penalidade aplicada, da forma como o foi, teria efeito confiscatório, deixa de ser apreciado pelo presente voto, visto se tratar de matéria de cunho constitucional e, em razão de tal fato, faltar competência a autoridade administrativa para tal. Meras alegações no sentido de que a irregularidade se deu mediante a prática de mero ato culposos são insuficientes a descaracterizar a aplicação da mencionada penalidade. Correta, por igual, a elaboração da devida Representação Fiscal para Fins Penais.

LANÇAMENTOS REFLEXOS. PIS. COFINS. CSLL. Por decorrerem dos mesmos motivos de fato e de direito que levaram a exigência do IRPJ, igual destino deverão ter os lançamentos dele reflexos.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. ILEGALIDADE E/OU INCONSTITUCIONALIDADE. Descabe a autoridade administrativa a apreciação de alegações no sentido ilegalidade e/ou inconstitucionalidade de leis e/ou dispositivos legais, competência essa atribuída, de maneira exclusiva, ao Poder Judiciário.

Lançamento Procedente em Parte

Em sua peça recursal, a recorrente apresenta as seguintes razões de defesa:

a) que a fiscalização iniciada em 27/12/2007 intimou o contribuinte a apresentar seus livros contábeis e os comprovantes que embasaram os seus registros e lançamentos contábeis;

b) que, posteriormente, foram verificados os livros e documentos da ora recorrente, tendo sido apresentados os extratos bancários que embasaram os registros contábeis e os extratos de repasses recebidos das empresas administradoras de cartões de crédito e de débito, de todos os estabelecimentos da fiscalizada;

c) que, após a análise de tais documentos, foi elaborado levantamento específico de todas as operações mercantis da empresa realizadas com a intermediação das administradoras de cartões de crédito e de débito, sendo as transações resumidas mensalmente no mapa denominado “Demonstrativo mensal de receitas com cartão de crédito no ano calendário de 2004 – Consolidação”;

d) que, além dos valores indicados pelas empresas administradoras de cartões, foram apresentadas ao contribuinte, como parte da Intimação Fiscal e devidamente notificada em 15/07/2008, pela qual a fiscalizada foi intimada a esclarecer as diferenças constatadas entre sua escrituração contábil e fiscal, cujos-valores informou na-sua DIPJ/2005 e os levantamentos realizados pela fiscalização;

e) que, após os esclarecimentos apresentados pela ora recorrente, entendeu a fiscalização que as supostas diferenças apuradas, seriam valores de receitas de vendas realizadas pela fiscalizada, para as quais não emitiu nota fiscal;

f) que os valores das referidas diferenças, apuradas mensalmente, foram resumidos por trimestre, considerando que a empresa apresentou sua DIPJ do período mediante apuração trimestral, sendo confrontadas com os valores do Lucro Real de cada trimestre do ano calendário, gerando o mapa Demonstrativo das operações com cartões de crédito/débito x DIPJ do contribuinte no ano calendário 2004, abatendo-se os novos valores trimestrais do lucro real tributável pelo Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e seus reflexos;

g) que os valores encontrados foram submetidos a tributação do IRPJ e seus reflexos, conforme anteriormente assinalado, sendo o total das omissões de receitas submetidas à tributação das Contribuições para a COFINS e para o PIS, e os valores das bases de cálculo trimestrais, deduzidas do percentual de 30% dos mesmos, compensado com os prejuízos acumulados nos períodos anteriores, tudo em obediência ao disposto no artigo 42 da Lei n. 8.981/95, submetendo-se à tributação do IRPJ e da CSLL, com o acréscimo da multa de ofício agravada (150%) e dos juros de mora (Selic);

h) que, considerando que supostamente houve o cometimento de crime contra a ordem tributária, previsto no inciso I, do art. 2º da Lei 8.137/90 e tendo sido constatada pela fiscalização a realização de operações comerciais, as quais não foram registradas nos livros contábeis e fiscais da empresa e não foram informadas na Declaração de Informações Econômicas da Pessoa Jurídica - DIPJ, do ano calendário fiscalizado, a autuação foi realizada com o agravamento da multa de ofício, previsto no artigo 957, II e I, do parágrafo único do

mesmo artigo, Decreto n. 3.000/99, lavrando-se representação fiscal para fins penais, em obediência a Portaria SRF n. 326/2005;

i) que, apresentado o recurso administrativo competente, houve por bem o ilustre julgador julgar pela procedência parcial, para que se dê prosseguimento à cobrança do crédito tributário mantido, conforme demonstrativo constante a fls. 737;

j) que não pode prosperar a decisão recorrida, no ponto em que sustenta que a antiga redação do dispositivo legal contemplava no inciso II do art. 44 da Lei n. 9.430/96, a multa de 150% (cento e cinquenta por cento) e que ao depois de alterada por emenda aglutinativa a referida multa passou a constar do §1º do mesmo artigo (sic), pois tal alegação não tem o condão de socorrer ou mesmo reparar a negligência e a imperícia da autoridade administrativa que realizou o lançamento da imposição tributária e lavrou a multa de ofício de 150% com fundamento no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/96, o qual à época já versava sobre a multa isolada, por força da alteração introduzida pela Lei nº 11.488/07;

l) que, enfim, sob qualquer aspecto que se analise a questão, o argumento em que se fundou a r. decisão não pode prosperar, uma vez que além de afrontar o Princípio da Estrita Legalidade em Matéria Tributária, nega vigência ao art. 142 do CTN e aos arts. 10 e 11 c.c. 59 do Decreto 70.235 (PAF), razão pela qual deve ser objeto de análise por este E. Colegiado, devendo ser acolhida a preliminar ora destacada, para reformando a r. decisão *a quo*, julgar nulo por vício formal o Auto de Infração;

m) que, em sua peça defensiva ora recorrente também pugnou pela nulidade do auto de infração, sob o fundamento de que os fatos geradores da COFINS e do PIS, por força de expressa disposição legal (ao que tudo indica também desconhecida do Ilmo. Sr. Auditor Fiscal), são obrigatoriamente apurados em bases mensais, ao invés de trimestrais, conforme equivocadamente lançados no Auto de Infração pelo Autoridade Administrativa responsável;

n) que, mais uma vez o emérito julgador *a quo* atendeu ao pleito da contribuinte reconhecendo que os fatos geradores, tanto da COFINS e do PIS (ambos não-cumulativos) são mensais, conforme determinam as Leis nº. 10.833/2003 e 10.637/2002, e, em razão do engano apontado, restaram excluídas da Autuação as bases de cálculo de ambos os lançamentos (COFINS e PIS, não cumulativos), das parcelas relativas às supostas omissões receitas apuradas em relação aos meses de: Janeiro e Fevereiro (1º Trimestre); Abril e Maio (2º Trimestre); Julho e Agosto (3º Trimestre); Outubro e Novembro (4º Trimestre), mantendo-se, entretanto, as de Março, Junho, Setembro e Dezembro, por este apontarem as datas corretas de ocorrência de cada um dos respectivos fatos geradores, e todos, referentes ao ano calendário de 2004;

o) que, por outro lado, as parcelas então excluídas dos lançamentos deverão ser objeto de Representação Fiscal a ser formalizada junto a DEFIS/SPO, objetivando a reconstituição dos créditos Tributários respectivos, cujos lançamentos deverão observar a efetiva ocorrência de cada um dos fatos geradores;

p) que, a r. de decisão não pode prosperar, entende a ora recorrente que toda a apuração do PIS e da COFINS são nulos, e não apenas os meses que não se encerram coincidentemente com as bases trimestrais de apuração (IR e CSSL), pois atoda evidência que o erro decorrente da incorreta apuração das bases de cálculo da tributação, *in casu* reflexa de PIS e COFINS, acarreta em nulidade insanável da autuação;

q) que a r. decisão deixou de garantir validade e eficácia ao argumento expendido na impugnação, uma vez que o correto seria converter o julgamento em diligência a fim de apurar os valores devidos segundo a sistemática não cumulativa, pois, em respeito ao Princípio da Legalidade e da Busca da Verdade Material imperioso de ordem legal reconhecer a imprescindibilidade de apuração do PIS e da COFINS conforme a sistemática não-cumulativa, de forma que havendo crédito em sua "escrita fiscal" o mesmo deverá ser compensado com os valores exigidos na presente, o que se diz apenas *ad argumentandum tantum*, vale dizer na remota hipótese de ser mantida a equivocada autuação que ora se recorre;

r) que tais créditos constam expressamente da DACON, regularmente apresentada pelo contribuinte em cumprimento às incontáveis obrigações acessórias corriqueiramente alteradas pela "mutante" legislação tributária federal;

s) que a r. decisão proferida pela C. 4ª Turma da DRJ/SPOI não pode prosperar, uma vez que também afronta o Princípio da Estrita Legalidade em Matéria Tributária, nega vigência ao art. 142 do CTN e aos arts. 10 e 11 c.c. 59 do Decreto 70.235 (PAF), razão pela qual deve ser objeto de análise por este E. Colegiado, devendo ser acolhida a preliminar ora destacada, para dando provimento ao presente recurso, reformar a r. decisão *a quo*, e julgar nulo por vício formal o Auto de Infração objeto do presente recurso;

t) que, se assim não entenderem V. Sa. o que se diz apenas *ad argumentandum tantum*, requer se dignem a julgar procedente o presente recurso apenas para anular integralmente a imposição dos tributos incidentes sobre a receita (PIS e COFINS) face ao flagrante equívoco dos lançamentos perpetrados em bases trimestrais e da inobservância da sistemática da não-cumulatividade;

u) que, por incrível que pareça, não é só, pois há outro equívoco perpetrado, qual seja, a incorreta aplicação da alíquota de 7,6% sobre a competência de janeiro de 2004, antes de entrar em vigor Lei 10.833/2003, mas que, em decorrência do quanto decidido na equivocada decisão ora recorrida, acerca da base de cálculo mensal / trimestral do PIS e da COFINS este argumento foi superado, haja vista que a r. decisão excluiu da autuação a base de cálculo dos mês de janeiro 2004, restando assim afastada esta preliminar;

v) que não se pode aceitar que somente após a apresentação da defesa, dificultada pela inexistência da capitulação legal e descrição fática, bem como decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil, é que a contribuinte possa compreender a autuação que lhe é imputada e oferecer defesa;

x) que, no mínimo inaceitável que tantos equívocos sanáveis ocorram em uma única Autuação, posto que determinam o cerceamento de defesa da ora recorrente;

z) que o extinto TFR editou a Súmula nº 182 segundo a qual "*É ilegítimo o lançamento de Imposto de Renda arbitrado com base apenas em extratos bancários*";

aa) que não há nenhuma demonstração de que as entradas de numerários em conta bancária da Impugnante não seja decorrente de pagamento de prestação de serviços, aquisição de mercadorias ou equipamentos para desenvolvimento de seu objeto social, empréstimos, mútuos, etc;

ab) que, qualquer indício deve ser necessariamente provado, já que se não for provado, não será sequer indício, ou seja, se não houver conexão entre o indício e o fato

relevante para a aplicação da lei, não se configurará o indício. O indício é apenas um ponto de partida, um meio para se chegar a uma presunção. Como possui valor probatório inferior às presunções, não pode ser utilizado individualmente;

ac) outro lado, há que se em vista que o Sr. Auditor Fiscal não justificou como teve acesso aos extratos de depósitos bancários da contribuinte. Somente asseverou que examinando a documentação da empresa, verificou que os depósitos bancários relacionados ao ano calendário de 2003 não tinham origem identificada na contabilidade;

ad) que o Sr. Auditor Fiscal não justificou como teve acesso aos extratos de depósitos bancários da contribuinte. Somente asseverou que examinando a documentação da empresa, verificou que os depósitos bancários relacionados ao ano calendário de 2003 não tinham origem identificada na contabilidade;

ae) que os extratos bancários devem ser desconsiderados como indício ou presunção posto que a quebra do sigilo bancário/fiscal é questão esta diretamente relacionada com o binômio prevalência entre o direito constitucional à intimidade, previsto em norma constitucional (artigo 5º, Incisos X e XII) e a violação ao sigilo bancário e fiscal;

af) que o depósito bancário ou mesmo quaisquer outros extratos, mesmo após o advento da Lei nº 9.430/96, não se constitui, por si só, fato gerador da aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza, pois é necessária a prova cabal e robusta de que ele foi utilizado como renda consumida;

af) que o lançamento foi feito sem as provas incontestáveis da acusação feita ao autuado', sendo que o artigo 142 do Código Tributário Nacional não deixa margem ao exercício da apreciação subjetiva do agente fiscal;

ag) que exsurge nítida a irregularidade em aplicar-se multa de 150% sobre o suposto débito apurado, uma vez que para tomar essa medida, se faz necessário provar o evidente de fraude do contribuinte, o que não ocorreu no caso em tela;

ah) que é flagrante a ilegalidade de aplicação da Taxa Selic aos tributos exigidos na presente autuação;

ai) que, em decorrência da impossibilidade de se aplicar a taxa Selic, à taxa legal de juros na esfera tributária é a prevista do artigo 161, § 1º, do CTN, ou seja, 1% ao mês, o que ora se requer.

É o Relatório.

Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior.

O recorrente tomou ciência da decisão recorrida em 04/03/2009 (AR a fls. 740-verso) e interpôs recurso voluntário em 01/04/2009 (doc. a fls. 746), o qual foi subscrito por seu representante legal (vide cláusula 5ª da 18ª Alteração contratual a fls. 800), razões pelas quais, conheço do recurso.

Inicialmente, há que se ressaltar que, em resposta ao termo de intimação recebido em 27/02/2008, a recorrente, representada naquele ato pelo Sr. Eduardo Mussa Assaly, informa que está entregando “*Xérox de todos os extratos bancários do ano de 2004*”, conforme documento a fls. 100 do vol. I dos autos, razão pela qual é totalmente descabida as indagações feitas, na sua peça recursal, sobre como a autoridade fiscal teria conseguido os extratos bancários.

Com relação aos extratos das operadoras de cartão de crédito, não fica claro da leitura do Termo de Verificação Fiscal a fls. 640 e segs. do vol. IV, se eles foram entregues pela própria recorrente ou se foram decorrentes de Requisição de Movimentação Financeira com base na Lei Complementar nº 105/2001. Ocorre que, nos termos do art. 1º, VI, da LC 105/01, as administradoras de cartão de créditos são consideradas instituições financeiras para os fins daquela lei complementar.

Assim, como a recorrente questiona a constitucionalidade da LC 105/2001, há necessidade de se converter o processo em diligência, para que a autoridade lançadora informe se os extratos de cartão de crédito foram objeto de RMF, hipótese na qual seria aplicável o § 1º do art. 62-A do Anexo II da Portaria MF nº 256/09 (RICARF), tendo em vista que ainda não houve o trânsito em julgado da RE 601.314.

Em face do exposto, voto por converter o julgamento em diligência, para que a autoridade lançadora informe se os extratos de cartão de crédito que compõem o conjunto probatório dos autos foram objetos de RMF.

Do relatório de diligência, deve ser dada ciência à recorrente, com a concessão de prazo para que se pronuncie nos autos. Após tais providências, os autos devem retornar ao CARF, para prosseguimento do feito.

Alberto Pinto Souza Junior - Relator