



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

Processo n° 19515.005109/2009-16
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 1401-001.342 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de novembro de 2014
Matéria IRPJ
Embargante UNIMETRO EMPREENDIMENTOS S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005

Erro de premissa, que justificam o acolhimentos dos embargos de declaração com efeitos infringentes.

Conforme se verifica da súmula 25 do CARF: A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Dessa forma, ausente a comprovação de dolo ou fraude por parte do contribuinte, deve ser reduzida a multa qualificada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, CONHECER dos embargos e, por maioria de votos, ACOLHER os embargos com efeitos infringentes para desqualificar a multa de ofício. Vencidos os Conselheiros Antonio Bezerra Neto e Fernando Luiz Gomes de Mattos que conheciam apenas para complementar os fundamentos, mas sem emprestar-lhes efeitos infringentes, nos termos do relatório e voto que fazem parte do presente julgado.

Assinado digitalmente

Jorge Celso Freire Da Silva- Presidente.

Assinado digitalmente

Maurício Pereira Faro - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Jorge Celso Freire da Silva (Presidente), Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Mauricio Pereira Faro, Antonio Bezerra Neto, Fernando Luiz Gomes De Mattos e Karem Jureidini Dias.

Relatório

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão que negou provimento ao recurso voluntário do contribuinte. Por bem resumir a questão ora examinada, adoto e transcrevo o relatório anterior:

Originou-se o presente processo de ação fiscal que resultou na lavratura de quatro autos de infração em 17/11/2009, com ciência dada em 19/11/2009, o qual foi reratificado, tendo ocorrido a nova ciência do contribuinte em 16/12/2009.

Os créditos tributários lançados de IRPJ e os respectivos reflexos de CSLL, PIS e COFINS, perfizeram o montante global de R\$ 12.687.380,27 (principal, multa e juros).

A fundamentação jurídica utilizada nas autuações perpetradas encontram-se nos respectivos autos de infração, tendo sido novamente pormenorizadas no relatório da DRJ. Em breve síntese, a imputação tem por foco a omissão de receitas lastreada na presunção legal autorizada pelos artigos 42 da Lei nº 9.430/96 com cominação de aplicação reflexa às contribuições sociais no bojo do art.24 da Lei nº 9.249/95.

O termo de início de ação fiscal, além de solicitar a documentação de praxe, demandou os extratos de contas bancárias e aplicações financeiras e ainda determinou a demonstração e comprovação, com documentação hábil e idônea, da origem dos créditos constantes das contas correntes nas seguintes instituições financeiras nos anos-calendário de 2004 e 2005: Banco do Brasil S/A, Banco Rural S/A e Bradesco S/A, cujos ingressos em cada período, foram de R\$ 6.055.925,60 e R\$ 7.493.892,51, respectivamente, calculados com base no pagamento de CPMF.

A demanda fiscal também partiu da constatação de que nas DIPJ's dos anos-calendário em referência foi informada ausência de receitas operacionais e ocorrência apenas de receitas financeiras nos montantes de R\$ 180.598,94 e R\$ 69.438,90.

Conforme pontuam os documentos acostados aos autos, a contribuinte trata-se de uma sociedade anônima fechada, cujo objeto social versa sobre

participação em empreendimentos imobiliários e a participação em outras sociedades.

Por meio de termo de intimação lavrado em 06/04/2009 (fls.288 e 289), a fiscalização solicitou os contratos originais e respectivos aditamentos efetuados entre a contribuinte e terceiros (Radio e Televisão Record S/A, CNPJ: 60.628.369/000175 e Sr. Alfredo Paulo Filho), bem como documentação hábil e idônea por estes emitida acerca dos pagamentos relativos a tais contratos.

Da mesma forma, foram solicitadas cópias de contratos efetuados entre a contribuinte e Credinvest Facility Coml. S/A e sua respectiva movimentação, bem como documentação hábil e idônea acerca da destinação de cheques descritos no citado termo e de depósito no valor de R\$ 105.442,91, efetuado pela Igreja Universal em conta corrente da autuada no Banco Bradesco S/A em 28/12/2005.

Em 21/08/2009 e 28/08/2009, foram lavrados termos de intimação e reintimação (fls. 290 a 293) por meio do qual além de alertar sobre pontos não atendidos da intimação anterior, foi determinado a apresentação e devidos esclarecimentos acerca de diversos Instrumentos Particulares de Promessa de Cessão de Direitos de Quotas de Empresa de Radiodifusão e outras Avenças firmados entre 2001 e 2003 entre pessoas físicas arroladas nos referidos termos — Carlos Alberto Rodrigues Pinto, Antonio Carlos Martins de Bulhões, Alfredo Paulo Filho e Sidnei Marques e entre estas e a Radio e Televisão Record S/A, a Televisão Record do Rio de Janeiro Ltda e a Televisão Sociedade Ltda (com sede em Minas Gerais — atual Record MG). Também foram requeridos quaisquer outros contratos e respectivos aditamentos efetuados entre a autuada e a Radio e Televisão Record S/A, assim como com Alfredo Paulo Filho, acompanhados da documentação hábil e idônea por estes emitida acerca dos pagamentos relativos a tais contratos. Foi determinada ainda a apresentação da autorização do Ministério das Comunicações para as transferências de quotas, objeto dos instrumentos particulares citados no teimo, esclarecimentos e respectivos documentos hábeis e idôneos a justificar porque todos os devedores do Sr. Carlos Alberto Rodrigues Pinto passarem a pagar suas obrigações a autuada.

Por fim, no termo em referência, solicitou-se esclarecimentos e documentos sobre o empréstimo efetuado pela Cableinvest Ltd. para Carlos Alberto Rodrigues Pítito.

Em 21/09/2009 a contribuinte responde aos termos juntando:

Livros Diário e Razão de 2004 e 2005,

Cópias de extratos bancários e aplicações financeiras dos seguintes bancos: Banco do Brasil, Banco Rural e Bradesco, relativos aos anos de 2004 e 2005;

Comprovação de que o depósito efetuado supostamente pela Igreja Universal na verdade teve como depositante Honorilton Gonçalves da Costa;

Diversos contratos de mútuo celebrados nos anos de 1992, 1993 e 1994 entre as empresas estrangeiras Cableinvest Ltd/Investholding Ltd e as seguintes pessoas físicas: Alba Maria Silva da Costa, João Monteiro de Castro dos Santos, Mareio de Lima Araújo, José Antônio Alves Xavier e José Fernando Passos da Costa, bem como DIPF's deste último, relativas a estes anos-calendário, demonstrando as paulatinas aquisições de participações societárias das empresas de radiodifusão Rádio Difusão Ebenezer Ltda –

atual Televisão Record do Rio de Janeiro Ltda e Televisão Sociedade Ltda, assim como empréstimos tomados junto as citadas pessoas jurídicas do exterior e cessão das mesmas quotas em 1994 para Carlos Alberto Rodrigues Pinto por meio de assunção de referida dívida contraída anteriormente pelo cedente;

Contratos e aditamentos (instrumentos particulares de cessão de quotas e instrumento) demandados pela fiscalização, em particular instrumento de cessão e transferência de cotas de Televisão Record do Rio de Janeiro celebrado em 31/10/1994, tendo como cedentes Alba Maria Silva da Costa, João Monteiro de Castro dos Santos, Mareio de Lima Araújo, José Antônio Alves Xavier e como cessionários Carlos Alberto Rodrigues Pinto e Marcelo Bezerra Crivela que assumiram as dívidas que os cedentes tinham para com as empresas estrangeiras CableInvest Ltd e InvestHolding Ltd;

DIPF's relativas aos anos-calendários de 2000 a 2002 de Carlos Alberto Rodrigues Pinto, apontando que aparentemente o mesmo também foi detentor de 1994 a 2001 de participação considerável na Rádio Difusão Ebenezer Ltda ((atual Televisão Record do Rio de Janeiro Ltda), participando também como sócio de outras empresas de radio difusão, dentre as quais a Televisão Sociedade Ltda. Ademais, declarou ser devedor de empréstimos externos tomados junto às empresas Cableinvest Ltd e Investholding Ltd (fls. 610 a 627), inclusive, em valor semelhante a sua participação na Rádio Difusão Ebenezer Ltda. Aponta ainda declaração do ano-calendário de 2001 de que essa participação foi baixada pela venda de suas quotas à prazo para diversas pessoas físicas (Adilson Higino da Silva, Antonio Carlos M. De Bulhões, Sidnei Marques, Honorilton Gonçalves) e também para a Radio e Televisão Record S/A. Consta também neste mesmo ano, a venda de quotas da Televisão Sociedade Ltda para Alfredo Paulo Filho;

instrumento de cessão de direito de quotas de empresa de televisão firmado em 2001 entre Carlos Alberto Rodrigues Pinto (cedente) e Alfredo Paulo Filho (cessionário), com anuência da autuada para venda de quotas de Televisão Sociedade Ltda e cláusula de repasse dos pagamentos para a autuada.

Cópias de inúmeros comprovantes de transferências bancárias de Alfredo Paulo Filho para a autuada;

instrumentos de cessão de direito de quotas de empresa de televisão firmados em 2001 entre Carlos Alberto Rodrigues Pinto (cedente) e Adolfo Higino da Silva (cessionário), para venda de parte das quotas de Televisão Record do Rio de Janeiro Ltda e em 2002, entre Adilson Higino da Silva (cedente) e Rádio e Televisão Record S/A (cessionária) com anuência de Carlos Alberto Rodrigues Pinto e da autuada, para revenda das mesmas quotas e cláusula de repasse dos valores para a autuada;

instrumentos de cessão semelhantes foram celebrados entre Carlos Alberto Rodrigues Pinto com Antonio Carlos M. De Bulhões, Sidnei Marques,

Honorilton Gonçalves e destes para com a Rádio e Televisão Record S/A , com anuência da autuada para vendas de quotas da Televisão Record do Rio de Janeiro Ltda nos anos de 2001 e 2002, bem como com cláusula para recebimento pela autuada dos pagamentos a serem efetuados.

instrumentos de cessão de direito de quotas de empresa de televisão firmados em 2001 entre Carlos Alberto Rodrigues Pinto (cedente) e Rádio e Televisão Record S/A (cessionária), com anuência da autuada e idêntica cláusula para recebimento dos valores atinentes à transação.

outros inúmeros instrumentos particulares de cessão de quotas, alterações contratuais e portarias dos Ministério das Comunicações no tocante a Televisão Sociedade Ltda e a Televisão Record do Rio de Janeiro Ltda;

declaração de que os pagamentos efetuados pelas pessoas físicas em favor da autuada se deram pelo fato de as mesmas serem devedoras da empresa Cableinvest Ltd, acionista majoritária da autuada, que optou por converter seus recebíveis em aporte de capital.

inúmeros recibos emitidos unilateralmente pela autuada, datados como de 2004 e 2005, acerca dos recebimentos atinentes aos instrumentos particulares de cessão de quotas da Televisão Sociedade Ltda, Televisão Record do Rio de Janeiro Ltda pagos, respectivamente, por Alfredo Paulo Filho e pela Rádio e Televisão Record S/A;

Após a análise de todo o acervo documental aqui descrito, bem como dos respectivos esclarecimentos prestados, foi lavrado em 19/11/2009 pela autoridade competente termo de verificação fiscal de presunção de omissão de receita (fls. 1087 a 1110).

Segundo a fiscalização, os pagamentos efetuados pela Rádio e Televisão Record S/A à autuada apesar de coincidentes em datas e valores nas contabilidades das duas empresas, apresentavam históricos dos respectivos lançamentos que divergem entre si e das informações constantes dos instrumentos particulares e recibos de pagamento apresentados. Traz apenas um único exemplo para certificar o alegado, qual seja pagamento recebido pela autuada em março de 2004.

Pondera ainda que os esclarecimentos prestados limitavam-se a comprovar a origem dos pagamentos, sem nenhuma explicação quanto aos motivos que levaram aos mesmos. Utiliza como exemplo os valores recebidos de Alfredo Paulo Filho, por meio de transferências bancárias do Banco do Brasil.

Alega que os contratos apresentados são sempre firmados entre pessoas ligadas, com erros grosseiros e incoerentes entre os aditamentos, não sendo cumpridas formalidades de registro, necessárias para que haja valor probatório frente ao Fisco Federal.

Afirma que toda a documentação recebida (instrumentos particulares, recibos, entre outros) apresenta feições típicas de engenharia tributária: documentação exclusivamente entre as partes envolvidas, ausência de documentação de emissão de terceiros não interessados no negócio,

ausência de interesse ou substrato econômico para as transações, ausência de registro ou autenticação de firma e contratos.

Do resultado da análise cruzada das informações apresentadas haveria nítida demonstração de incongruência entre as histórias contadas pelos instrumentos particulares apresentados e as alterações contratuais comprovadas pelos estatutos sociais oficiais e pelas portarias do Ministério das Comunicações. Infirma ainda a existência de evidências de fabricação de documentos a posteriori, com intuito de camuflar, com supostas obrigações contratuais, entre pessoas ligadas, pagamentos e recebimentos que, de fato, careceriam de comprovação e motivação econômica;

Contesta o encontro de contas entre os direitos de Carlos Alberto Rodrigues Pinto e as obrigações de devedores diversificados, todos ligados ao Grupo Record e a IURD (Igreja Universal do Reino de Deus).

Questiona também o fato de que empresas sediadas no exterior (CableInvest e Investholding) em paraísos fiscais, teriam emprestados em 1992, quantias significativas para pessoas físicas ligadas a IURD e ao Grupo Record, para que estas adquirissem quotas da Record Rio e Record Minas e de que estas pessoas tivessem feito várias transações de compra e venda e transferência de dívidas, com outras pessoas ligadas, até chegar a Carlos Alberto Rodrigues Pinto, que também teria cedido e transferido estas quotas para outros, juntamente com as respectivas dívidas de aquisição para com as empresas estrangeiras e de que ao final a CableInvest como sócia majoritária da autuada teria acordado com os devedores finais que os pagamentos fossem efetuados em favor de sua investida no Brasil para futuros aportes de capital.

Observa, por exemplo, que apesar da versão apresentada pela autuada para alienação de participações da Rede Record Minas, de que José Fernando Passos da Costa teria adquirido em 1992 quotas da atual Televisão Record do Rio de Janeiro Ltda junto a Marcos Pereira Cardoso, com empréstimo do exterior e depois as repassando para Carlos Alberto Rodrigues Pinto, em nenhum momento o nome dos mesmos constou das portarias emitidas pelo Ministério das Comunicações e de alterações societárias perante o órgão de registro de comércio, e que tal fato teria ocorrido por opção dos mesmos, ou seja, escolheu não figurar no quadro social da empresa por ele adquirida. Neste liame, questiona, como poderia alguém que não é o legítimo dono de uma participação societária, posteriormente aliená-la para terceiros? Como vender quotas de uma empresa que de direito não lhes pertencem?

Alega ainda que os contratos de mútuo celebrados em 1992 entre CableInvest e Investholding e José Fernando Passos da Costa, foram apresentados em cópias simples, com pontos ilegíveis, sem registro, com rubricas ilegíveis, com assinatura dos representantes das empresas sem identificação entre outras irregularidades apontadas, sendo o ponto mais gritante a falta de indicação do Banco emissor dos supostos cheques administrativos, não tendo sido comprovada a efetiva entrega de numerário ao mutuário.

Da mesma forma critica no item 1.4.1 do relatório a cessão de transferência de Carlos Alberto Rodrigues Pinto para Alfredo Paulo Filho em relação as quotas da Televisão Sociedade Ltda (Record Minas), com a ocorrência de pagamentos pelo comprador sem que haja a mudança de titularidade perante o Ministério das Comunicações e Junta Comercial e o direcionamento do numerário para a Unimetro (interveniente anuente).

Relata que nesta operação a procuradora da CableInvest e Investholding (Alba Maria Silva da Costa), também já foi sócia da Unimetro, é diretora da Record S/A e já foi sócia da Record Rio e da Record Minas.

Mais uma vez questiona o fato de Carlos Alberto Rodrigues Pinto não ser hábil juridicamente para vender as quotas, não fazendo sentido haver pagamentos para ele, muito menos pagamentos para a Unimetro, por conta de dívidas deste para com a CableInvest.

No item 1.4.1.4 (fls.1905) do termo de verificação fiscal elaborou quadro resumo confrontando DIPF/Instrumentos Particulares X Alterações Contratuais X Portarias do Ministério das Comunicações, verificando que os documentos de caráter oficial, divergem dos documentos e declarações sem formalidade de registro, haja vista que em relação as cotas da Record Minas (antiga Televisão Sociedade Ltda) não há registro das transações com José Fernando Passos da Costa e Carlos Alberto Rodrigues Pinto, o que descaracteriza qualquer tipo de recebimento por parte autuada, por dívidas dessas pessoas físicas com sua controladora no exterior (CableInvest Ltd).

Continuando seus questionamentos e contestações, a autoridade fiscal analisou no relatório as alienações das participações da Televisão Record do Rio de Janeiro (Record Rio) e também alega divergências entre instrumentos particulares (desprovidos e registro as operações perante a junta de comércio e Ministério das Comunicações.

Alega também aqui que os contratos de mútuo celebrados em 1992 entre CableInvest e Investholding e diversas pessoas físicas, foram apresentados em cópias simples, com ponto ilegíveis, sem registro, com rubricas ilegíveis, com assinatura dos representantes das empresas sem identificação entre outras irregularidades apontadas, sendo o ponto mais gritante a falta de indicação do Banco emissor dos supostos cheques administrativos, não tendo sido comprovada a efetiva entrega de numerário aos mutuários.

De forma resumida, no tocante a Televisão Record do Rio De Janeiro Ltda (Record Rio) os instrumentos particulares descrevem os seguintes passos:

Em 1992, Alba Maria Silva da Costa, João Monteiro de Castro dos Santos e, José Antônio Alves Xavier, assumem dívida com a CableInvest e a Investholding para aquisição de quotas da Record Rio.

Em 1994, Carlos Alberto Rodrigues Pinto compra as quotas da Record Rio e assume dívida das 3 pessoas físicas para com a CableInvest;

Em 20/12/2001 Carlos Alberto Rodrigues Pinto vende quotas para Adilson Higino da Silva, Antonio Carlos M. De Bulhões, Sidnei Marques, e para a Radio e Televisão Record S/A.

Em 27/01/2003 Carlos Alberto Rodrigues Pinto vende quotas remanescentes ainda em seu poder para a Radio e Televisão Record S/A.

Não obstante os instrumentos particulares, de acordo com as alterações societárias registradas não há registro da passagem das quotas de Carlos para Adilson, Antonio e Sidnei e para a Rádio e Televisão Record S/A em 2001, somente a passagem integral das quotas de Carlos para a Record S/A e Honorilton Gonçalves em 2003.

As portarias do Ministério das Comunicações também não apontam a transferências das quotas de Carlos para Adilson, Antonio e Sidnei, e nem ao menos a transferência da Carlos diretamente a Rádio e Televisão Record S/A.

Em relação ao depósito efetuado por Honorilton Gonçalves em favor da autuada entendeu a fiscalização que não restou comprovada a motivação de tal crédito, face a ausência de justificativa por parte da contribuinte razão pela qual presumiu-se a omissão de receita.

A partir do ponto 2.1 do relatório a autoridade lançadora passa a tecer considerações teóricas e doutrinárias acerca dos seguintes conceitos para respaldar o lançamento efetuado:

- i) Definição de documentos hábeis com capacidade probatória (Código Civil);*
- ii) Pessoas Ligadas (art. 465 do RIR/99);*
- iii) Princípio da Entidade (art. 4º da Resolução CFC 750/1993) para desacreditar os recebimentos da autuada em nome de sua controladora;*
- iv) Depósitos Bancários e Omissão de Receitas por Presunção (art. 42 da Lei nº 9.430/1996)*

Por fim, abre tópico para a qualificação da multa de ofício (150%), cuja aplicação estaria autorizada no caso concreta diante da constatação de atos simulados com intuito de impedir ou ocultar a ocorrência do fato gerador de exações federais.

Em sua impugnação a contribuinte ataca o libelo acusatório por meio dos pontos que se passam a discorrer.

Preliminarmente ataca o mandado de procedimento fiscal (MPF) alegando que as pessoas físicas e jurídicas elencadas no termo de verificação fiscal são totalmente estranhas à fiscalização realizada, se tratando de terceiros que não possuem qualquer interesse na ação fiscal.

Como pode se solicitar a fiscalizada informações e documentos pretéritos que são da lavra de terceiros, dos quais ela não teve qualquer participação e, portanto, não fazem parte de seus arquivos? Alega, que para obtenção desses dados caberia a autoridade fiscal ter emitido MPFD no nome destes terceiros, conforme previsto na Portaria SRF nº 1256/99, não podendo ser imputada a autuada a responsabilidade por tais informações.

Em consequência o ato praticado nas intimações de 21/08/2009 e 28//08/2009 deve ser declarado nulo de pleno direito por falta de amparo legal e por vício insanável.

Afirma que em decorrência deste ato foi obrigada a socorrer-se de das mais variadas pessoas físicas e jurídicas para solicitar empréstimos de documentos em uni curtíssimo espaço de tempo até mesmo extrair cópias de processos arquivados junto ao Ministério Público Estadual e Federal, objeto de análise tantos pelos mencionados órgão quanto pela RFB (fls 1481 a 1496) em 2006 e 2007.

Pondera que a desconsideração pela fiscalização dos documentos apresentados (instrumentos particulares), que foram por ela solicitados, revela nítida intenção de prejudicar a fiscalizada.

Ainda em suas preliminares abre tópico sobre decadência parcial do lançamento para eventos ocorridos antes de 30/10/2004.

Quanto ao mérito relata ter restado comprovado que toda sua movimentação financeira, recebida por conta e ordem da controladora nos períodos autuados, estaria destinada a aporte de capital, não se caracterizando como receitas da atividade. Junta atas e documentos comprobatórios dos aportes, devidamente registrados no BACEN e assevera que seus registros contábeis corroboram tal afirmação.

O recebimento pela autuada de valores devidos a sua controladora estaria amparado em TERMO DE AUTORIZAÇÃO E RATIFICAÇÃO (ANEXO XV da Impugnação fls.1735 a 1738), o qual foi celebrado em 17/12/2009.

Pontua que os documentos apresentados corroboram que a autuada jamais participou de qualquer compra ou venda das empresas objeto dos contratos (Record Rio e Record Minas), ficando bem claro, que os valores recebidos, o foram por conta e ordem da CableInvest, para aporte de capital.

Passa então a referenciar analiticamente cada um dos valores depositados em suas contas bancárias em 2004 e 2005, identificando seus depositantes Adilson Higino da Silva, Antonio Carlos M. De Bulhões, Sídney Marques, Carlos Alberto Rodrigues Pinto, Alfredo Paulo Filho e Radio e Televisão Record S/A e atrelando-os aos instrumentos particulares entregues em resposta aos termos de intimação de 21/08/2009 e 28/08/2009 e que foram novamente juntados na impugnação, de forma catalogada.

Critica a exiguidade prazo para atendimento dos termos de intimação de 21/08/2009 e 28/08/2009 e alega que houve retenção por parte da RFB (Termo de Retenção de Documentos Fiscais) dos documentos apresentados no curso da fiscalização para fins de representação fiscal para fins penais, o que acarretou cerceamento de defesa. Informa que já foi fiscalizada entre 2006 e 2007 acerca das mesmas operações, objeto da presente autuação e que nenhuma irregularidade foi constatada naquela oportunidade (fls 1482 a 1496).

Reitera inúmeras vezes a crítica atinente a demonstrações documentais e financeiras (transferência de numerários) que somente poderiam ser feitas por terceiros, haja vista tais transações não terem a participação da autuada.

Alardeia que a autuação fiscal foi mal preparada e que autoridade fiscal não reuniu conjunto de indícios suficientemente aptos a caracterização da presunção de omissão de receitas, sendo contraditórios os argumentos da fiscalização, acarretando via de consequência a nulidade do lançamento, e até mesmo a possibilidade de instauração de procedimento disciplinar para apuração de irregularidade funcional.

Refuta as ilações feitas no termo de verificação fiscal acerca de simulações, interposição de pessoas e outras acusações de conduta, e outras atitudes que aos olhos fiscalização caracterizariam dolo da autuada.

Rechaça, ainda os vícios de forma alegados pela fiscalização quanto aos documentos apresentados (instrumentos particulares) citando os arts. 421 e 422 do Código Civil Brasileiro (liberdade de contratar, função social do contrato, princípio da probidade e boa fé), já que os mesmos eram dotados de partes capazes, objeto lícito e possível, forma escrita.

Destaca ainda comentários da doutrina civilista sobre a matéria em questão, bem como os arts. 212, II, e 219 do mesmo diploma para atestar o valor probante dos documentos disponibilizados.

Ataca a ocorrência da hipótese prevista no art. 42 da Lei nº 9.430/96 no caso concreto, alegando que não basta a existência de valores creditados em conta bancária, para caracterizar a presunção deve ficar claro que o contribuinte não consegue demonstrar a origem desses valores, sendo que tal cenário não se aplicaria a autuada, por conta das provas da origem dos recursos ingressados, apresentadas no curso da fiscalização.

Inferre que a autoridade fiscal não comprovou o nexo causal entre os depósitos e a omissão de rendimento.

Relata que o termo de intimação fiscal de 17/02/2009 foi claro ao apontar que as instituições financeiras forneceram a Receita Federal, a movimentação financeiras, da autuada em 2004 e 2005 com base na arrecadação da CPMF, caracterizando quebra de sigilo bancário sem o devido processo judicial. A partir desta constatação, passa a refutar a legalidade/constitucionalidade dos dispositivos legais que regem tal procedimento, concluindo que o mesmo maculou por completo a fiscalização efetuada.

Guerreia a aplicação da multa de 150%, pois em nenhum momento ficou caracterizado evidente intuito de fraude. A simples ocorrência do fato gerador de tributos federais não implica tal qualificação, que somente se justifica nos casos tipificados pelos art. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, não havendo referida subsunção no cenário objeto da autuação.

Em suma, argui que a mera constatação de omissão de receitas por presunção não permite aplicação da multa qualificada.

Finaliza a impugnação protestando pela realização de perícia para os documentos, bem como a verificação da assinatura destes documentos, e ainda pela autenticação dos documentos apresentados em cópia simples e ao final pede pela improcedência total dos lançamentos efetuados.

Analisando a questão, o órgão julgador a quo entendeu por rejeitar as preliminares suscitadas e manter integralmente a autuação, sob o fundamento de que restou demonstrada a omissão de receita, a ocorrência hipótese prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430/96 e a presença dos pressupostos autorizadores da aplicação de multa de 150%, que restou assim ementada:

O órgão julgador a quo entendeu por julgar procedente o auto de infração, nos seguintes termos:

*"Assunto: Imposto Sobre a Renda de Pessoa Jurídica Ano-
Calendário:2004, 2005.*

DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA.

Não tendo havido o pagamento antecipado do imposto em tela, conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o pagamento poderia ter sido efetuado. Preliminar indeferida.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITO BANCÁRIO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

A Lei nº 9.430/96, no seu artigo 42, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto

correspondente, sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou investimento. Deve também ser provado que a origem dos depósitos tem relação com operações com motivação econômica.

DOCUMENTOS HÁBEIS

Os instrumentos particulares, firmados entre pessoas físicas ou jurídicas, provam as obrigações convencionais de qualquer valor, mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrados no registro público.

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO.

O lançamento se baseou na legislação aplicável, não havendo a ilegalidade alegada. A questão da constitucionalidade e da observância de princípios constitucionais levantadas constituem matérias que ultrapassam os limites da competência para julgamento na esfera administrativa, matérias estas reservadas ao Poder Judiciário.

PEDIDO DE PERÍCIA.

A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entende-las necessárias, indeferindo as que entender prescindíveis ou impraticáveis.

AUTOS REFLEXOS — PIS, COFINS, CSLL- O decidido, no mérito do IRPJ, repercute na tributação reflexa

Impugnação Improcedente. Crédito Tributário Mantido.

O Contribuinte interpôs Recurso Voluntário, reiterando os argumentos anteriormente expostos.

Analisando a questão a 4º Câmara/ 1ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, proferiu acórdão, assim emendado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano calendário: 2004, 2005

DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA.

Não tendo havido o pagamento antecipado do imposto em tela, conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o pagamento poderia ter sido efetuado. Preliminar indeferida.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITO BANCÁRIO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

A Lei nº 9.430/96, no seu artigo 42, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou investimento. Deve também ser provado que a origem dos depósitos tem relação com operações com motivação econômica.

DOCUMENTOS HÁBEIS

Os instrumentos particulares, firmados entre pessoas físicas ou jurídicas, provam as obrigações convencionais de qualquer valor, mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrados no registro público.

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO.

O lançamento se baseou na legislação aplicável, não havendo a ilegalidade alegada. A questão da constitucionalidade e da observância de princípios constitucionais levantadas constituem matérias que ultrapassam os limites da competência para julgamento na esfera administrativa, matérias estas reservadas ao Poder Judiciário.

AUTOS REFLEXOS — PIS, COFINS, CSLL O decidido, no mérito do IRPJ, repercute na tributação reflexo

Inconformada, o contribuinte opôs Embargos de Declaração, alegando em síntese que o acórdão recorrido incorreu em obscuridade e omissão eis que não ocorreram as hipóteses dos arts. 71, 72 ou 73 da Lei nº 4502/64 que justificassem a qualificação da penalidade aplicada.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator Maurício Pereira Faro

Primeiramente, os embargos são tempestivos, motivo pelo qual os recebo nos termos da lei.

O Embargante sustenta haver omissão e obscuridade no acórdão embargado, argumentando que não foi analisado o argumento de que a autoridade fiscalizadora não teria individualizado os depósitos que supostamente haviam sido omitidos, bem como de que a não comprovação da origem dos recursos pretensamente depositados não enseja a aplicação de multa qualificada e omissão quanto a não observância da Súmula ° 25 do CARF.

No que se refere a afirmação de que houve omissão/obscuridade em razão da falta de análise da falta de individualização dos depósitos, entendo que os presentes embargos não merecem prosperar haja vista que essa questão restou analisada no acórdão ora embargado, sendo certo que pretende o embargante tão somente rediscutir a matéria, sendo certo que os embargos de declaração não são o instrumento adequado para tanto.

No que tange a aplicação da multa qualificada, entendo que assiste razão ao embargante.

Inicialmente, esclareço que, nos casos em que a omissão influencie a conclusão apontada no voto embargado, o saneamento da omissão pode levar a excepcional concessão de efeitos infringentes aos embargos de declaração.

Nesse sentido, já decidiu essa egrégia Turma, no julgamento dos embargos de declaração opostos no processo nº 19515.001038/2007-11 de Relatoria do Conselheiro Antônio Bezerra Neto:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Anocalendarário:

2001, 2002

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Embargos de Declaração conhecidos e providos em parte. Os embargos de declaração não são considerados o veículo adequado para a discussão do inconformismo da Recorrente, pois eventual inconformismo do embargante deve ser objeto de discussão nos meios processuais cabíveis.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO QUANTO AO SUJEITO PASSIVO. EFEITOS INFRINGENTES.

Suprida a contradição e omissão, os elementos dos autos permitem concluir que os dados extraídos das bases de dados dizem respeito à outra empresa e não à embargante, motivo pelo qual o auto de infração deve ser cancelado. (acórdão 1401000.915)

Analisando o presente caso concreto e considerando o posicionamento que venho adotando no que se refere a aplicação de multa qualificada, entendo que a aplicação de multa qualificada decorreu da adoção de um erro de premissa.

Isso porque, para a aplicação de multa qualificada entendo que são necessárias demonstrações claras de que o contribuinte autuado agiu com dolo, por intermédio de interposta pessoa, dentre outras possibilidades.

Ainda que possamos levantar questionamentos quanto a origem dos depósitos e a capacidade contributiva das empresas/pessoas jurídicas que efetivaram os mesmos, tal situação não se refere, tampouco comprova o dolo do ora Embargante.

Nesse sentido, não verifico qualquer ato que demonstre o dolo explícito praticado expressamente pelo embargante, que não se valeu de interpostas pessoas, laranjas, notas calçadas, etc...

Para a Fiscalização aplicar a multa qualificada, há que restar provado, ao menos, a existência da sonegação ou da fraude. Tanto a fraude quanto a sonegação correspondem, segundo os art. 71 e 72, da Lei nº 4.502/64, a atos comissivos ou omissivos que visem impedir ou retardar a constituição do crédito tributário ou a sua satisfação. Depreende-se, ainda, da leitura dos dispositivos acima transcritos que, para aplicar a multa qualificada, é necessário observar a existência do elemento subjetivo — dolo — para caracterizar o intuito (dolo direto), ou o risco assumido (dolo indireto), de fraudar ou de sonegar.

É o que se depreende, inclusive, da leitura de dispositivos da Lei n.º 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, nos seguintes termos:

“Artigo 1º - Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

(...)

II - FRAUDAR a fiscalização tributária, INSERINDO ELEMENTOS INEXATOS, OU OMITINDO OPERAÇÃO DE QUALQUER NATUREZA, EM DOCUMENTO OU LIVRO EXIGIDO PELA LEI FISCAL;

(...).”

“Artigo 2º - Constitui crime da mesma natureza:

I - FAZER DECLARAÇÃO FALSA OU OMITIR DECLARAÇÃO SOBRE RENDAS, BENS OU FATOS, OU EMPREGAR OUTRA FRAUDE, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

(...).”

(não destacados no original).

Como se percebe pela simples leitura do inciso II do artigo 1º da Lei n.º 8.137/90, fraudar a fiscalização tributária significa **inserir elementos inexatos ou omitir operação de qualquer natureza em documento ou livro exigido pela lei fiscal**. Da mesma forma, o inciso I do artigo 2º desta lei deixa bem claro que o núcleo do tipo correspondente à fraude fiscal é a **falsidade**.

Ora, se a fraude pressupõe a apresentação pelo sujeito passivo de elementos falsos ou a omissão de ato sobre o qual a administração tributária deveria ter ciência, é certo

que a autoridade autuante, para impor a multa qualificada, deve apontar com toda a precisão os elementos que demonstrem a fraude.

O fundamento para a lavratura do presente auto de infração foi a não comprovação da origem dos recursos que alegadamente ingressaram nas contas bancárias do Contribuinte.

Todavia, entendo que tal situação não justifica a aplicação de penalidade qualificadora, mas somente permite ao Fisco presumir a omissão de receitas, conforme já sumulado por este douto Conselho, *in verbis*:

Súmula nº 25 do CARF: A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Por fim, cumpre ressaltar que não restou comprovado pela Receita a ocorrência de sonegação, fraude ou conluio praticados pela Embargante, sendo assim não deve-se qualificar a multa aplicada.

Deste modo, conheço dos embargos de declaração e os acolho em parte, com efeitos infringentes, reduzindo a multa aplicada para o patamar de 75% do valor do lançamento.

É como voto.

Maurício Pereira Faro - Relator