



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

Processo nº 19515.720088/2011-79
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 1401-001.105 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de dezembro de 2013
Matéria IRPJ /Reflexos
Recorrente ADEM ASSESSORIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS E VALORES CREDITADOS EM CONTA BANCÁRIA. ORIGEM NÃO COMPROVADA. ÔNUS DA PROVA.

A Lei nº 9.430/96, em seu art. 42, estabeleceu a 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 corrente ou de investimento.

OMISSÃO DE RECEITA. CESSÃO DE DIREITOS.

Não Caracterizam omissão de receitas os valores recebidos de cessão de direitos de créditos contra Eletrobrás quando apesar de não declarados em DIPJ não foram ainda oferecidos à tributação em função de tais direitos ainda estarem sendo discutidos judicialmente não podendo ser quantificado o ganho de capital.

MÚTUO - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. O valor correspondente à entrega e o recebimento de mútuo deve ser comprovado por documentação hábil e idônea nas respectivas datas de entrega e recebimento dos valores

MULTA AGRAVADA. DESCABIMENTO.

Não tendo de uma forma geral o contribuinte se negado a colaborar com a fiscalização, nem ficado caracterizada a tentativa de obstaculizar a fiscalização, conquanto não tenha tido condições de atendê-las plenamente, descabe o agravamento da multa, mormente quando a fiscalização dispunha de elementos fornecidos pelo próprio contribuinte que subsidiaram à apuração da matéria tributável.

AUTOS REFLEXOS. PIS. COFINS. CSLL.

O decidido quanto ao IRPJ aplica-se à tributação dele decorrente

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, REJEITARAM as preliminares de nulidade e, no mérito, DERAM provimento parcial ao recurso, nos seguintes termos: I) Por unanimidade de votos, deram provimento, nos termos do voto do relator; II) Por maioria de votos, DERAM provimento em maior extensão que o relator para excluir da base de cálculo o depósito de R\$ 330.000,00, nos termos do voto do redator designado. Vencido o Conselheiro Antonio Bezerra Neto (Relator). Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Alexandre Antonio Alkmim Teixeira.

(assinado digitalmente)

Jorge Celso Freire da Silva – Presidente

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto – Relator

(assinado digitalmente)

Alexandre Antonio Alkmim Teixeira – Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Bezerra Neto, Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Maurício Pereira Faro, Sérgio Luiz Bezerra Presta e Jorge Celso Freire da Silva.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de SÃO PAULO I-SP.

Adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância, compondo em parte este relatório:

Em decorrência de ação fiscal levada a efeito junto ao contribuinte acima identificado e, em razão de irregularidades apuradas, foram lavrados 4 (quatro) Autos de Infração, em 04/05/2011, com ciência dada em 10/05/2011.

2. Foram constituídos os seguintes créditos tributários: IRPJ => R\$2.670.656,56; CSLL => R\$977.901,99; PIS => R\$128.862,44 e COFINS => R\$594.750,57.

3. Totalizaram, portanto, tais lançamentos, a importância de R\$4.372.171,56, aí incluídos os valores dos tributos, das multas de ofício e dos juros de mora (estes calculados até 29/04/2011). Os enquadramentos legais utilizados para fundamentar as autuações encontram-se nos respectivos autos de infração.

4. A fiscalização apresenta, por meio do "Termo de Verificação" (TV), resumidamente, o seguinte.

4.1. Conforme previsto no contrato social o contribuinte tem por objeto social: "A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA EMPRESARIAL NA ÁREA DE MARKETING E DECORAÇÃO DE INTERIORES, INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÃO EM OUTRAS SOCIEDADES, BEM COMO A ADMINISTRAÇÃO DE BENS PRÓPRIOS, SENDO VEDADA A PRESTAÇÃO DE QUALQUER SERVIÇO QUE PELA NATUREZA VENHA DEPENDER DE AUTORIZAÇÃO E REGISTRO ESPECIAL".

4.2. A fiscalização teve início em 18/03/2010, com a lavratura e ciência ao contribuinte do Termo de Início de Procedimento Fiscal, onde foram solicitados, entre outros documentos, os livros fiscais/comerciais e os extratos bancários relativos às contas mantidas nos bancos pelo contribuinte, no período de janeiro a dezembro de 2007.

4.3. Os livros e os extratos foram apresentados em 03/05/2010; porém, as cópias dos extratos (Bradesco e Luso Brasileiro) não eram de padrão uniforme, apresentavam sobreposição de datas em folhas diferentes, ocasionando perda de sequência e conseqüente dificuldade de análise.

4.4. Em 21/06/2010 foi lavrado o Termo de Reintimação nº 1, solicitando que fossem apresentados os extratos originais, completos e organizados seqüencialmente. E, alertava que o não atendimento da intimação poderia configurar embargo à fiscalização.

4.5. Em 27/07/2010, o contribuinte apresentou cópias dos mesmos extratos bancários que já haviam sido apresentados. Em decorrência disso, foi lavrado, pela fiscalização, o Termo de Embargo à Fiscalização, com ciência dada ao contribuinte em

06/08/2010. Em 17/08/2010, o contribuinte, através de seu advogado, apresentou a contestação ao termo lavrado.

4.6. Foi solicitado ao contribuinte que elaborasse um demonstrativo dos depósitos efetuados em suas contas correntes, no período de 01/01/2007 a 31/12/2007 e, que fossem apresentadas as cópias dos extratos bancários. Em 15/09/2010 foi apresentada uma lista dos depósitos, porém, nenhum extrato foi entregue naquela data.

4.7. Foi obtida a (Requisição de Movimentação Financeira - RMF) e enviada aos bancos Bradesco e Luso Brasileiro, em 03/11/2010. Os bancos apresentaram os extratos em 25/11/2010 e 29/11/2010, respectivamente.

4.8. "Foi lavrado em 07/12/2010, o Termo de reintimação nº 2, no qual todos os depósitos efetuados por terceiros, nas contas correntes do contribuinte foram ordenados, seqüencialmente por data. O sujeito passivo foi intimado a comprovar com documentos hábeis e idôneos as origens de cada um dos depósitos recebidos".

4.9. "Em resposta, datada de 17/12/2010, o contribuinte não se manifestou com relação a alguns dos depósitos, os quais foram considerados como omissão de receita nos termos do artigo 42 da Lei 9.430/96".

4.10. "Quanto aos demais depósitos, o contribuinte declarou que alguns dos valores recebidos em sua conta corrente são oriundos de contratos de mútuos, enquanto outros se referem a amortizações de dívidas, e, ainda, valores recebidos da Eletrobrás por outros contribuintes e repassados a este sujeito passivo".

4.11. "Foram anexados os seguintes documentos: instrumentos particulares de contrato de mútuo; escrituras de confissão de dívida, com alienação fiduciária; escritura de cessão de direitos".

4.12. "Embora tenha apresentado os documentos mencionados acima, o sujeito passivo não obteve êxito em comprovar o vínculo entre as operações financeiras alegadas e os depósitos recebidos em sua conta corrente".

4.13. "Mais uma oportunidade de comprovação da origem dos depósitos recebidos em sua conta corrente foi dada ao contribuinte ao ser intimado, por intermédio do Termo de Intimação Fiscal nº 3, lavrado em 01/03/2011, a comprovar o vínculo entre os documentos apresentados e os depósitos recebidos em sua conta corrente".

4.14. O contribuinte solicitou adiamento por cinco dias, findos os quais, não se manifestou. "Foi lavrado o Termo de Embaraço à Fiscalização em 28/03/2011 e recebido pelo contribuinte em 31/03/2011, nos termos dos artigos 33, inciso I e do artigo 44 § 2º da Lei 9.430/96. Em 26/04/2011, após a lavratura e o recebimento do termo, o sujeito passivo apresentou resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 3, fora do prazo".

DA OMISSÃO DE RECEITAS

4.15. "Dentre os depósitos efetuados por terceiros, nas contas correntes do contribuinte, de acordo com as informações fornecidas pelas instituições bancárias, e relacionados no Termo de reintimação nº 2 para as devidas comprovações, apenas alguns foram mencionados na resposta dada pelo contribuinte em 17/12/2010. Os depósitos constam da Tabela - Depósitos bancários sem comprovação apresentada abaixo":

Processo nº 19515.720088/2011-79
Acórdão n.º 1401-001.105

S1-C4T1
Fl. 521

Tabela - Depósitos bancários sem comprovação

Data	Banco	Histórico no extrato bancário	Histórico no Livro Diário	Depósitos	Classificação
11/01/2007	Bradesco	TED - Transf. Elet. - remetente: Lapa, Silves A A	Transferencia entre contas	5.750,00	Contrato de Mútuo
24/01/2007	Bradesco	Depósito CC BDN	Transferencia entre contas	200,00	Sem tentativa de comprovação
05/02/2007	Bradesco	TED - Transf. Elet. -remetente: Lapa, Silves A A	Transferencia entre contas	330.000,00	Contrato de Mútuo
08/02/2007	Bradesco	Depósito CC Autoat	Transferencia entre contas	300,00	Sem tentativa de comprovação
14/02/2007	Bradesco	Transf. Autoriz entre Ags	Transferencia entre contas	500,00	Sem tentativa de comprovação
23/02/2007	Bradesco	Ref A Dev de Documento	Não contabilizado	540,20	Sem tentativa de
05/03/2007	Bradesco	SERFINAN CONSULTORIA E S LTDA	Transferencia entre contas	1.208,15	Escritura de confissão de dívida
15/03/2007	Bradesco	Depósito CC Autoat Ag02249	Transferencia entre contas	30.000,00	Escritura de confissão de dívida
15/03/2007	Bradesco	Depósito CC Autoat Ag02249	Transferencia entre contas	170,00	Escritura de confissão de dívida
21/03/2007	Bradesco	Depósito CC Autoat Ag00133	Não contabilizado	33.300,00	Escritura de - confissão de dívida
17/04/2007	Bradesco	Depósito CC Autoat	Transferencia entre contas	36.963,56	Escritura de confissão de dívida
17/04/2007	Bradesco	Depósito CC Autoat	Transferencia entre contas	4.627,64	Escritura de confissão de dívida
27/04/2007	Bradesco	Depósito CC Autoat	Transferencia entre contas	530.000,00	Contrato de Mútuo
23/05/2007	Luso Brasileiro	TED TRANSF DIF TITULARIDADE - 399 913 9131713306 SERFINAN CONSULTORIA EMPRESARIA	Transferencia entre contas	29.767,93	Escritura de cessão de direitos
28/05/2007	Bradesco	DEP DINHEIRO	Empréstimo conforme contrato de Mútuo	6.475.000,00	Contrato de Mútuo
13/06/2007	Bradesco	Deposito em dinheiro	Transferencia entre contas	1.850,00	Sem tentativa de comprovação
14/06/2007	Bradesco	Depósito CC Autoat	Transferencia entre contas	800,00	Sem tentativa de comprovação
18/06/2007	Luso Brasileiro	TED TRANSF DIF TITULARIDADE - 237 3089 0000000001 ANTÔNIO LUIZ CORRÊA LAPA	Não contabilizado	360.000,00	Contrato de Mútuo
27/06/2007	Bradesco	Transf Entre Agenc Din	Transferencia entre contas	150,00	Sem tentativa de comprovação
28/06/2007	Bradesco	Depósito CC Autoat	Transferencia entre contas	600,00	Sem tentativa de comprovação
12/07/2007	Luso Brasileiro	DOC E COMPENSADO - 237 3089 0000003816 LAPA. ADVOGADOS ASSOCIADOS	Não contabilizado	500,00	Sem tentativa de comprovação
13/07/2007	Bradesco	Deposito em dinheiro	Transferencia entre contas	2.550,00	Sem tentativa de comprovação
10/08/2007	Bradesco	Depós Cc Autoat Ag03089	Transferencia entre contas	5.476,67	Sem tentativa de comprovação
14/08/2007	Bradesco	Depós Cc Autoat Ag03089	Transferencia entre contas	400,00	Sem tentativa de comprovação
24/08/2007	Bradesco	Depós Cc Autoat Ag03089	Transferencia entre contas	300,00	Sem tentativa de comprovação
12/09/2007	Bradesco	Doe Credito Automático* Lapa Advogados Associados Ltda	Transferencia entre contas	2.650,00	Contrato de Mútuo
25/09/2007	Bradesco	Deposito em Dinheiro	Transferencia entre contas	200,00	Sem tentativa de comprovação
10/10/2007	Bradesco'	Depós Cc Autoat Ag00134	Transferencia entre contas	1.800,00	Sem tentativa de - comprovação.
15/10/2007	Bradesco	Doe Credito Automático* Lapa Advogados Associados Ltda	Transferencia entre contas	2.600,00	Contrato de Mútuo
30/10/2007	Bradesco	Depós Cc Autoat Ag03089	Transferencia entre contas	200,00	Sem tentativa de . comprovação

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/09/2001

Autenticado digitalmente em 14/07/2014 por ALEXANDRE ANTONIO ALKIMIM TEIXEIRA, Assinado digitalmente em 16/09/2014 por JORGE CELSO FREIRE DA SILVA, Assinado digitalmente em 14/07/2014 por ALEXANDRE ANTONIO ALKIMIM TEIXEIRA, Assinado digitalmente em 27/08/2014 por ANTONIO BEZERRA NETO
Impresso em 16/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

07/11/2007	Bradesco	Deposito em Dinheiro	Transferencia entre contas	150,00/	Sem tentativa de comprovação
13/11/2007	Bradesco	Deposito em Dinheiro	Transferencia entre contas	2.540,00	Sem tentativa de comprovação
27/11/2007	Bradesco	Depós Cc Autoat Ag03089	Transferencia entre contas	200,00	Sem tentativa de comprovação
11/12/2007	Bradesco	Depósito em Dinheiro	Transferencia entre contas	100,00	Sem tentativa de comprovação
26/12/2007	Bradesco	Deposito em Dinheiro	Transferencia entre contas	300,00	Sem tentativa de comprovação

4.16. "A documentação apresentada em resposta ao Termo de reintimação nº 2 relaciona apenas alguns depósitos, associando-os aos anexos I a VI, sob a seguinte classificação: Anexo I - Contrato Mútuo; Anexo II - Amortização de Dívida; Anexo III - Escritura de cessão de direitos (Valores recebidos da Eletrobrás e repassados); Anexo IV - Amortização de Dívida; Anexo V - Contrato Mútuo; Anexo VI - Contrato Mútuo".

4.17. "Os depósitos para os quais o contribuinte apresentou documentos foram relacionados no Termo de Intimação Fiscal nº 3 de 1º de março de 2011. Foi oferecida ao contribuinte a oportunidade de comprovar com documentos hábeis e idôneos o vínculo existente entre os documentos apresentados em sua resposta ao Termo de reintimação nº 2 e os depósitos recebidos em sua conta corrente".

6. Contratos de mútuo (Anexos I, V, VI)

4.18. "Com relação aos Contratos de mútuo (Anexos I, V, VI): Para que o contrato de mútuo gere efeitos erga omnes, o Código Civil de 1916 (art. 135) e atual Código Civil - Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 - (art. 221) consagram o princípio da publicidade como indispensável para que os efeitos do instrumento particular recaiam sobre terceiros, ainda que o instrumento particular esteja assinado por duas testemunhas. Prescreve o art. 221 do Código Civil".

4.19. "Ainda com relação aos Contratos de mútuo, ressaltamos que a incidência do IOF sobre os contratos de mútuo entre pessoa jurídica não atuante no setor financeiro e pessoa física veio com o advento da Lei nº 9.779 de 19 de janeiro de 1999".

4.20. "Mesmo em sua resposta extemporânea de 26/04/2011, o contribuinte não logrou êxito em comprovar a existência de registros contábeis referentes a juros ativos e ao recolhimento do IOF correspondente aos contratos de mútuo".

Amortização de Dívida (Anexos II, IV)

4.21. "Com relação aos depósitos, os quais o contribuinte associou, por meio de Escritura de confissão de dívida, a dívidas assumidas por terceiros em favor da ADEM Assessoria Ltda, esperava-se que sendo um empréstimo concedido pelo contribuinte em ano anterior ao ano-calendário, deveria estar consignado em sua Contabilidade na forma de um direito a receber".

4.22. "A norma contábil preceitua que o registro de direitos contra terceiros deva constar do Ativo Circulante ou Realizável a longo prazo do Balanço Patrimonial e que a

Receita financeira auferida por conta dos recebimentos de parcelas das dívidas seja publicada na Demonstração de Resultado do Exercício. Entretanto, estas contas não constam da Contabilidade da ADEM Assessoria Ltda".

4.23. "Esperava-se também que, na condição de credor, o contribuinte dispusesse de métodos de contabilização das amortizações e os juros ativos recebidos, de modo a estabelecer vínculo entre os depósitos recebidos e as dívidas especificadas nas referidas escrituras. Porém estes registros contábeis também não constam da Contabilidade".

4.24. "Pelo exposto, concluímos que o sujeito passivo não logrou êxito em comprovar a causa ou a motivação dos recursos creditados em suas contas bancárias, quer pela apresentação de documentos fiscais, quer pela sua escrituração contábil, pois na condição de mutuante, os direitos decorrentes das operações de mútuo deveriam estar classificadas no Ativo circulante ou no Realizável a Longo Prazo, conforme a data prevista para liquidação da obrigação por parte do mutuário, assim como a contabilização dos tributos incidentes sobre as operações de mútuo".

Escritura de cessão de direitos (Anexo III)

4.25. "Com relação aos depósitos relacionados na Tabela III.2 - Demais Receitas omitidas apresentadas abaixo, os quais o contribuinte associou, a valores recebidos da Eletrobrás repassados, por meio de Escritura de cessão de direitos, o contribuinte foi intimado, por meio do Termo de intimação fiscal nº 3, a comprovar, com documentos hábeis e idôneos, a origem dos depósitos, apresentando as decisões administrativas ou judiciais que possibilitaram o levantamento das referidas quantias, o nº do CICE e a quantidade de Ups, de modo a permitir o cálculo do ganho de capital auferido".

4.26. "Em virtude do não-recebimento da devida comprovação, nem mesmo em sua resposta de 26/04/2011, do valor de aquisição dos títulos relacionados na Tabela III.2 - Demais Receitas omitidas acima, que nos permitiria calcular o ganho de capital destas operações financeiras, as receitas relacionadas acima foram acrescidas integralmente à base de cálculo do IRPJ, conforme determinam os artigos 521 e 528 do RIR/99".

Tabela III.2 - Demais Receitas omitidas

Data | Banco | Histórico no Livro Diário | Depósitos | Classificação, Histórico no extrato, bancário

19/03/2007	Luso Brasileiro	TED TRANSF DIF TITULARIDADE - 356 0377 0000008704 COFAP FABRICADORA DE PECAS ' LTD	Deposito referente a venda da posição acionaria Eletrobrás	422.072,45	Escritura de cessão de direitos
23/03/2007	Luso Brasileiro	TED TRANSF DIF TITULARIDADE - 356 0377 0000008704 COFAP FABRICADORA DE PECAS LTD	Deposito referente a venda da posição acionaria Eletrobrás	307.749,51	Escritura de cessão de direitos
16/04/2007	Luso Brasileiro	TED TRANSF DIF TITULARIDADE - 356 0377 0000008704 COFAP FABRICADORA DE PECAS LTD	Deposito referente a venda da posição acionaria Eletrobrás	179.370,75	Escritura de cessão de direitos
20/04/2007	Luso Brasileiro	TED TRANSF DIF TITULARIDADE - 356 0377 0000008704 COFAP FABRICADORA DE PECAS LTD	Deposito referente a venda da posição acionaria Eletrobrás	335.496,38	Escritura de cessão de direitos

1.244.689,09

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

Autenticado digitalmente em 14/07/2014 por ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA, Assinado digitalmente

em 16/09/2014 por JORGE CELSO FREIRE DA SILVA, Assinado digitalmente em 14/07/2014 por ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA, Assinado digitalmente em 27/08/2014 por ANTONIO BEZERRA NETO

Impresso em 16/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

4.27. "Além disso, constatamos que no livro Diário estes depósitos, que perfazem o valor de R\$ 1.244.689,09 (hum milhão, duzentos e quarenta e quatro mil, seiscentos e oitenta e nove reais e nove centavos), encontram-se escriturados, como sendo provenientes de "Deposito referente à venda da posição acionaria Eletrobrás", porém, não são oferecidos à tributação, nem na Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), nem na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ). Desta forma, configura-se, o crime contra a ordem tributária previsto no artigo 1º, inciso II da Lei nº 3.137/99 c/c o artigo 71 da Lei 4.502/64".

MULTAS APLICADAS

4.28. "Em função da verificação por parte desta fiscalização de omissão de receitas, conforme demonstrado neste Termo de Verificação, foram aplicadas as seguintes multas de ofício":

a) "75% (setenta e cinco por cento), em cumprimento ao disposto no artigo 44, I da Lei nº 9.430/1996, apurados sobre os depósitos bancários sem comprovação, relacionados na Tabela deste Termo"; "Acréscimo de 50%, perfazendo o percentual de 112,5% (cento e doze e meio por cento), em cumprimento ao disposto no artigo 44, §2º da Lei nº 9.430/1996, apurados sobre os depósitos bancários sem comprovação, relacionados na Tabela III. 1 deste Termo, em virtude do não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para prestar esclarecimentos ao Termo de intimação nº 3";

b) "75% (setenta e cinco por cento), em cumprimento ao disposto no artigo 44, I da Lei nº 9.430/1996, apurados sobre as demais receitas omitidas, relacionadas na Tabela III.2, deste Termo".

"Duplicação da multa, passando o percentual aplicável para 150% (cento e cinquenta por cento), em cumprimento ao disposto no artigo 44, §1º da Lei nº 9.430/1996, apurados sobre as demais receitas omitidas, relacionadas na Tabela III.2 deste Termo, em virtude da sonegação, prevista no artigo 71 da Lei nº 4.502/64, dos depósitos referentes à venda da posição acionária da Eletrobrás, escrituradas no livro Diário, mas omitidas nas declarações da DIPJ e da DCTF";

"Acréscimo de 50%, passando o percentual aplicável para 225% (duzentos e vinte e cinco por cento), em cumprimento ao disposto no artigo 44, §2º da Lei nº 9.430/1996, apurados sobre as demais receitas omitidas, relacionadas na Tabela III.2 deste Termo, em virtude do não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para prestar esclarecimentos ao Termo de intimação nº 3";

"Para os depósitos bancários não contabilizados, foram aplicadas as multas de 112,5% (cento e doze e meio por cento) sobre o tributo principal e seus reflexos, de acordo com os artigos 957 e 959 do Decreto nº 3.000/99 (RIR/99), e para as demais receitas omitidas por sonegação, as multas foram de 225,0% (duzentos e vinte e cinco por cento)".

IMPUGNAÇÃO

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

Autenticado digitalmente em 14/07/2014 por ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA, Assinado digitalmente

em 16/09/2014 por JORGE CELSO FREIRE DA SILVA, Assinado digitalmente em 14/07/2014 por ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA, Assinado digitalmente em 27/08/2014 por ANTONIO BEZERRA NETO

Impresso em 16/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A Empresa tempestivamente apresentou impugnação, protocolada em 09/06/2011, contestando a lavratura dos Autos de Infração, nos seguintes termos, resumidamente.

I- DOS FATOS

5.1. A Impugnante faz um resumo das intimações recebidas e contesta a lavratura do Termo de Embaraço à Fiscalização. Diz que, conforme petição apresentada, esclareceu que não houve de sua parte qualquer embaraço, mas sim falta de compreensão da fiscalização em relação ao funcionamento das contas mantidas no Bradesco: conta corrente (nº 481-2) e a conta garantia (nº 2.297-7). Alega que informou, à fiscalização, que esta conta foi encerrada em maio de 2007, razão por que não houve mais extratos após este evento.

5.2. Quanto à conta corrente (nº 481-2), afirma que apresentou todos os extratos relacionados ao ano de 2007. Quanto à acusação de ausência de sequência nos extratos dessas contas, alega que elucidou, com toda a paciência, ter apresentado um extrato de conta corrente acompanhado de um extrato de conta garantia durante os meses que antecederam o encerramento desta última. Quanto aos extratos originais informou à fiscalização de não ter ficado de posse deles, tendo arquivado em meio digital.

5.3. Ressalta que indicou à fiscalização o caminho a seguir caso não os considerasse idôneos e que alertou a fiscalização pelo risco de incursão no crime de excesso de exação previsto no artigo 316 do Código Penal, em decorrência da evidente coação e da absoluta ausência de motivação, configuradas quando da lavratura do termo de embaraco.

5.4. Apesar da apresentação do demonstrativo dos depósitos efetuados nas contas correntes e apresentação dos extratos, a fiscalização encaminhou requisição sobre movimentação financeira aos bancos, sem sequer dar à Impugnante notícia desse fato relevante.

5.5. Após intimar a Impugnante a apresentar uma série de informações e documentos em curto espaço de tempo, a fiscalização lavrou novo termo de embargo, em 4 de março de 2011.

5.6. A impugnante continua fazendo um relato dos passos seguintes da fiscalização e dela, concluindo com a afirmação de que "como se verá a seguir, o lançamento efetuado para constituição do crédito tributário é totalmente desprovido de qualquer suporte fático ou jurídico, devendo ser prontamente cancelado em face das razões preliminares e de mérito a seguir expostas".

II - PRELIMINARMENTE - A NULIDADE ABSOLUTA DO LANÇAMENTO

5.7. A fiscalização, tendo requisitado diretamente às instituições financeiras a disponibilização dos extratos bancários, consumou a quebra do sigilo bancário da Impugnante por meio não admitido no ordenamento jurídico, qual seja, sem a necessária autorização judicial.

5.8. O Supremo Tribunal Federal, proveu recurso extraordinário para afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto a dados bancários de empresa recorrente (Recurso Extraordinário 389808/PR, rel. Min. Marco Aurélio, 15.12.2010).

5.9. A fiscalização, apesar de ter conhecimento desse fato quando da autuação, decidiu contrariá-la e utilizar dados ilegalmente obtidos para constituir crédito tributário contra a Impugnante.

5.10. Por se tratar de lançamento apoiado em provas colhidas de forma ilícita, a exigência fiscal deve ser cancelada, "sem prejuízo das medidas que poderão ser tomadas pela Impugnante para reparar o dano que foi lhe perpetrado pelos

agentes públicos em face da invasão de sua privacidade, e das razões de mérito a seguir expostas".

III - O REGIME DE TRIBUTAÇÃO DA IMPUGNANTE

5.11. A impugnante é pessoa jurídica optante pelo regime de tributação pelo lucro presumido, estando desobrigada de manter escrituração contábil nos termos da legislação comercial, bastando escriturar o livro caixa, com toda a movimentação financeira.

5.12. Porém, embora desobrigada, a Impugnante mantinha a escrituração de acordo com a lei comercial, como atesta o livro diário anexado às fls.23/57, no qual registrou toda a sua movimentação bancária.

5.13. As empresas que apuram o resultado pelo lucro presumido são tributadas com base no regime de caixa e não de competência, conforme está previsto no artigo 20 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001. Logo, impossível falar em apropriação de juros ativos e outras receitas financeiras, visto que são reconhecidas apenas quando da realização. Como a Impugnante não realizou receitas, e sim despesas financeiras, somente estas foram registradas contabilmente.

IV- DOS VALORES CORRESPONDENTES A DEPÓSITOS BANCÁRIOS SUPOSTAMENTE NÃO COMPROVADOS

5.14. A impugnante captou recursos no ano de 2007 através dos seguintes contratos de mútuo:

1) - Lapa Advogados Associados: "conforme instrumento datado de 5 de janeiro de 2007, através do qual essa sociedade concedeu em favor da Impugnante uma linha de crédito de R\$450.000,00. De acordo com a cláusula 4a. desse contrato, os fundos objeto daquela abertura de crédito seriam disponibilizados à Impugnante de acordo com as suas necessidades e solicitações. O valor efetivamente transferido à Impugnante por força dessa disposição monta a R\$ 353.640,00". A Impugnante relaciona os créditos que perfazem o montante efetivamente transferido no ano. 1.1) - Informa que não efetuou no ano de 2007 qualquer pagamento a título de juros. Anexa cópia das solicitações feitas ao mutuante (docs. 4 e 5) dos documentos que comprovam a transferência dos recursos da conta deste para a conta da Impugnante mediante depósito em espécie ou cheque, comprovando que a data de saída e o valor dos recursos coincidem exatamente com a data de entrada e valor recebido pela Impugnante, que serão juntados aos presentes autos tão logo tenham sido disponibilizados.

2) - Adem Comércio de Bens e Participações Ltda: "conforme instrumento datado de 28 de maio de 2007, através do qual essa sociedade concedeu em favor da Impugnante um crédito de R\$6.475.000,00. O valor disponibilizado à Impugnante foi efetivamente creditado em sua conta corrente no dia da contratação (28/05/2007)

conforme demonstra o registro na página do extrato bancário anexado às fls. 201 dos presentes autos. A Impugnante informa que não efetuou, durante o ano de 2007, qualquer pagamento a título de juros ou correção monetária ao Mutuante".

3) - João Diogo Menano de Figueiredo: "conforme instrumento datado de 20 de abril de 2007, através do qual o mutuante concedeu em favor da Impugnante um crédito de R\$530.000,00. O valor disponibilizado à Impugnante foi efetivamente creditado em sua conta corrente no dia 27 de abril de 2007 conforme demonstra o registro na página do extrato bancário anexado às fls. 199 dos presentes autos. A Impugnante informa que não efetuou, durante o ano de 2007, qualquer pagamento a título de juros ou correção monetária ao Mutuante".

4) - Antônio Luiz Corrêa Lapa: "conforme instrumento datado de 15 de junho de 2007 (doc. nº 6), através do qual o mutuante concedeu em favor da Impugnante um crédito de R\$360.000,00. O valor disponibilizado à Impugnante foi efetivamente creditado em sua conta corrente no dia 18 de maio de 2007, conforme demonstra o registro na página do extrato bancário anexado às fls. 211 dos presentes autos".

4.1) - "A Impugnante informa que o valor correspondente a R\$ 100.000,00 corresponde à amortização feita pela Impugnante 19 de outubro do próprio ano de 2007, conforme registro no extrato bancário anexado às fls. 212 dos presentes autos".

5.15. "Por outro lado, a Impugnante era credora de mútuos concedidos a terceiros, e nessas condições recebeu, no ano de 2007, valores relacionados à amortização desses créditos, além de reembolso parcial do valor correspondente a registro de instrumento em Tabelião de Notas, conforme abaixo esclarecido":

I) Luiz Carlos Vilmar Júnior: "conforme escritura pública de confissão de dívida e alienação fiduciária celebrado em 17 de outubro de 2006 (doc. nº 7), através do qual confessou dívida em favor da Impugnante no valor de R\$184.388,00. No dia 17 de abril de 2007, a Impugnante recebeu do referido credor o valor de R\$36.963,56, a título de amortização parcial da dívida, além de R\$4.627,64 como reembolso parcial de despesas cartoriais, tudo conforme registro no extrato bancário anexo às fls. 199 dos presentes autos. Infere-se do histórico indicado nos extratos bancários mencionados que o valor correspondente às amortizações e reembolso parcial de despesas cartoriais foi efetivamente creditado na conta da Impugnante em datas coincidentes com os pagamentos".

II) Plácido Silvestre Rocha Martins: "conforme escritura pública de confissão de dívida e alienação fiduciária celebrado em 16 de dezembro de 2005 (doc. nº 5), através do qual confessou dívida em favor da Impugnante no valor de R\$230.000,00. No ano de 2007, a Impugnante recebeu do referido devedor o valor de R\$93.237,93 a título de amortização parcial da dívida, mediante depósitos no valor de R\$500,00, em 14/02/2007 (fls. 196); R\$30.000,00 e R\$170,00 em 15/3/2007 (fls. 198); R\$33.300,00, em 21/03/2007 (fls. 198); R\$29.767,93, em 23 de maio de 2007 (fls. 212), além de R\$1.208,15 como reembolso parcial de despesas cartoriais (fls. 197). Depreende-se do histórico indicado nos extratos bancários mencionados, que o valor correspondente às amortizações e reembolso parcial de despesas cartoriais foi efetivamente creditado na conta da Impugnante em datas coincidentes com os pagamentos".

- "A Impugnante junta aos presentes autos nova cópia da escritura lavrada por instrumento público (doc. nº 8) para formalização daquela avença, uma vez que a via

anexada aos presentes autos reproduz apenas as páginas de frente, e não as de verso, que também integram o referido documento".

II.2.) - "Resta acrescentar que o valor de R\$540,20 creditado na conta corrente da Impugnante em 23/2/2007, e apontado como "não contabilizado" na Tabela do Termo de Fiscalização, foi indevidamente creditado pela instituição financeira depositária, e por essa razão, foi objeto de estorno em 26/02/2007, conforme demonstra o registro em extrato anexado às fls. 197 dos presentes autos".

V - A QUESTÃO DO REGISTRO DOS CONTRATOS DE MÚTUO E DE SUA VALIDADE JURÍDICA

5.16. A fiscalização afirma que a Impugnante não logrou comprovar, com documentos hábeis e idôneos, que os depósitos classificados como "Contrato de Mútuo", de fato, originaram-se em operações de mútuo. Para fundamentar este entendimento, alega o fato dos contratos não terem sido submetidos ao registro público. Diz que em decorrência disto eles não produzem efeitos em relação à fiscalização e invoca o artigo 221 do Novo Código Civil.

5.17. A fiscalização não levou em conta que a "falta de registro dos contratos no cartório, por si só, não invalida a operação comercial quando as demais provas documentais e circunstanciais, bem como a escrituração no Livro Diário fazem prova plena dos pagamentos efetuados".

5.18. "Quanto ao não recolhimento de IOF nas operações contratadas através de instrumentos particulares não submetidos a registro, tudo indica que a autoridade fiscalizadora não se deu conta de que a obrigação de cobrar e recolher o IOF nos mútuos tomados de pessoas jurídicas é do mutuante, e não da Impugnante, nos exatos termos do § 29. do art. 13 da Lei n 9.779, de 19 de janeiro de 1999, por ela transcrito na pag. 7 do Termo de Verificação Fiscal". Alega que se os mutuantes não fizeram a cobrança e recolhimento do tributo, nada teria que ser contabilizado a esse título pela Impugnante.

5.19. "Por fim, em relação à ausência de lançamento contábil (receita financeira) correspondente aos juros ativos, cumpre reiterar que a Impugnante optou pelo regime de tributação pelo lucro presumido, razão pela qual estar desobrigada de manter escrituração contábil, e que nessas condições, não está obrigada a observar o regime de competência, e sim o regime de caixa. Soa incompreensível, portanto, a exigência de apropriação da receita financeira, pois não houve realização pela Impugnante de receitas dessa natureza no ano de 2007".

5.20. "Pelo que se viu até aqui, a referida autoridade preferiu trilhar o caminho mais cômodo, imputando à Impugnante a gravíssima acusação de omissão de receitas, sem exaurir, contudo, o exame dos atos, dos fatos e dos documentos apresentados, promovendo a quebra de seu sigilo bancário, e constituindo crédito tributário de forma errática e sem qualquer embasamento legal, assumindo assim o risco de comprometer a validade de seu trabalho e frustrando o seu principal objetivo, que parece ter sido o de penalizar a Impugnante, e não o de promover a busca da verdade material, que se sobrepõe aos registros contábeis, e que é a razão de ser do processo administrativo".

5.21. A fiscalização desconsiderou a escritura pública de cessão lavrada para registro dos direitos da Impugnante ao recebimento de créditos decorrentes da não observação, pela Centrais Elétricas Brasileiras S/A - Eletrobrás, das normas relacionadas ao pagamento do empréstimo compulsório sobre o consumo de energia, celebrado com a Cofap Fabricante de Peças Ltda.

5.22. "Entendeu a dita autoridade que a Impugnante teria se furtado (a comprovar, com documentos hábeis e idôneos, a origem dos depósitos, apresentando as decisões administrativas ou judiciais que possibilitaram o levantamento das referidas quantias, do CICE e a quantidade de UPs, de modo a permitir o cálculo do ganho de capital auferido)".

5.23. "Ocorre que todos os elementos reclamados pela fiscalização encontram-se devidamente discriminados na referida escritura pública, quais sejam, os números do Cadastro de Identificação de Contribuinte de Empréstimo ("CICEs"), a quantidade de Unidades Padrão ("UPs") negociadas, sendo absolutamente irrelevante, para efeito de apuração de eventual ganho de capital, o exame dos respectivos processos".

5.24. "Esclareça-se, desde logo, que a COFAP apenas cedeu os direitos de crédito à Impugnante, não tendo ocorrido substituição do pólo ativo nos respectivos processos. Logo, se alguém tem acesso aos autos daqueles processos, esse alguém é a COFAP, parte legítima para pleitear a restituição do que lhe era de direito".

5.25. "Resta acrescentar que se a zelosa autoridade autuante estava tão preocupada em aferir eventual ganho de capital auferido pela Impugnante, bastaria confrontar o custo de aquisição daqueles direitos - que se encontra devidamente indicado na escritura pública lavrada para esse fim, no montante de R\$1.466.666,67 (vide fls. 245 dos presentes autos) -, com o valor dos direitos efetivamente recebidos e realizados pela Impugnante no período de 27 de setembro de 2006 a 31 de dezembro de 2007".

5.26. "Se o interesse do agente lançador fosse o de determinar a matéria tributável - tal como exige o art. 142 do CTN - deveria então ter solicitado à Impugnante a demonstração dos valores recebidos a esse título no ano de 2006 e 2007, ou ser coerente com o procedimento condenável de quebrar o sigilo bancário da Impugnante também em relação a esse período, tal como fez no ano de 2007, obtendo assim os elementos que lhe permitiriam apurar a inexistência de pagamentos e, por consequência, a não ocorrência de qualquer ganho de capital".

5.27. "Lamentavelmente, tudo parece conduzir ao entendimento de que houve má fé por parte da autoridade autuante, cujo único objetivo era o de penalizar a Impugnante, chegando ao extremo de acusá-la de crime de sonegação, apoiada na inexplicável premissa de que o valor recebido pela Impugnante em 2007 configuraria ganho de capital, mesmo sendo inferior ao custo de aquisição. Esse procedimento só confirma que a leviana acusação de prática de crime decorre da mais absoluta falta de conhecimento do agente sobre a matéria, ou, o que seria pior, odioso desvio de conduta, sujeitando-a, nesse caso, às rigorosas penas da lei". "Por essa razão, requer seja cancelada a multa aplicável à prática de sonegação, que não se consumou no caso dos autos".

5.28. "Nestes termos, protestando pela produção de toda e qualquer prova admitida em direito, sobretudo a apresentação de novos documentos e, especialmente, a realização de diligências destinadas a elucidar qualquer fato que porventura exija esclarecimentos de terceiros".

7. A DRJ Manteve os lançamentos, nos seguintes termos:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITO BANCÁRIO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

A Lei nº 9.430/1996, no seu art. 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 de investimento.

OMISSÃO DE RECEITA. CESSÃO DE DIREITOS.

Caracterizam omissão de receitas os valores recebidos de cessão de direitos de créditos contra Eletrobrás não declarados em DIPJ e não oferecidos à tributação.

MULTA QUALIFICADA. MULTA AGRAVADA.

Correta a aplicação da multa qualificada sobre o IRPJ e lançamentos reflexos decorrente das receitas omitidas, pois a conduta do contribuinte se enquadrou no previsto no art. 71, inciso I, da Lei n.º 4.502/64, ao sonegar imposto e contribuições não informando valores de receitas tributáveis na DCTF e na DIPJ, tentando impedir o conhecimento, por parte das autoridades tributárias, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal.

Correto o agravamento da multa em 50%, em razão do não atendimento às intimações.

AUTOS REFLEXOS. PIS. COFINS. CSLL.

O decidido quanto ao IRPJ aplica-se à tributação dele decorrente.

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs recurso voluntário de fls 520/569 a este CARF, repisando tópicos trazidos anteriormente na impugnação, bem assim juntando ao mesmo documentos e enfatizando mais o seguinte:

- Preliminares: -Expedição de RMF ilegal, sem autorização judicial (RE nº 389.808/PR).

-Ausência de requisitos da LC n 105/2001 e Decreto n. 3.724/2001;

- Alega que todas as intimações foram atendidas, não se justificando a lavratura do Termo de Embaraço à Fiscalização, tampouco a RMF, sendo ambos ilícitos e o por isso o auto de infração deveria ser cancelado;

- Não obstante essas preliminares terem sido aduzidas em sede recursal, em petição subsequente pleiteia a desistência de tais argumentos a fim de que o processo não seja sobrestado para aguardar o STF se pronunciar sobre essas matérias em sede de Repercussão geral.

- Os contratos de mútuo e amortização de dívidas foram desconsiderados simplesmente por não ter sido localizado lançamento contábil de juros ativos ou do IOF.

- A Recorrente é optante pelo Regime de Caixa, sendo impossível a apropriação de juros ativos e outras receitas financeiras, antes de sua realização.

- Houve erro no procedimento adotado, pois se os documentos apresentados foram considerados imprestáveis, o lançamento deveria ser feito com base no lucro arbitrado e, não presumido, considerando tributável a totalidade da receita tida como omitida.

- Os direitos creditórios decorrentes de depósito compulsório adquiridos da COFAP compreendem a sua devolução na forma de ações da Eletrobrás, acrescida de consectários legais, que representa um montante significativo em relação ao principal, razão pela qual sem os mesmos haveria evidente prejuízo. Como esses consectários legais ainda estão sendo discutidos judicialmente, ainda não foram pagos, inexistindo, no momento, qualquer ganho de capital na operação ou possibilidade de mensurá-lo.

- Em relação ao tópico anterior apresentou as seguintes provas:

- Contrato social da Adem Comércio comprovando a subscrição de capital feita por Diogo Menano no valor de 4.030.000,00;

- Escritura pública de Cessão de direitos da Adem Com para Luiz Alberto Basseto no valor de R\$ 14.2000.000,00 (FICHA 14-A da DIPJ);

- Livro Diário constando histórico “Depósito referente à venda de posição acionária Eletrobrás”

- Contabilização no Razão dos valores recebidos pelas vendas das UPs.

- Contrato de empréstimo datado de 28/05/2007 entre Adem Comércio e Adem Assessoria (Recorrente);

- Extrato da Adem Comércio demonstrando a saída do valor para conta corrente da Adem Assessoria (conta 481-2);

- Contabilização, na Adem Comércio do valor a receber da Adem Assessoria

- Contabilização da dívida na Adem Assessoria (Recorrente)

- Extratos de venda das ações da COFAP.

- Cópia de cheque administrativo emitido em favor da COFAP

- Cópia do proc. N. 2004.34.00.044009-5, que aponta a pendência para o recebimento dos consectários legais

- Todas as demais operações também foram devidamente comprovadas:

- Em relação **ao empréstimo tomado de Lapa Advogados Associados** ressalta que consta dos autos as seguintes provas:

- Instrumento Particular de Contrato de Mútuo; Comprovantes de transferência desses recursos; Contabilização da dívida na Lapa; Contabilização da Dívida na ADEM; Comprovação de que a Lapa tinha origem naquele ano (DIPJ).

Detalhou ainda em relação a cada depósito vinculado com esse contrato o seguinte.

- R\$ 5.750,00, creditados em conta corrente da Recorrente em 9/1/2007, e lançados na pag. 4 do livro diário (fls. 25 dos autos);
- R\$ 200,00 creditados em conta corrente da Recorrente em 24/1/2007, e lançados na pag. 4 do livro diário (fls. 25 dos autos)
- R\$ 330.000,00, creditados em conta corrente da Recorrente em 5/2/2007, e lançados na pag. 8 do livro diário (fls. 27 dos autos)
- R\$ 300,00, creditados em conta corrente da Recorrente em 8/2/2007, e lançados na pag. 8 do livro diário (fls. 27 dos autos)
- R\$ 1.850,00, creditados em conta corrente da Recorrente em 13/6/2007, e lançados na pag. 36 do livro diário (fls. 41 dos autos)
- R\$ 800,00, creditados em conta corrente da Recorrente em 14/6/2007, e lançados na pag. 36 do livro diário (fls. 41 dos autos)
- R\$ 150,00, creditados em conta corrente da Recorrente em 27/6/2007, e lançados na pag. 36 do livro diário (fls. 41 dos autos)
- R\$ 600,00, creditados em conta corrente da Recorrente em 28/6/2007, e lançados na pag. 36 do livro diário (fls. 41 dos autos)
- R\$ 2.550,00, creditados em conta corrente da Recorrente em 13/7/2007, e lançados na pag. 38 do livro diário (fls. 42 dos autos)
- R\$ 400,00, creditados em conta corrente da Recorrente em 14/8/2007, e lançados na pag. 44 do livro diário (fls. 45 dos autos)
- R\$ 300,00, creditados em conta corrente da Recorrente em 24/8/2007, e lançados na pag. 44 do livro diário (fls. 45 dos autos)
- R\$ 2.650,00, creditados em conta corrente da Recorrente em 12/9/2007, e lançados na pag. 46 do livro diário (fls. 46 dos autos)
- R\$ 200,00, creditados em conta corrente da Recorrente em 25/9/2007, e lançados na pag. 48 do livro diário (fls. 47 dos autos)
- R\$ 200,00, creditados em conta corrente da Recorrente em 30/10/2007, e lançados na pag. 52 do livro diário (fls. 49 dos autos)
- R\$ 150,00, creditados em conta corrente da Recorrente em 7/11/2007, e lançados na pag. 54 do livro diário (fls. 50 dos autos)
- R\$ 2.540,00, creditados em conta corrente da Recorrente em 13/11/2007, e lançados na pag. 54 do livro diário (fls. 50 dos autos)
- R\$ 200,00, creditados em conta corrente da Recorrente em 27/11/2007, e lançados na pag. 56 do livro diário (fls. 51 dos autos)

- R\$ 100,00, creditados em conta corrente da Recorrente em 11/12/2007, e lançados na pag. 60 do livro diário (fls. 53 dos autos)

- R\$ 300,00, creditados em conta corrente da Recorrente em 26/12/2007, e lançados na pag. 60 do livro diário (fls. 53 dos autos)

Mútuos concedidos por Adem Comércio de Bens e Paritipações Ltda

- R\$ 6.475.000,00, creditados em conta corrente da Recorrente em 28/5/2007, e lançados na pag. 32 do livro diário (fls. 39 dos autos)

Provas trazidas aos autos:

- Contrato social da Adem Comércio comprovando a subscrição de capital feita por Diogo Menano no valor de 4.030.000,00;

- Instrumento de Cessão de direitos da Adem Com para Luiz Alberto Basseto no valor de R\$ 14.2000.000,00 (FICHA 14-A da DIPJ);

- Contrato de empréstimo datado de 28/05/2007 entre Adem Comércio e Adem Assessoria (Recorrente);

- Extrato da Adem Comércio demonstrando a saída do valor para conta corrente da Adem Assessoria (conta 481-2);

- Contabilização, na Adem Comércio do valor a receber da Adem Assessoria

- Contabilização da dívida na Adem Assessoria (Recorrente)

- DIPJ da Adem Comércio Levando a tributação o valor de R\$ 14.2000.000,00

MÚTUO CONCEDIDO POR JOÃO DIOGO MENANO DE FIGUEIREDO

- R\$ 530.000,00, creditados em conta corrente da Recorrente em 27/4/2007, e lançados na pag. 26 do livro diário (fls. 36 dos autos).

- Esclareceu, ainda, que era credora de mútuos concedidos também a terceiros, e nessas condições recebeu, no ano de 2007, valores relacionados à amortização desses créditos, além de reembolso parcial de valor correspondente a registro em Tabelião de Notas.

- Acrescentou ainda que o valor de R\$ 540,20 creditado na conta corrente da Recorrente em 23/2/2007, e apontado como "não contabilizado" na Tabela III. 1 do Termo de Fiscalização, foi indevidamente creditado pela instituição financeira depositária, e por essa

razão, foi objeto de estorno em 26/02/2007, conforme demonstra o registro em extrato anexado às fls. 197 dos presentes autos.

- Lamentavelmente, todo o esforço empreendido no levantamento dessas informações pela Recorrente parece ter sido em vão, pois a Turma recorrida simplesmente desprezou as provas produzidas e não se manifestou sobre elas, alegando, para tanto, a invalidade dos contratos de mútuo pelo simples fato de não terem sido submetidos a registro público, e colocando em dúvida a sua veracidade, além de tecer extensas considerações sobre a não contabilização de encargos relacionados ao Imposto sobre Operações relativas a Crédito, Câmbio e Seguros e relativas a Títulos e Valores Mobiliários — IOF.

- Nesse ponto, a referida decisão afastou-se completamente do princípio basilar do processo administrativo tributário, que é o da busca da verdade material. Ou seja, após insistir tanto na obtenção dos extratos bancários, chegando a quebrar o sigilo da Recorrente, ignorou olímpicamente a força probatória daqueles documentos e dos contratos que suportaram toda a movimentação bancária.

- Passa então a reexaminar a legislação que regula a matéria e da jurisprudência desse E. Conselho aplicável ao caso concreto no intuito de amparar a validade dos referidos instrumentos.

É o Relatório

Voto Vencido

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade.

A Recorrente entre outras arguições pleiteia a nulidade do feito com base no descumprimento dos procedimentos regulares à quebra de sigilo bancário. Em face das requisições enviadas diretamente aos bancos, para que fossem apresentados os extratos bancários, alega que houve então a quebra do sigilo bancário por meio não admitido legalmente. Também destaca que o STF proveu recurso extraordinário, em processo, para afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários da empresa recorrente.(RE 398.808-PR, Ministro Marco Aurélio).

Sem ainda fazer um juízo definitivo sobre essas questões em virtude do que se declarará mais adiante neste voto, uma análise perfunctória dessas questões preliminares leva-me a afastar qualquer nulidade absoluta do feito, que foram muito bem analisadas pela DRJ. A primeira questão levaria necessariamente ao sobrestamento do processo por Repercussão geral no STF e a segunda questão, também iria a reboque.

Porém, a Recorrente em petição acostada aos autos “abre mão” desses argumentos levantados em defesa e que estariam relacionados com a quebra do sigilo bancário, motivo pelo qual não será aqui adotado o referido procedimento de sobrestamento conforme jurisprudência desta Turma. De toda sorte, em tempo, verifico que no ínterim das reinclusões do processo em pauta o a Portaria do CARF que comandava o referido sobrestamento foi revogada.

Feitas essas considerações preambulares, passemos a análise do mérito.

MÉRITO

A infração de omissão de receitas foi caracterizada pela não comprovação, mediante documentação hábil e idônea, da origem dos recursos movimentados em contacorrente, nos termos do art. 42 da Lei 9.430/96; bem assim também foi constatada omissão de receitas proveniente da não declaração de ganho de capital na alienação de bens e direitos.

1 – OMISSÃO DE RECEITAS POR ORIGEM NÃO COMPROVADA

Segundo o contrato social, o objeto social da empresa é a "a prestação de serviços de assessoria empresarial na área de marketing e decoração de interiores", entre outras atividades, não relacionadas com estes empréstimos obtidos e concedidos.

No ano de 2007 a Recorrente declarou na DIPJ receita de R\$90.504,00, relativa à sua atividade fim, em contrapartida em descompasso com esse valor, ingressaram depósitos bancários da ordem de R\$7.718.640,00.

A Recorrente foi intimada a comprovar através de documentação hábil e idônea a origem desses valores e o fez através de um único meio: contratos de mútuo e contratos de confissão de dívidas, seja como mutuante recebendo valores anteriormente

emprestado; seja como mutuaria, recebendo aporte de empréstimos de terceiros, conforme tabela abaixo já constando as justificativas fornecidas pela defesa desde sua intimação inicial:

DATA DO DEPÓSITO	VALOR DOS DEPÓSITOS	VALOR TRIBUTÁVEL (R\$)	EXPLICAÇÃO	PROVAS
11/01/2007	5.750,00	5.950,00	Empréstimo contraído com Lapa Advogados	- Instrumento Particular de Contrato de Mútuo (fls. 233-236)
24/01/2007	200,00	(Fato Gerador 31/03/2007)	Associados totalizando R\$ 353.640,00-	- Comprovantes de transferências desses recursos (fls. 58-59)
05/02/2007	330.000,00	331.340,20 (Fato Gerador 31/03/2007)	Empréstimo contraído com Lapa Advogados Associados totalizando R\$ 353.640,00	- Contabilização da dívida na Lapa (doc. 5 das Razões Finais)
08/02/2007	300,00			- Contabilização da dívida na ADEM (fls. 25 e 27)
14/02/2007	500,00		Amortização de crédito de R\$ 230.00,00 com Plácido Silvestre Rocha Martins.	- Comprovação de que a Lapa tinha origem naquele ano (DIPT) (doc. 5 das Razões Finais)
23/02/2007	540,20		Crédito equivocado feito pela instituição financeira.	- Escritura pública de confissão de dívida (fls. 238-241)
05/03/2007	1.208,15	64.678,15 (Fato Gerador 31/03/2007)	Amortização de crédito de R\$ 230.00,00 com Plácido Silvestre Rocha Martins.	- Contabilização dos valores a receber na Adem Assessoria (fl. 27)
15/03/2007	30.000,00			- Cópia do extrato bancário comprovando o crédito equivocado feito pela instituição financeira em 23/02/2007 e estornado em 26/02/2007 (fl. 59)
15/03/2007	170,00			- Escritura pública de confissão de dívida (fls. 238-241)
21/03/2007	33.300,00			- Contabilização dos valores a receber na Adem Assessoria (fl. 31)
17/04/2007	36.963,56	571.591,20 (Fato Gerador 30/06/2007)	Amortização de crédito de R\$ 184.388,00 com Luiz Carlos Vilmar Júnior.	- Escritura pública de confissão de dívida datada de 17/10/2006 (fls. 248-251)
17/04/2007	4.627,64			- Contabilização dos valores a receber na Adem Assessoria (fl. 34)

27/04/2007	530.000,00		<i>Empréstimo de R\$ 530.000,00 tomado de João Diogo Menano de Figueiredo.</i>	- <i>Página de extrato bancário de João Diogo (doc. 9 das Razões Finais)</i> - <i>Instrumento de mútuo datado de 20/04/2007 (fls. 253-254)</i> - <i>Contabilização da dívida na Adem Assessoria (fl. 36)</i>
23/05/2007	29.767,93	6.504.767,93 (Fato Gerador 30/06/2007)	<i>Amortização de crédito de R\$ 230.00,00 com Plácido Silvestre Rocha Martins.</i>	- <i>Escritura pública de confissão de dívida (fls. 238-241)</i> - <i>Contabilização dos valores a receber na Adem Assessoria (fl. 38)</i>

Das provas

Durante a fase inquisitória, apresentou em resposta ao Termo de reintimação nº2, relacionando-se os depósitos com as provas constantes dos anexos I a VI, sob a seguinte classificação:

Anexo I - Contrato Mútuo;

Anexo II-Amortização de Dívida;

Anexo III - Escritura de cessão de direitos (Valores recebidos da Eletrobrás e repassados);

Anexo IV-Amortização de Dívida;

Anexo V - Contrato Mútuo;

Anexo VI - Contrato Mútuo.

Empréstimos Recebidos e Concedidos (Recorrente como Mutuaria/Mutuante) com exceção empréstimo da ADEM-Comércio, no valor de R\$ 6.475.000,00, Empréstimo tomado de Antônio Luiz Correa Lapa no valor de R\$ 360.000,00

Fundamentalmente, o fiscal autuante e a DRJ descaracterizaram os contratos de mútuo em função de questões formais e materiais em seu conjunto.

Em primeiro lugar, no caso, pelo desatendimento do princípio da publicidade, especificamente pelo descumprimento do art. 221 do Código Civil que consagra o princípio da publicidade como indispensável para que os efeitos do instrumento particular recaiam sobre terceiros, ainda que o instrumento particular esteja assinado por duas testemunhas. Nessa linha de raciocínio, os contratos de mútuo celebrados pela Autuada e as diversas pessoas a ela ligadas, inclusive sócios e empresas ligadas ao mesmo grupo econômico (Lapa Advogados associados), só gerariam efeitos entre as partes, não operando contra terceiros, no caso o Fisco Federal.

Em relação ao aspecto material, o fiscal aponta uma série de indícios convergentes para desconsideração da prova trazida pela Recorrente.

- Não há coincidência de valores entre os valores dispostos nos contratos de mútuo e os depósitos bancários. Os empréstimos nunca são recebidos em parcelas únicas coincidentes em datas e valores com os depósitos, nem muito menos os resgates.

- Não há comprovação de contabilização dos juros ativos ou passivos seja na condição de mutuante ou de mutuária.

- Na condição de mutuante não comprova que os seus direitos das operações de mútuo foram classificados em Ativo circulante ou Realizável a longo prazo, conforme a data prevista para a liquidação da dívida.

- Também não apresenta nenhum controle contábil ou gerencial na condição de credora onde se demonstrasse as amortizações ocorridas, bem assim as atualizações Monetárias dos referidos empréstimos.

- Na condição de mutuante, também não comprova o cumprimento de sua obrigação como responsável tributário de recolhimento do IOF, ex vi art. 13 da Lei n. 9.779/99.

Como se sabe, a prova indiciária, admitida pelo Direito, apóia-se em um conjunto de indícios veementes, fortes, precisos e convergentes, capazes sejam de demonstrar a ocorrência da infração ou de infirmá-la, a depender de quem possui o ônus da prova.

Ora, no caso concreto há uma presunção legal (art. 42 da Lei n. 9430/96) atuando que age no caso em favor do fisco, quando esse demonstra a existência de depósitos bancários cuja origem e causa precisam ser demonstradas pelo contribuinte em um primeiro momento. Trata-se de uma presunção relativa *juris tantum* que admite prova em contrário. No caso o contribuinte tem que trazer uma prova cabal ou um conjunto de indícios veementes que indiquem a origem e a causa desses depósitos. E a lei ainda impõe que essa demonstração seja feita através de documentos hábeis e idôneos coincidentes em datas e valores:

LEI nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 - DOU de 30.12.96

“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.

Portanto, no caso concreto, não se tem um "conjunto" de indícios veementes que indiquem a origem e a causa dos depósitos com documentos coincidentes em datas e valores.

Cabe salientar que não é um indício isolado trazido pelo fisco que foi determinante para deconstituir “a prova” trazida pela Recorrente, diga-se de passagem. Nesse sentido, o descumprimento do recolhimento do IOF por si só, no caso em que ela assume o papel de mutuária, não invalida o contrato de mútuo, mas não há dúvidas que caso houvesse

esse recolhimento esse fato iria contar em favor da Recorrente. Contrairio senso, o não recolhimento no mundo empírico conta a favor da tese do fisco.

Da mesma forma, a falta de contabilização dos juros ativos e cuja necessidade foi muito bem demonstrada pela DRJ, por si só também não invalidaria a existência do negócio jurídico em causa. Mas, da mesma forma que aconteceu com o IOF, a contabilização ou não é sempre um indício a mais contando na tese de um contra a tese do outro.

Esperava-se também que, na condição de credor, o contribuinte dispusesse de métodos de contabilização não só dos juros ativos, mas também do fundamental que seria o controle das amortizações. Ninguém empresta dinheiro a outrem sem ter um mínimo de controle. E aqui não vale aduzir que se estaria em um regime mais simplificado (lucro presumido) onde o livro o CAIXA seria o determinante para o Fisco. Embora discorde em parte das razões já aduzidas pela DRJ a esse respeito, observo nesse aspecto uma grande contradição da Recorrente. É que a Recorrente apesar de poder ser dispensada da escrituração contábil, portando apenas o livro caixa, já que optou pelo lucro presumido, na verdade ela tinha, sim, contabilidade (livros diário e razão, conforme se verifica nos autos) o que demonstra que o seu argumento de não ter contabilizado os juros é bastante frágil e, por último, espera-se que a Recorrente apresentasse no mínimo um controle gerencial, na forma de um conta-corrente, onde ficasse controlado individualizadamente todos os empréstimos, amortizações e atualizações monetárias. E não se diga que isso não foi solicitado. O Contribuinte foi intimado através de Termo de Intimação Fiscal a comprovar com documentos hábeis e idôneos, por exemplo, que os depósitos relacionados a "Escritura de Confissão de Dívida com Alienação Fiduciária" corresponderiam a amortização de dívidas, mediante apresentação de planilha eletrônica corroborada pelos respectivos lançamentos contábeis, contendo as amortizações de juros e a evolução da dívida desde sua constituição. E isso não foi entregue, nem na fase inquisitória, nem na fase impugnatória, muito menos na fase recursal.

- Contratos de mútuo não foram registrados em cartórios de título e documentos. Não se está há dizer, obviamente, que o contrato só poderá ser utilizado como prova se devidamente registrado, todavia, se não há registro, será prova mais frágil, dependente de outros meios de prova para sua comprovação. Ao contrário do que aduz a Recorrente, a exigência do registro do contrato a fim de que opere efeito contra terceiros encontra-se prevista na Parte Geral do Código Civil, no capítulo que trata das provas:

Art. 221. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.

A respeito da relação de terceiros ao contrato, são todos aqueles que não são parte e tenham algum interesse em seu objeto. Como a Administração Tributária tem interesse no objeto do contrato, pois, se não confirmado os empréstimos realizados ou recebidos pelo contribuinte, origem dos recursos creditados em conta corrente da fiscalizada, ensejará a omissão de receita do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, logicamente é o Fisco terceiro interessado. Não há dúvidas, pois, que a Administração Tributária é terceira em face das partes que celebraram o contrato e, devendo-se utilizar o contrato como instrumento de prova perante o Fisco, essencial que este esteja registrado, para que a interessada disponha de prova com fé pública, como elemento de comprovação de sua escrituração.

- No caso em análise, pelos próprios montantes envolvidos, também não há como entender natural a transferência financeira livre de registro e outras cautelas formais. Salienta-se que trata de pessoa jurídica, que não pode se escusar das formalidades devidas às empresas.

- Além de desses contratos não terem sido registrados, todos os referidos contratos já aparecem assinados pelas mesmas testemunhas, diga-se de passagem, de todos os outros contratos, sendo que uma das testemunhas não se consegue identificar o nome, pois existe apenas uma assinatura ilegível acompanhado de identidade que também não diz o órgão de origem e estado de sua emissão. São indícios, diga-se de passagem, que só concorrem para a perda de credibilidade em referidos contratos.

- Os contratos de mútuo foram feitos entre partes ligadas, seja pela existência de sócio em comum, seja pelo fato de se fazer empréstimo a sócios o que, também, diga-se de passagem, à evidência enfraquece ainda mais a robustez dos mesmos, pois no caso a imparcialidade é quebrada.

- Outra coisa que causa bastante estranheza é que, segundo o contrato social, o objeto social da empresa é a "a prestação de serviços de assessoria empresarial na área de marketing e decoração de interiores", entre outras atividades, não relacionadas com estes empréstimos obtidos e concedidos. No ano de 2007, a Recorrente declarou na DIPJ receita de R\$90.504,00, relativa à sua atividade fim, em contrapartida em descompasso com esse valor, ingressaram depósitos bancários da ordem de R\$7.718.640,00. O que fica a ser revelado é o porquê de tanto empréstimo para suportar uma atividade de tal parcas necessidades financeiras. se trata aqui de demonstrar de forma simplória de onde veio o recurso, mas precisa também que se descortine a real motivação do negócio jurídico em causa para que o fiscal possa então aprofundar a investigação e, se for o caso, poder autuar terceiros buscando a tributação desses valores se for o caso.

- Outra expectativa frustrada em relação à contabilidade da Recorrente é o fato de os históricos contábeis na maioria dos eventos não condizerem com a realidade apontada pela Recorrente. A maioria dos históricos contábeis são genéricos e vagos, girando a maioria deles sob a terminologia de "transferência de contas". Ora, os históricos servem justamente para individualizar e tornar precisa cada um dos eventos ocorridos no mundo fenomênico da forma mais precisa possível.

- O contribuinte em sede de memorial, afirma que foi contabilizado alguns eventos contábeis no contas a receber do mutuante ou do mutuário. Por amostragem, chequei algum desses eventos e encontrei inconsistências, senão vejamos. No registro contábil feito em 17/04/2007 consta no Livro Diário (fls. 34) o histórico indicando "recebimento de lucros", onde se esperava encontrar algum histórico que fizesse alusão aos contratos de mútuo ou empréstimo.

- Também não justifica a capacidade financeira do prestador à data do empréstimo. A declaração de imposto sobre a renda da pessoa física ou jurídica prova a declaração, mas não o fato declarado. Cabe à Recorrente, como já se disse, a comprovação, mediante documentação hábil e idônea, da efetiva transferência dos recursos, coincidentes em datas e valores, tanto no recebimento do empréstimo como na sua devolução.

- Embora o convencimento advinha da junção de todos esses indícios desfavoráveis à Recorrente, cabe ressaltar que de todos os indícios, há um que se sobressai

sobre todos os demais e que a meu ver foi determinante. Justamente foi a falta de conexão individualizada que deveria existir entre os depósitos bancários e os referidos contratos de mútuo e escrituras de confissão de dívidas. Ora, tanto em uma como em outra está acordado um valor global de empréstimo que por sua vez não tem uma ou mais datas certas em que os mesmos seriam liberados. A única coincidência positiva quantitativamente falando é quase desprezível. É apenas o fato de que os empréstimos supostamente efetuados em valores miúdos e datas aleatórias, mais parecendo um conta corrente, são menores do que os valores consignados nos mútuos, bem assim o são os respectivos resgates das dívidas. Daí o único meio que ligaria uma coisa (contratos) em outra (depósitos) seria um controle contábil desses “contas correntes” ou no mínimo um controle gerencial. O contribuinte, apesar de ter uma contabilidade comercial aparentemente funcionando com plano de contas detalhado, Diário, Razão e Balancetes não se deu ao trabalho de realizar tal controle na contabilidade se valendo do fato de estar no lucro presumido. Sem querer entrar no mérito dessa questão, caberia nesse caso no mínimo ter essa prova na forma de um controle gerencial. Essa presunção simples é do senso comum, pois como já se disse não se admite que se empreste dinheiro sem controle algum, principalmente tratando-se de uma empresa.

Em resumo, considero que não foi comprovada a causa ou a motivação dos recursos creditados nas contas bancárias da recorrente, quer pela apresentação de documentos fiscais hábeis e idôneos coincidentes em datas e valores, quer pela sua escrituração contábil ou elementos extracontábeis.

Como já se disse, o fisco não precisa provar o nexo causal entre os depósitos e o fato que represente a omissão das receitas. A contribuinte é que tem o dever de comprovar. E ela não fez adequadamente essa carga de prova. Da mesma forma que ocorre com a autuação de pagamento sem causa que cabe a tributação do fonte, se trata aqui de demonstrar de forma simplória de onde veio o recurso, como já se colocou alhures, mas precisa também que se descortine a real motivação do negócio jurídico em causa para que o fiscal possa então aprofundar a investigação e, se for o caso, poder autuar terceiros buscando a tributação desses valores se for o caso.

.Por todo o exposto nego provimento em relação a esse item da autuação

CESSÃO DE DIREITOS – GANHO DE CAPITAL

Esse item da Auto de Infração corresponde à suposta falta de apuração, pela Recorrente, de ganho de capital sobre a venda de posição acionária na Eletrobrás.

Tabela III.2 - Demais Receitas omitidas

Data | Banco | Histórico no Livro Diário | Depósitos | Classificação, Histórico no extrato, bancário

19/03/2007	Luso Brasileiro	TED TRANSF DIF TITULARIDADE - 356 0377 0000008704 COFAP FABRICADORA DE PECAS ' LTD	Deposito referente a venda da posição acionaria Eletrobrás	422.072,4 5	Escritura de cessão de direitos
23/03/2007	Luso Brasileiro	TED TRANSF DIF TITULARIDADE - 356 0377 0000008704 COFAP FABRICADORA DE PECAS LTD	Deposito referente a venda da posição acionaria Eletrobrás	307.749,5 1	Escritura de cessão de direitos

16/04/2007	Luso Brasileiro	TED TRANSF DIF TITULARIDADE - 356 0377 0000008704 COFAP FABRICADORA DE PECAS LTD	Deposito referente a venda da posição acionaria Eletrobrás	179.370,7 5	Escritura de cessão de direitos
20/04/2007	Luso Brasileiro	TED TRANSF DIF TITULARIDADE - 356 0377 0000008704 COFAP FABRICADORA DE PECAS LTD	^t Deposito referente a venda da posição acionaria Eletrobrás	335.496,3 8	Escritura de cessão de direitos

1.244.689,09

A DRJ assim manteve o lançamento:

33. Com relação aos quatro depósitos realizados, no período de 19/03/2007 a 20/04/2007, na conta corrente da Impugnante, no banco Luso Brasileiro, como mencionou a fiscalização, não foram apresentados pela Impugnante as decisões administrativas ou judiciais que possibilitaram o levantamento das referidas quantias, que totalizaram R\$1.244.689,09. Conforme alega a Impugnante, trata-se de créditos decorrentes da não observação, pela Eletrobrás, das normas relacionadas ao pagamento do empréstimo compulsório sobre consumo de energia, cedidos pela empresa Cofap.

34. Mesmo que estes valores tenham sido recebidos pela Cofap e repassados para Impugnante, ao contrário do que ela firma, deveriam ser apresentados para fiscalização estes documentos para provar a real existência da operação registrada na Escritura de Cessão de Direitos, firmada entre a Impugnante e a Cofap. Não pode ser aceito o alegado de que como a Cofap apenas cedeu os direitos de crédito à Impugnante, somente ela teria acesso aos autos daqueles processos.

35. Quanto ao custo desta cessão, que a Impugnante alega estar registrado no contrato, ela não traz a prova dos reais pagamentos, como cópias de cheque ou comprovantes de transferência bancária, nos valores de R\$1.466.666,67 e R\$10.866,68, totalizando R\$1.477.533,34.

36. Chama a atenção também, o fato do contrato ter sido firmado em 27/09/2006, com o custo alegado no valor de R\$1.477.533,34 e após, praticamente, seis meses, ter recebido por estes créditos o valor de R\$1.244.689,09. Tudo indica que estes créditos, com a Eletrobrás, não tinham o valor variável, mas sim fixo.

37. Cabe perguntar; qual a razão de realizar esta operação com prejuízo, quando o normal seria obter um deságio destes créditos, quando da Cessão dos Direitos, para quando da realização obter um resultado positivo?

38. Além disso, o valor de R\$1.244.689,09 foi escriturado como sendo proveniente de "Depósito referente à venda da posição acionária Eletrobrás", porém, não oferecido à tributação na DIPJ. Consequentemente, o lançamento, realizado pela fiscalização, deve ser mantido.

(...)

A meu ver, esse item foi muito bem justificado pela Recorrente fazendo o passo a passo das operações proporcionando à fiscalização chegar na possibilidade de ter havido omissão de receitas na forma de não tributação do ganho de capital na operação. As justificativas inclusive ofereceram uma resposta consistente em relação as dúvidas levantadas pela DRJ, no que se refere a suposto prejuízo ocorrido na operação, o que não seria razoável.

Segundo a Recorrente, trata-se da obtenção de dois terços dos direitos processuais, por cessão onerosa, decorrentes de empréstimo compulsório à Eletrobrás, estes então de titularidade da Cofap Fabricadora de Peças Ltda (Docs. 12 A, B e C das Razões Finais apresentadas em 26/02/2013). Na cessão também figurava como cessionária a Ellipse Empreendimentos, na proporção restante de um terço

Conforme escritura, foram cedidos todos os valores resultantes da devolução do empréstimo compulsório, bem como dos consectários legais. Como a devolução foi feita na forma de ações da Eletrobrás, a Cofap se prontificou a vendê-las, como revelam as notas da corretora, e repassar o resultado da venda, na forma dos depósitos em questão.

Estão acostados aos autos, a escritura da cessão, os documentos da corretora e cópias do processo que discute os consectários legais.

A DRJ colocou em dúvida a operação a partir do seguinte questionamento: "qual a razão de realizar esta operação com prejuízo, quando o normal seria obter um deságio destes créditos, quando da Cessão dos Direitos, para quando da realização obter um resultado positivo?"

A recorrente responde tal questionamento afirmando que não há prejuízo justamente por conta da expectativa de lucro relativa aos valores que ainda estão sob discussão judicial. É que os consectários legais (juros e atualizações) que segundo a Recorrente seria a parte mais expressiva da operação, uma vez que se trata de atualizações de períodos bem pretéritos (Ação Judicial nº 2004.34.00.044009-5). Nesse sentido, com razão a Recorrente de que ainda não seria auferível ganho ou prejuízo na operação. Traz provas de que a ação ainda está em andamento.

Por todo o exposto, DOU provimento a este item e deixo de enfrentar o tópico referente à multa qualificada por falta de objeto.

Empréstimo tomado de ADEM-Comércio de Bens e Participações Ltda

A Recorrente tomou empréstimo da ADEM-Comércio, no valor de R\$ 6.475.000,00, creditado em sua conta corrente em 28/5/2007, constando, inclusive, diferentemente das demais situações analisadas o histórico contábil está bem especificado constando a empresa depositante.

O valor foi regularmente contabilizado nos Livros Diários, tanto da mutuante quanto da Recorrente (mutuária), além de registro no Livro Razão da Recorrente (conta

contábil de passivo "Exigível a longo prazo - Empréstimos de terceiros - Adem Comércio de Ben e Participação Ltda." de n 2.2.1.01).

A Recorrente justifica de forma satisfatória a origem dos depósitos que estaria ligada à devolução de empréstimo compulsório de energia elétrica concedido à Eletrobrás e à União, originalmente de titularidade da SIEMENS LTDA e que foi objeto de cessão onerosa, constante da escritura pública acostada aos autos, à João Diogo Menano de Figueiredo e Luiz Alberto Basseto. Em 20/04/2007, João Diogo Menano de Figueiredo utilizou-se de tal direito creditório, totalizado em R\$ 4.030.000,00, para integralizar o capital na constituição da sociedade ADEM-Comércio de Bens e Participações Ltda. Logo a seguir, em 14/05/2007, o referido direito foi novamente objeto de cessão onerosa, dessa vez pela ADEM - Comércio para Luiz Alberto Basseto, que por ele pagou R\$ 14.200.000,00, tendo assim origem para que realizasse o depósito, a título de mútuo, na conta da Recorrente. Essa receita foi também levada à tributação, com o pagamento de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

Em resumo, diferentemente de outros itens, a Recorrente soube alinhar bem um conjunto de provas que apontam para o cancelamento do auto de infração:

- Contrato social da Adem Comércio comprovando a subscrição de capital feita por Diogo Menano no valor de 4.030.000,00;
- Escritura pública de Cessão de direitos da Adem Com para Luiz Alberto Basseto no valor de R\$ 14.200.000,00 (FICHA 14-A da DIPJ);
- Livro Diário constando histórico “Depósito referente à venda de posição acionária Eletrobrás”
- Contabilização no Razão dos valores recebidos pelas vendas das UPs.
- Contrato de empréstimo datado de 28/05/2007 entre Adem Comércio e Adem Assessoria (Recorrente);
- Extrato da Adem Comércio demonstrando a saída do valor para conta corrente da Adem Assessoria (conta 481-2);
- Contabilização, na Adem Comércio do valor a receber da Adem Assessoria
- Contabilização da dívida na Adem Assessoria (Recorrente)
- Extratos de venda das ações da COFAP.
- Cópia de cheque administrativo emitido em favor da COFAP
- Cópia do proc. N. 2004.34.00.044009-5, que aponta a pendência para o recebimento dos consectários legais

Dessa forma, restaram comprovadas a efetividade da entrega e a origem, inclusive sob dois aspectos, comprovando que saiu da conta do mutuante e que esse tinha origem efetiva.

Portanto, dou provimento também a este item.

Empréstimo tomado de Antônio Luiz Correa Lapa:

A Recorrente firmou contrato de mútuo com Antônio Luiz Correa Lapa, em 15/06/2007, por meio do qual, na data de 18/06/2007, Antônio Luiz Correa Lapa disponibilizou à Recorrente R\$ 360.000,00, depositados em uma única parcela, na conta corrente mantida junto ao Banco Luso Brasileiro S/A, coincidente em data e valores, conforme comanda o art. 42 da Lei n. 9430/96.

Consta dos autos que referido valor foi debitado da conta corrente de Antônio Luiz Correa Lapa, mantida junto ao Banco Bradesco S/A, no dia 18/06/2007, através de um TED identificado, à Recorrente.

Também restou provado que Antônio Luiz Correa Lapa possuía, no ano-calendário de 2006, origem para realizar tal empréstimo, conforme se verifica de sua DIPF 2007.

Nesse sentido, está provado a origem do referido depósito não subsistindo a omissão de receitas, portanto, dou provimento também a este item.

Empréstimo tomado de João Diogo Menano de Figueiredo:

Em 27/04/2007 foi creditado na conta corrente da Recorrente o valor de R\$ 530.000,00, referente a empréstimo contraído de João Diogo Menano de Figueiredo.

Conforme consta dos extratos bancários apresentados, tanto da Recorrente quanto do mutuante, a data de saída do montante da conta corrente do mutuante coincide com a de entrada na conta da mutuaria, coincidente em data e valores, conforme comanda o art. 42 da Lei n. 9430/96.

A dívida contraída foi contabilizada no Livro Razão da Recorrente (na conta de passivo "Empréstimos e Financiamentos - João Diogo" de nº 2.1.1.001.001), que compõe a documentação juntada ao processo tal qual o contrato que estabeleceu o mútuo (datado de 20/04/2007), comprovando também a origem desse depósito .

Nesse sentido, está provado a origem do referido depósito não subsistindo a omissão de receitas, portanto, dou provimento também a este item.

Crédito equivocado feito pela instituição financeira

Conforme relatado, alega acertadamente que o valor de R\$ 540,20 creditado na conta corrente da Recorrente em 23/2/2007, e apontado como "não contabilizado" na Tabela III. 1 do Termo de Fiscalização, foi indevidamente creditado pela instituição financeira depositária, e por essa razão, foi objeto de estorno em 26/02/2007, conforme demonstra o registro em extrato anexado às fls. 197 dos presentes autos.

Pelo exposto, dou provimento a este item.

Multa agravada por embarço à fiscalização

A multa cabível nos lançamentos de ofício é regulada pelo artigo 44 da Lei 9.430/1996:

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

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

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

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

(...)

§ 2º As multas a que se referem os incisos I e II do caput passarão a ser de cento e doze inteiros e cinco décimos por cento e duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

a) prestar esclarecimentos;

(...)” (negritei)

A jurisprudência deste Colegiado vem seguindo na linha de que o agravamento da multa só se justifica quando plenamente caracterizada a recusa no atendimento às solicitações ou ainda quando o atraso ou o não atendimento causa prejuízos à ação fiscal.

De fato a intenção do legislador foi mesmo estabelecer um mecanismo de punição nas situações em que o atraso no fornecimento das informações solicitadas possa acarretar prejuízos ao procedimento fiscal.

Registre-se que a norma fala em “prestar esclarecimentos” e não em “apresentar documentos”. Isso porque a não apresentação de documentos implicaria para o sujeito passivo a possibilidade de ter seu resultado apurado, por exemplo, pelo arbitramento. A não comprovação das origens dos depósitos, ou não apresentação de alguns livros contábeis, no caso concreto, apenas proporcionou a autuação com base na presunção legal do art. 42 da Lei n. 9.430/96 em inteiro desfavor da Contribuinte.

A meu ver, o que houve foi um mal entendido ocorrido entre o Contribuinte que achava que estava já atendido a sua solicitação em relação aos extratos. Mas, na medida do possível a Recorrente atendeu e respondeu, dando justificativas, em todas as intimações.

Nesse contexto, não tendo o contribuinte se negado a colaborar com a fiscalização, uma vez que apresentara vários outros elementos que subsidiaram a autuação, se visto pelo “conjunto da obra”, conquanto não tenha tido condições de atendê-las plenamente, descabe o agravamento da multa, mormente quando a fiscalização dispunha dos elementos necessários para apuração da matéria tributária através da emissão de RMF, como o fez.

Outrossim, os extratos trazidos aos autos através de RMF não destoaram dos extratos fornecidos pela Recorrente.

Por todo o exposto, desagravo a multa em 50%, remanescendo apenas a multa de 75% sobre a parte mantida.

Lançamentos Reflexos

Por estarem sustentados na mesma matéria fática, os mesmos fundamentos devem nortear a manutenção ou o cancelamento das exigências lançadas por via reflexa,

Por todo o exposto, rejeito as preliminares de nulidade e, no mérito, dou provimento parcial ao recurso para cancelar o item da autuação referente à tributação do ganho de capital referente ao empréstimo tomado da ADEM-Comércio de Bens e Participações Ltda, bem assim o crédito equivocado estornado pela instituição financeira; o depósito bancário de R\$ 360.000,00 e de R\$ 530.000,00 e o empréstimo da ADEM-Comércio, no valor de R\$ 6.475.000,00,

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto

Voto Vencedor

O Conselheiro Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, redator designado:

A Turma Julgadora, a par da acuidade do voto do nobre Conselheiro Relator, entendeu que também com relação ao depósito de R\$330.000,00, a autuação deveria ser cancelada, tendo este Conselheiro sido designado para redigir as razões de voto vencedor.

O voto vencido entende que não restou comprovada a entrada de R\$330.000,00 na conta corrente da Contribuinte, uma vez que os contratos de mútuo referentes

a esses valores não foi devidamente registrado em cartório; não sendo, pois, oponível a terceiros.

Argui, ainda, que os documentos assinados pelas mesmas partes com as mesmas testemunhas seriam um indício de que o negócio, de fato, não existiu.

Na verdade, compulsando-se os autos identifica-se (i) a existência de um contrato; (ii) a existência de transferência bancária compatível com o contrato e; (iii) escrituração contábil compatível com o contrato e com a transferência realizada.

Nesse contexto, não cabe à Autoridade Fiscal demandar formalidade acima e além do que a lei determina.

É certo que os contratos podem ser levados a registro perante o cartório competente, como forma de dar publicidade aos negócios jurídicos celebrados pelas partes. Mas o fato é que essa formalidade, nos contratos que não a exigem expressamente, é exceção.

No presente caso, tem-se um valor contratado, executado e escriturado de forma coerente, não havendo que se falar em sua invalidade, ainda que se suponha, por indícios, a inexistência do negócio. Essa acusação, no entanto, para ser pertinente, deveria vir acompanhada de prova robusta, o que não existe na hipótese.

Cumprе ressaltar que o próprio contrato prevê a possibilidade de os valores serem liberados pela Lapa em montantes parciais, não havendo qualquer irregularidade em referida medida sob a ótica do direito privado ou do direito tributário.

Diante do exposto, declaro o voto da maioria julgadora, no sentido de excluir da base de incidência da autuação o valor de R\$330.000,00.

(assinado digitalmente)

Alexandre Antonio Alkmim Teixeira