



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº	19740.000301/2006-00
Recurso nº	158.477 Voluntário
Matéria	IRPJ E OUTROS
Acórdão nº	103-23.212
Sessão de	17 de outubro de 2007
Recorrente	BETAFAC ASSESSORIA E FOMENTO MERCANTIL LTDA.
Recorrida	2ª Turma/ DRJ - Rio de Janeiro/RJ I

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2003, 2004

Ementa: PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

O artigo 42, da Lei nº 9.430/96, estabeleceu a hipótese da caracterização de omissão de receita com base em movimentação financeira não comprovada. A presunção legal trazida ao mundo jurídico pelo dispositivo em comento torna legítima a exigência das informações bancárias e transfere o ônus da prova ao sujeito passivo, cabendo a este prestar os devidos esclarecimentos quanto aos valores movimentados.

EXTRATOS BANCÁRIOS. UTILIZAÇÃO NO PROCEDIMENTO FISCAL. CABIMENTO.

A utilização de informações bancárias no procedimento fiscal, com vistas à apuração do crédito tributário relativo a tributos e contribuições, tem respaldo no artigo 1º da Lei nº 10.174, de 9 de janeiro de 2001, que deu nova redação ao § 3º, do artigo 11 da Lei nº 9.611, de 24 de outubro de 1996.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004

**Ementa: LUCRO ARBITRADO.
APLICABILIDADE.**

Cabível o arbitramento do lucro quando o sujeito passivo, obrigado à apuração do resultado pelo lucro

(Assinatura)

real, não apresenta escrituração na forma da legislação comercial e fiscal.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo (Súmula 1º CC nº 14).

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Ano-calendário: 2003, 2004

Ementa: CSLL, PIS e COFINS. LANÇAMENTOS DECORRENTES.

Tratando-se de Autos de Infração lavrados como decorrência dos mesmos fatos que implicaram na exigência do IRPJ, aplica-se àqueles o resultado do julgamento deste.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BETAFAC ASSESSORIA E FOMENTO MERCANTIL LTDA.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir a qualificação da multa de ofício, reduzindo seu percentual para 75% (setenta e cinco por cento), nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Luciano de Oliveira Valença (Presidente) e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, que negaram o provimento.



LUCIANO DE OLIVEIRA VALENÇA
Presidente



LEONARDO DE ANDRADE COUTO
Relator

FORMALIZADO EM: 09 NOV 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Aloysio José Percínio da Silva, Márcio Machado Caldeira, Alexandre Barbosa Jaguaribe, Antonio Carlos Guidoni Filho e Paulo Jacinto do Nascimento.

Relatório

Trata o presente processo dos autos de infração lavrados pela Deinf/RJ, referentes aos anos-calendário de 2003 e 2004, através dos quais são exigidos do interessado o imposto sobre a renda de pessoa jurídica - IRPJ, no valor de R\$ 47.401.147,04 (fls. 227/234 e termo de verificação fiscal às fls. 190/217), a contribuição social sobre o lucro líquido - CSLL, no valor de R\$ 12.596.597,37 (fls. 235/243), a contribuição para o financiamento da seguridade social - Cofins, no valor de R\$ 14.827.858,35 (fls. 244/252), e a contribuição para o programa de integração social - Pis, no valor de R\$ 3.212.702,54 (fls. 253/261), acrescidos da multa de 150% e dos encargos moratórios.

2-Fundamentou, materialmente, a exação de IRPJ: arbitramento do lucro, visto que o interessado, sujeito à tributação com base no lucro real, não possui escrituração na forma das leis comerciais e fiscais. Tomou-se como receita conhecida para determinar a base de cálculo, os depósitos bancários.

2.1-A ação fiscal originou-se após a verificação da incompatibilização entre o movimento bancário (aproximadamente R\$ 186 milhões em 2003 e R\$ 304 milhões em 2004) em comparação com as declarações de IRPJ. Intimado a apresentar a documentação contábil, o interessado entregou os extratos bancários e os livros diários.

2.2-Nas análises dos diários constatou-se que os lançamentos foram feitos por partidas mensais, impossibilitando a identificação da movimentação financeira, bem como não havia sido contabilizada a movimentação da conta mantida na Caixa Econômica Federal - CEF, relativa a 2004. Intimado a comprovar as origens dos valores depositados nas contas bancárias, o interessado respondeu que não dispunha dos elementos necessários.

2.3-O interessado informou à fiscalização que sua atividade principal é a prestação de serviços de administração de contas a receber e a pagar de terceiros e a administração de fluxo de caixa.

2.4-As declarações de IRPJ entregues inicialmente, relativas aos anos-calendário de 2003 e de 2004, indicavam a situação de inatividade. Posteriormente o interessado entregou declarações retificadoras com valores incompatíveis com a movimentação financeira de 2003 (receita declarada de R\$ 373.065,24), além da declaração de 2004 apresentar valores "zerados". Não foram entregues as declarações de débitos e créditos tributários federais - DCTF, como também não recolheu-se qualquer tributo.

2.5-Diante da situação exposta, o lucro foi arbitrado, tomando-se como receita conhecida os depósitos bancários, dos quais foram excluídos todos os valores que não representam ingressos de novos recursos, bem como os cheques devolvidos. As receitas apuradas estão demonstradas às fls. 216/217 e o percentual utilizado para apuração do lucro foi de 38,4%.

R /

2.6-Enquadramento legal: arts. 258, §§1º e 2º; 530, I, II, "a" e "b", III; 532; 537 do RIR/1999. Art. 27, I; 42 da Lei 9.430/1996.

2.7-A multa aplicada ao lançamento foi de 150%, visto que o interessado agiu dolosamente, declarando-se incapaz de comprovar a elevada movimentação financeira, estando impossibilitado de reconstituir a escrituração contábil e fiscal, entrega duas declarações de IRPJ incompatíveis com a movimentação financeira, não apresenta as DCTF e não recolhe qualquer tributo. As atitudes do interessado foram conscientes, visando impedir o conhecimento das ocorrências dos fatos geradores dos tributos, por parte do fisco. O enquadramento legal da multa foi no art. 44, II, da Lei 9.430/1996.

3-CSLL, Cofins e Pis.

3.1-Em decorrência dos fatos apurados na infração de IRPJ, foram lançadas estas Contribuições.

3.2-Enquadramentos legais citados às fls. 236, 246 e 255.

4-Ao impugnar as exigências, fls. 266/292 e documentos de fls. 293/299, o interessado alega, em síntese, que:

- não há motivação para arbitramento do lucro, já que os livros fiscais foram entregues à fiscalização e ficaram em seu poder até a lavratura do auto de infração;

- para arbitramento dos lucros em razão da falta de contabilização do movimento bancário é imprescindível a demonstração da imprestabilidade da escrituração fiscal e consequente impossibilidade de apuração do lucro real;

- a fiscalização não demonstrou, como também não afirmou, que a escrituração seria imprestável, mas apenas alegou que a origem dos recursos depositados nas contas bancárias não teria sido comprovada;

- sempre foram do conhecimento da fiscalização a existência de outros procedimentos de fiscalização perante o próprio Ministério da Fazenda (COAF), onde estavam todos os livros e documentos de suporte à escrituração;

- não foi possível prestar os esclarecimentos solicitados, já que o controle das operações é feito por valores consolidados e não cheque a cheque individualizado;

- o arbitramento dos lucros é medida extrema, só permitida quando se constata a imprestabilidade da escrituração contábil, em razão de omissão, ou idoneidade de documentos ou de declaração, nos termos do art. 148 do CTN;

- as retificadoras das declarações de informações econômico-fiscais da pessoa jurídica – DIPJ e das declarações de débitos e créditos tributários federais – DCTF, relativas aos exercícios de 2004 e 2005, anos base de 2003 e 2004, foram devidamente entregues à Secretaria da Receita Federal – SRF, através das quais apuraram-se os débitos tributários a serem quitados;



- em 2/8/2005 foram protocolados os pedidos de parcelamento de débitos perante a SRF, formando o processo administrativo nº 19740.000275/2005-21, referente aos anos-calendário de 2003 e 2004, relativo ao IRPJ, CSLL, Pis e Cofins. Os pedidos foram deferidos em 31/10/2005 e os valores estão sendo recolhidos;
- quando muito, o lançamento deveria ter levado em consideração os valores parcelados e pagos, sob pena de exigência em duplicidade;
- o art. 148 do CTN impõe a instauração do devido processo fiscal de arbitramento, assegurando através do contraditório a ampla defesa;
- se tivesse sido realizado o devido processo legal de arbitramento, nos termos do art. 148 do CTN, jamais seria viável a imputação de omissão de receitas. Nesse procedimento teria a oportunidade de demonstrar que 100% dos valores que transitaram pelas contas correntes não podem constituir receitas, dada a sua atividade de factoring;
- a falta de contabilização de conta corrente bancária, o atraso na escrituração ou os equívocos cometidos nos registros das informações nos livros fiscais não têm o condão de autorizar o arbitramento dos lucros;
- sendo sua atividade a de troca de títulos de créditos com deságio, resta claro que os depósitos efetuados não são receitas;
- confrontando-se as entradas com as saídas de recursos financeiros das contas correntes, evidencia-se que a receita, como é de notório conhecimento, corresponde ao percentual médio de 1,5% do crédito;
- só para argumentar, dos depósitos deveriam ser deduzidas as saídas dos recursos correspondentes, sendo a diferença positiva ser considerada como resultado tributável;
- a pretensão fiscal não está respaldada pela tipicidade consagrada pelo legislador;
- a pretensão de lançar imposto sobre depósitos bancários já foi repugnada pela Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos, bem como pelo inciso VII, do art. 9º, do Decreto-lei nº 2.471/1988;
- nesta linha de raciocínio, não é pelo fato de ter sido editado o art. 42 da Lei nº 9.430/1996 é que tornou legítimo o lançamento de tributo incidente sobre a renda, com base em depósitos bancários;
- para que a legislação tributária do imposto de renda autorize a faculdade da autoridade lançar com presunção de omissão de receitas, é condição que reste provado um fato relevante de manutenção de recursos à margem da contabilidade;
- a alegação de ser incompatível a movimentação financeira com o resultado tributável, não pode prosperar, pois a própria atividade de factoring não lastreia essa conclusão. É evidente que a atividade sempre terá mais recursos transitando pelas contas correntes que as receitas auferidas;

R / O

- a presunção no direito tributário somente pode ser admitida desde que estabelecida em lei e observado os seus pressupostos;
- na autuação não é indicado um único elemento de prova para ensejar a condição de exacerbação da penalidade, consoante art. 44, II, da Lei nº 9.430/1996. Não ocorreu qualquer indício doloso;
- a jurisprudência administrativa vem entendendo ser impossível a aplicação da multa agravada em concomitância com a medida extrema de determinação do lucro.

A Delegacia de Julgamento prolatou o Acórdão DRJ/RJOI nº 13.026/2006 (fls. 322/330) considerando totalmente procedente o lançamento.

Devidamente cientificado (fl. 367), o sujeito passivo apresentou recurso voluntário a este Colegiado (fls.368/397), ratificando as razões da peça impugnatória.

É o Relatório.

 

Voto

Conselheiro LEONARDO DE ANDRADE COUTO, Relator

Argúi o sujeito passivo, ao contestar o arbitramento do lucro, que apresentou escrituração nos exatos ditames legais. Pelo exame dos autos, constata-se exatamente o contrário.

De imediato, saliente-se a demora no fornecimento das informações requeridas pela Fiscalização dificultando sobremaneira o procedimento fiscal. No caso específico do ano-calendário de 2004, sequer pode ser alegado o fato da documentação estar no COAF, pois esse Órgão informou que só reteve temporariamente registros e documentos concernentes ao ano-calendário de 2003.

Quanto à escrituração em si, os registros no Livro Diário referente ao ano-calendário de 2003 foram efetuados por partidas mensais, tornando impossível a identificação da movimentação financeira e, por consequência, dos resultados do período. Nessas circunstâncias, a legislação exige a utilização de livros auxiliares para registro individuados dos fatos contábeis, o que não foi cumprido pelo sujeito passivo

Em relação ao ano-calendário de 2004, constatou a Fiscalização a existência de vícios nos registros contábeis que os tornavam imprestáveis para apuração do lucro real. Registre-se ainda que o Livro Diário não individualizou a origem dos recursos representados por depósitos em conta-corrente.

Sob essa ótica, perfeitamente caracterizadas as circunstâncias que justificam o arbitramento do lucro, nos termos do art. 530, do RIR/99.

No que se refere à constatação da omissão de receitas, está caracterizada com base no art. 42 da Lei nº 9.430/96 que estabeleceu a presunção legal no sentido de que os valores creditados em conta de depósito em relação aos quais o titular, devidamente intimado, não comprovar a origem dos recursos, implicam em omissão de receita. Perfeitamente legal, portanto, a natureza tributária dos valores movimentados em conta-corrente, quando não justificados.

Por sua vez, a Lei nº 10.174/01 deu nova redação ao art. 11 da Lei nº 9.311/96 de forma a permitir que as informações bancárias fossem utilizadas na constituição de crédito tributário relativo a outros tributos administrados pela Receita Federal, além da CPMF:

Art. 1º O art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 11.....

....."

"§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo



tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores." (NR)

(grifo acrescido)

Do exposto, resta claro não haver irregularidade na utilização das informações bancárias como suporte no procedimento fiscal.

Em relação à base de cálculo, nos procedimentos de fiscalização que envolvem a análise da movimentação financeira das empresas de fomento mercantil, é sempre objeto de discussão a perfeita identificação da receita inerente aos depósitos bancários. A controvérsia tem origem na especificidade operacional dessas pessoas jurídicas cuja principal atividade, em resumo, consiste na aquisição de títulos com deságio os quais, quando liquidados por seu valor de face, proporcionam o auferimento de receita identificada justamente pelo deságio.

A linha argumentativa da recorrente vai justamente nesse sentido. Ao considerar como receita omitida a totalidade dos depósitos efetuados, a Fiscalização teria desconsiderado a situação atípica das operações realizadas pela autuada, o que teria causado uma tributação onerosa sobre os valores de face dos títulos que jamais poderiam corresponder à receita.

Para dirimir a questão convém, em primeiro lugar, deixar claro quais as atividades desenvolvidas pelas empresas de fomento mercantil (*factoring*). Isso porque, ainda que a aquisição de direitos creditórios seja a mais comum, essas pessoas jurídicas realizam outras operações de natureza diversa. No caso da recorrente, o ato constitutivo (fls. 158/160) estabeleceu como objeto social (cláusula 5^a):

- Prestar, em caráter cumulativo e contínuo, serviços de análise e gestão de crédito, de orientação mercadológica, de acompanhamento de contas a receber e a pagar e serviços correlatos que vierem a ser solicitados pela clientela;
- Adquirir créditos (direitos) de empresas clientes resultantes de vendas de seus produtos, mercadorias ou de prestação de serviços;
- Ceder seus direitos a terceiros e;
- Efetuar negócios de *factoring* no comércio internacional de importação e exportação.

As alterações contratuais posteriores, ainda que com algumas adaptações, não modificaram a essência dessas atividades. Constatase, portanto, que uma empresa de fomento mercantil não exerce, pelo menos em tese, exclusivamente a atividade de compra e venda de créditos, representados por títulos.

Dessa forma, a receita representada pela diferença entre o valor de face e o valor de aquisição do título (deságio ou *spread*) consiste apenas numa parte das receitas auferidas pela empresa. Ao tratar da matéria, para efeito de apuração da base de cálculo da Cofins, a

R /

Secretaria da Receita Federal deixa bem clara essa circunstância no Ato Declaratório Normativo Cosit nº 31/97:

““O COORDENADOR-GERAL DO SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO, no uso das atribuições que lhe confere o item II da Instrução Normativa SRF nº 34, de 18 de setembro de 1974, tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, nos arts. 28, § 1º, alínea “c.4” e 36, inciso XV, da Lei No 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações introduzidas pela Lei N° 9.065, de 20 de junho de 1995, e pelo art. 58 da Lei N° 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Declara, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento e aos demais interessados que:

I - a base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, das empresas de fomento comercial (Factoring) é o valor do faturamento mensal, assim entendido, a receita bruta auferida com a prestação cumulativa e contínua de serviços:

- a) de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos;*
- b) de administração de contas a pagar e a receber; e,*
- c) de aquisição de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços;*

II - na hipótese da alínea “c” do inciso anterior, o valor da receita a ser computado é o valor da diferença entre o valor de aquisição e o valor de face do título ou direito adquirido.” (grifos acrescidos)

Vê-se que apenas quando a atividade da empresa constituir-se exclusivamente na aquisição de direitos creditórios ocorre a efetiva diferenciação entre aquela e as demais pessoas jurídicas, hipótese que se constituiria em impeditivo para aplicação da presunção legal do art. 42 da Lei nº 9.430/96.

No presente caso essa comprovação não ocorreu. Ainda que argumentando nessa linha, tanto na impugnação como na peça recursal, o sujeito passivo não trouxe aos autos nenhum elemento indicativo da realização de operações típicas de *factoring*. Na verdade, contraditoriamente a recorrente afirma que nos anos-calendário sob procedimento fiscal a atividade principal exercida não foi essa. A fl. 68, em atendimento à intimação da Fiscalização a interessada sustenta:

(.....)

Entretanto, cumpre ressaltar que nos anos calendários de 2003 e 2004 a sociedade em exame teve como atividade social principal, a persecução das operações denominadas “trustee”, na forma acima explicitada.

(.....)

R /

Na própria definição da recorrente, entende-se como “trustee” a administração de contas a pagar e receber de terceiros e a administração de fluxo de caixa. Nessas condições, não há como acatar os argumentos de defesa, sendo inaplicáveis ao caso as peculiaridades da atividade de *factoring*. Correto, destarte, o procedimento fiscal.

Relativamente à imputação de multa qualificada, a autoridade fiscalizadora primeiramente tece arrazoado teórico sobre o dolo que se manifestaria na sonegação e na fraude tipificadas na Lei nº 4.502/64.

Especificamente quanto à conduta dolosa, estaria caracterizada, segundo o Fisco, pelo não atendimento às solicitações para fornecimento de documentos e regularização da escrituração, bem como pelo fato do sujeito passivo admitir a incapacidade de comprovar a elevada movimentação financeira. A intenção fraudulenta também estaria demonstrada na apresentação de Declarações contendo valores incompatíveis com sua movimentação financeira, em substituição a Declarações de inatividade e a ausência de pagamento de tributos até o início do procedimento fiscal.

Nesse ponto, algumas questões devem ser levantadas. A omissão e a ausência de escrituração ou atendimento às solicitações foram supridas com o arbitramento do lucro e aplicação da multa de ofício. Além disso, se o Fisco entender caracterizada a recusa no atendimento, seria o caso de agravamento da multa e não de qualificação.

A incapacidade de comprovar a elevada movimentação financeira e a apresentação de Declarações incompatíveis com essa movimentação levaram a autoridade fiscalizadora, com base numa presunção legal, a tributar como omissão de receita todos os depósitos bancários na contas correntes da pessoa jurídica., aplicando a devida sanção diante da irregularidade constatada.

Dessa forma, cada uma das circunstâncias que levaram a autoridade fiscalizadora à convicção da conduta fraudulenta correspondeu, na verdade, a irregularidades devidamente enquadradas e sancionadas sob a égide das normas tributárias.

Por outro lado, tratando-se de uma presunção legal, o ilícito tributário tem origem na assunção de que se obterá o mesmo resultado que se obteve numa generalidade de casos iguais, em virtude de uma lei de freqüência de resultados conhecidos. A norma concede à autoridade o poder de presumir ocorrido esse resultado. Entretanto, a fraude não se presume. Há que se aprofundar a análise dos indícios apurados.

Saliento que, a meu ver, não é o fato de se tratar de apenas um indício que descharacteriza o dolo. Ao contrário, indício é prova e a prova indiciária pode perfeitamente firmar convicção quanto à conduta fraudulenta. Só que, em casos como o presente, é necessária a constatação de fatos agravantes complementares que diferenciem perfeitamente esta situação de outras hipóteses de omissão de receita nas quais é aplicada multa de 75%.

Esse entendimento foi consolidado na jurisprudência deste Colegiado com a recente edição da Súmula 1º CC nº 14, cujo enunciado prevê:

A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.



Com base no até aqui exposto, entendo ser incabível a qualificação da multa de ofício, que deve retornar ao patamar de 75%.

Sala das Sessões, em 17 de outubro de 2007

Leonardo de Andrade Couto
LEONARDO DE ANDRADE COUTO

✓