



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

Processo n° 10120.009528/2010-11
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-001.379 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de abril de 2014
Matéria IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURIDICA
Recorrente MODULINE INDUSTRIAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006

PRESUNÇÃO LEGAL. OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Caracterizam-se omissão de rendimentos os valores creditados em instituição financeira, em relação aos quais o titular, intimado, não comprove, a origem dos recursos utilizados.

SIGILO BANCÁRIO.

É lícito ao Fisco requisitar dados bancários, sem autorização judicial, na vigência do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001.

CONSTITUCIONALIDADE.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Súmula CARF nº 2.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SÓCIO DE FATO.

De acordo com a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, denominado Código Tributário Nacional - CTN o sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária na qualidade de responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal

ARBITRAMENTO DO LUCRO.

Configurada a existência de falhas e irregularidades na escrituração contábil da pessoa jurídica, que se revela imprestável para efeito de determinação do lucro real, bem como para identificar com precisão sua movimentação financeira, resta autorizado o arbitramento do lucro, sendo que este, no caso

presente, foi efetuado com base nas receitas reconhecidas pelo próprio sujeito passivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Relator.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Presidente.

(assinado digitalmente)

Guilherme Pollastri Gomes da Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Waldir Veiga Rocha, Marcio Rodrigo Frizzo, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Eduardo de Andrade, Helio Eduardo de Paiva Araujo e Alberto Pinto Souza Junior.

Relatório

Contra o Contribuinte foram lavrados Autos de Infração de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, referentes ao ano-calendário de 2006, no montante de R\$ 10.736.102,50.

Relata a Fiscalização que, ao averiguar indícios de sonegação fiscal da contribuinte, sociedade de fomento mercantil - factoring, verificou inconsistências entre a movimentação financeira apontada na DCPMF, entregue pelo Bradesco de R\$ 60.533.543,71, e o valor de IRPJ informado na DIPJ oferecido à tributação de R\$3.368,00.

Esclarece que, aplicado o fator de compra padrão de títulos com deságio, apurado pela Anfac - Associação Nacional das Sociedades de Fomento Mercantil - Factoring, para o ano de 2006, de 4,28%, sobre a movimentação financeira, encontra-se uma receita estimada de R\$ 2.590.835,00.

Complementa a autoridade tributária informando que o Banco Bradesco informou ter pago, a título de rendimento de aplicações financeiras, o valor de R\$ 469.297,71 enquanto a fiscalizada informou R\$ 166.264,00.

Tendo frustradas as tentativas de entregar, via postal, o termo de início da ação fiscal, primeiro no domicílio fiscal, e em seguida para os sócios da empresa, foi dada a ciência por meio de edital, afixado em 16/07/2009 e 06/08/2009.

Transcorrido o prazo sem resposta, foi solicitada a expedição da requisição de informações sobre movimentação financeira (RMF), em razão das divergências encontradas.

A contribuinte ainda foi declarada inapta, contudo, ao responder o Termo de Intimação Fiscal lavrado em 17/11/2009, em 08/12/2009 e comprovar a funcionalidade do domicílio fiscal da pessoa jurídica, a declaração de inaptidão foi reconsiderada.

Uma vez efetuada a análise dos livros fiscais e comerciais e dos extratos bancários, foi intimada a comprovar os depósitos que não foram lançados na escrita contábil, de valor superior a R\$5.000,00, e a manifestar-se sobre o demonstrativo de rendimento obtido com a aplicação de CDB.

Em resposta, a fiscalizada não se pronunciou quanto aos rendimentos de CDB e apresentou borderôs de negociação que comprovaram parte dos recursos depositados.

Nesse contexto, foram apuradas três infrações. A primeira, referente aos depósitos bancários não comprovados, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, a segunda, relativa aos depósitos comprovados com a apresentação dos borderôs, nos quais os lucros das operações de factoring não foram oferecidos à tributação, e a terceira, em razão da contribuinte não ter contabilizado as aplicações e os rendimentos de renda fixa obtidos com os CDB's.

Tendo em vista que a escrituração contábil não contemplou a movimentação bancária junto ao Banco Bradesco, inviabilizando a apuração pelo lucro real,

decidiu a Fiscalização arbitrar o lucro com fundamento no art. 531, inciso II, alíneas "a" e " b" do RIR/99.

Assim, sobre as receitas de depósitos não comprovados e operações de factoring foi aplicado o coeficiente de lucro arbitrado de 38,4% de IRPJ e 32% de CSLL, e, obtido o lucro arbitrado, foi somado aos rendimentos referentes às aplicações de renda fixa. Para o PIS/Pasep e a Cofins, a base de cálculo foi obtida mediante a soma das receitas auferidas.

Relata ainda a autoridade fiscal que parte dos recursos não oferecidos à tributação teria sido utilizado na aquisição de um apartamento, com pagamento através de vinte e oito cheques emitidos pela fiscalizada e assinados pelo sócio Renílton Nunes de R\$ 38.571,43, totalizando R\$1.080.000,04.

Mesmo tendo sido excluído do quadro societário da contribuinte em 03/10/2006, o sr. Renílton Nunes continuou praticando atos de gestão, assinando cheques emitidos pela pessoa jurídica e contando com procuração por instrumento público de sócia da empresa onde lhe foram conferidos poderes de administração.

Diante dos fatos apurados, concluiu a autoridade tributária que a empresa encontrava-se predisposta a sonegar tributos federais e deixar que o ônus tributário recaísse sobre as duas sócias de direito.

Assim, com base no art. 135, inciso III do CTN e nos parágrafos 85 a 95 do PARECER/PGFN/CRJ/CAT n° 55/2009 e no Parecer PGFN/CAT n° 1474/2009, o administrador de fato, o sr. Renílton Nunes, foi responsabilizado solidariamente.

Em razão das ocorrências, foi feita Representação Fiscal para Fins Penais, nos autos do processo administrativo n° 10120.009580/2010-78.

Por fim, tendo em vista as condutas adotadas pela contribuinte e pelo responsável, que tenderam retardar o conhecimento da Fazenda sobre a ocorrência do fato gerador, além da utilização de interpostas pessoas que não detinham capacidade para adimplir as obrigações fiscais foi imputada a multa qualificada de 150% com base no art. 44, § 1º da Lei n° 9.430/96, com nova redação conferida pela Lei n° 11.488, de 2007.

Cientificados dos lançamentos em 01/12/2010, foi apresentada impugnação tempestiva em conjunto, em 30/12/2010 onde se alegou em síntese o seguinte:

- que os impugnantes foram intimados sobre a existência da fiscalização, nos mesmos endereços das intimações anteriores que haviam sido frustradas e mesmo diante dos documentos entregues e dos esclarecimentos prestados, sem que o agente fiscalizador tivesse realizado qualquer diligência, foram desconsideradas todas justificativas apresentadas e lavrados os autos de infração.

- que o Termo de Verificação Fiscal possui inúmeras inconsistências. O fiscal reconhece que os valores constantes nos extratos bancários estão relacionados aos borderôs de negociação referentes à atividade de factoring, e que de acordo com o índice publicado pela ANFAC o "spread" médio praticado pelas empresas de fomento mercantil no ano de 2006 teria sido de 4,6%. Contraditoriamente, o auditor arbitrou um lucro no importe de 38,4% para o IRPJ e de 32% para a CSLL, PIS e Cofins.

- que o auditor também reconhece que parte dos valores que transitaram na conta decorrem da aquisição de cheques pré-datados que foram devolvidos e reapresentados,

gerando duplicidade de lançamentos na movimentação bancária, no entanto, conclui que todos os créditos lançados na conta são omissão de receita.

- que o fiscal desconsiderou a personalidade jurídica da empresa, sem qualquer fundamento e responsabilizou solidariamente o Sr. Renílton Nunes (ex-sócio e atual procurador da sociedade).

- preliminarmente, requer a nulidades no procedimento tendo em vista o cerceamento de defesa, junta jurisprudência do STJ neste sentido.

- que os impugnantes não tiveram oportunidade de se manifestar sobre a constituição e o arbitramento que originou o crédito tributário, vez que a ação fiscal ocorreu, em grande parte à revelia.

- que a ausência de sinais exteriores de riqueza e acréscimo patrimonial evidencia a necessidade da realização de perícia.

- que o fiscal não apresentou qualquer documento, além dos extratos bancários (obtidos de forma ilegal e inconstitucional) e das informações fornecidas pela empresa impugnante.

- que a fiscalização não aprofundou a investigação e não mencionou quais operações deveriam ser esclarecidas.

- que a quebra do sigilo bancário e fiscal da impugnante é ilegal e teve início a partir de presunções infundadas e acusações descabidas.

- que ao contrário do alegado pelo fiscal, os negócios jurídicos realizados entre os impugnantes não configuram nenhum ilícito. Todos os atos praticados pelo Sr. Renílton Nunes foram praticados no exercício de mandato através de procuração pública.

- que assim, a desconsideração da personalidade jurídica, assim como, a atribuição da responsabilidade "solidária" ao Sr. Renílton Nunes, ora impugnante, fere a constituição, a legislação e a jurisprudência.

- que a desconsideração somente pode ser realizada pelo Poder Judiciário, conforme entendimento ratificado pelo STJ.

- que ademais o art. 134 do CTN permite a responsabilização de terceiros somente quando ficar demonstrada a impossibilidade do cumprimento da obrigação tributária pela pessoa jurídica e desta forma, deve ser excluído do pólo passivo o Sr. Renílton Nunes.

- que só existe renda se houver, acréscimo patrimonial, não podendo o legislador ordinário extrapolar esta definição. A fiscalização lavrou os autos de infração baseada em meras presunções.

- que os depósitos bancários desacompanhados de outros indícios não podem ensejar presunção válida de omissão de rendimentos.

- que o Sr. Renílton Nunes, não sendo o responsável pela movimentação bancária não poderia provar os depósitos que não foram individualizados, restando totalmente nulo e ineficaz o pedido de informações.

- requer seja reconhecida a inexistência de relação jurídico-tributária, referente ao auto de infração em epígrafe, relativo ao ano-calendário de 2006, em razão dos seguintes fundamentos:

a) o art. 3º, §1º e 4º da Lei nº 7.713/88, ofendem o princípio constitucional da hierarquia das leis e da segurança jurídica, descritos no art. 59 e 69 da Constituição Federal/1988 ao alterar o conceito de renda através de lei ordinária, conforme previsto no art. 146, III e art. 153 da Constituição Federal/88;

b) a aplicação do art. 3º, §1º e 4º da Lei nº 7.713/88 é ilegal uma vez que altera o conceito de renda previsto no art. 43 e 110 do CTN;

c) não houve comprovação de sinais exteriores de riqueza e acréscimo patrimonial dos impugnantes, conforme determina art. 6º da Lei nº 8.021/90, o art. 43 do CTN e o art. 146, III e art. 153 da Constituição Federal/88;

d) o lançamento foi realizado com base apenas em extratos ou depósitos bancários, sendo contrário ao entendimento consolidado na Súmula 182/TFR.

- que o Fisco Federal não obedeceu aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade e incorreu em erros que interferem na constituição do "suposto" crédito tributário.

- que conforme planilhas anexadas "Demonstrativo das Inconsistências do Auto de Infração", o somatório dos depósitos mensais e dos cheques devolvidos constantes no extrato bancário da empresa impugnante diverge do somatório dos depósitos mensais e dos cheques devolvidos apurados pela fiscalização.

- que a fiscalização se equivocou no somatório dos cheques devolvidos. Através de análise dos extratos fornecidos pelo Banco Bradesco S/A a impugnante identificou uma diferença absurda no valor de R\$ 13.831.175,28, devidamente demonstrada em planilha anexada "Demonstrativo das Inconsistências do Auto de Infração" e no quadro de fls.

- que no levantamento realizado pela fiscalização, não foram considerados os títulos negociados pela empresa impugnante no ano-calendário anterior, emitidos nos meses de 10/2005, 11/2005 e 12/2005, cujos vencimentos/descontos ocorreram nos meses 01/2006, 02/2006 e 03/2006.

- que se a fiscalização tivesse considerado a totalidade dos cheques devolvidos, não haveria depósitos não justificados e sem origem comprovada. A relação detalhada dos títulos com data de aquisição, data de vencimento, valor do título e nome do sacado encontra-se anexada presente Impugnação.

- que o arbitramento efetuado pela Fiscalização não condiz com a natureza das atividades desenvolvidas pela impugnante, já que o próprio fiscal reconhece que a Associação Nacional de Fomento Mercantil - Anfac, em 2006, apresentou como índice para a atividade de factoring o percentual de 4,58% sobre os valores negociados nas empresas.

- que tal índice inclui uma serie de outros serviços que a empresa impugnante jamais exerceu.

- que contraditoriamente, a autoridade fiscal arbitrou um lucro no importe de 38,4% para o IRPJ e de 32% para a CSLL., sendo que os valores depositados em conta bancária jamais poderia representar receita de comissões da empresa de factoring.

- ressalte-se que o índice supracitado refere-se a uma expectativa de lucro, e não necessariamente lucro, como no caso da impugnante, no qual no mês de dezembro/2006, auferiu 2,79%, sua maior porcentagem de lucro.

- que o Conselho já manifestou entendimento em diversos julgados no sentido de que o arbitramento deve obedecer aos limites publicados pela entidade reguladora ANFAC, como se pode observar no Acórdão nº 191-00.030.

- que as incorreções e os questionamentos em relação ao procedimento fiscal utilizado pela fiscalização, requerem os impugnantes perícia contábil, nos termos do art. 16, inciso IV do Decreto nº 70.235/72 e para tanto, nomeiam como assistente técnico contábil o Sr. LÁZARO BATISTA BARROS, contador inscrito no CRC-GO sob o nº 6.132, inscrito no CPF/MP nº 197.452.901-06, com endereço profissional na av. Nona Avenida, nº 226, qd. 76, lt. 01, esq. com a rua 219, Setor Leste universitário, Goiânia, Goiás, tel.: (62) 3218-5060, a fim de que sejam respondidos os seguintes quesitos: c.1.1) Os valores apurados mensalmente pelo agente fiscalizador a título de movimentação bancária estão relacionados com a atividade mensal da empresa impugnante? c.1.2) A fiscalização considerou as origens dos depósitos efetuados no Banco Bradesco S/A, conforme planilhas anexadas pela empresa impugnante? c.1.3) Foram consideradas a totalidade dos cheques devolvidos e duplicidade de lançamentos em razão de reapresentação dos referidos cheques? o 1.4) A presunção de acréscimo patrimonial efetuada pela fiscalização com base na movimentação bancária da empresa impugnante, considerou os cheques devolvidos e os lançamentos em duplicidade em razão de reapresentação de cheques? c.1.5) Além dos extratos bancários, existem nos autos do processo administrativo, diligências e/ou documentos que comprovem acréscimo patrimonial ou de sinais exteriores de riqueza do impugnante? c.1.6) A metodologia utilizada pela fiscalização considerou as disponibilidades financeiras declaradas pelos impugnantes em exercícios anteriores? c.1.7) A metodologia utilizada pela fiscalização considerou a totalidade das atividades econômicas e/ou financeiras exercidas pela empresa impugnante, em nome próprio e de terceiros?

- requerem os impugnantes ainda a juntada posterior de documentos, que se fizerem necessárias à comprovação de todo o alegado.

A 2ª Turma da DRJ/BSB, através do acórdão nº 03-41.918, por unanimidade de votos julgou improcedente a impugnação, conforme Ementa a seguir:

ASSUNTO: IRPJ

Ano-calendário: 2006

PRESUNÇÃO LEGAL. OMISSÃO DE RECEITAS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

I - Presume-se ocorrida a omissão de receitas ou de rendimentos, em situação no qual os depósitos bancários indicando a movimentação

financeira do contribuinte não tiverem a origem comprovada pelo titular, mediante a devida apresentação de documentação hábil e idônea. II - Opera-se a inversão do ônus da prova, situação em que cabe ao contribuinte desconstituir a presunção legal prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

PRESUNÇÃO LEGAL. APRECIAÇÃO DE LEGALIDADE.

A presunção de omissão de receitas encontra-se prevista em lei. Nesse contexto, não cabe a órgão de julgamento administrativo apreciar argüição de sua legalidade.

SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. INOCORRÊNCIA. PREVISÃO LEGAL. EMISSÃO DE RMF. FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

O fornecimento de informações pelas instituições financeiras sobre a movimentação do sujeito passivo, na forma da Lei Complementar nº. 105, de 2001, não constitui quebra de sigilo. Trata-se de medida que prescinde de autorização judicial, quando promovida nos termos da lei, durante procedimento fiscal em curso no qual a autoridade tributária constata ser indispensável o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras.

CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. MODO DIFUSO. EFICÁCIA ENTRE AS PARTES.

Eventual decisão do STF, em sede de controle difuso de constitucionalidade, tem efeito apenas entre as partes, ou seja, não beneficia terceiros não integrantes da lide.

RELAÇÃO OBRIGACIONAL. TRIBUTÁRIA. PÓLO PASSIVO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SOCIEDADE EMPRESÁRIA. SÓCIO DE FATO. ATOS DE GESTÃO. EXCESSO DE PODERES. SOLIDARIEDADE.

I - A responsabilização tributária, decorrente de relação obrigacional, prevista no CTN, não implica em desconsideração da pessoa jurídica, sendo institutos diferentes.

II - Condutas do administrador, no qual, apesar de ter se retirado formalmente da sociedade, continuou praticando atos de gestão, assinando todos os cheques da empresa e não escriturando vultuosa movimentação financeira, em uma série de atos ordenados, um por um, caracterizam sua atuação na condição de sócio de fato, agindo com excesso de poderes. Tais ações e omissões, além de infringirem a legislação comercial e tributária vigente, implicam na subsunção ao art. 135, inciso III, do CTN.

III - Trata-se de responsabilidade solidária, no qual integram o pólo passivo a pessoa jurídica e o sócio de fato, sem benefício de ordem.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. RECEITA BRUTA CONHECIDA. COEFICIENTE PARA A DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. APURAÇÃO DO TRIBUTO. APLICAÇÃO DAS ALÍQUOTAS.

Quando conhecida a receita bruta, o lucro arbitrado será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 do RIR/99 e seus parágrafos, acrescidos de vinte por cento. Por sua vez, sobre a base de cálculo encontrada, serão aplicadas as alíquotas previstas na legislação regente para apurar o IRPJ e a CSLL devidos.

ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS. INCONSTITUCIONALIDADE.
APRECIÇÃO. FALTA DE COMPETÊNCIA.

Não compete aos órgãos julgadores administrativos apreciar a constitucionalidade de lançamento fiscal cujos fundamentos encontram-se amparados em lei.

DILIGÊNCIA. PERÍCIA. DESNECESSIDADE.

Sendo os documentos acostados aos autos claros, permitindo um adequado julgamento, torna-se prescindível a realização de perícia ou diligência para a solução da controvérsia.

PROTESTO PELA JUNTADA DE TODAS AS PROVAS ADMITIDAS EM DIREITO.

As provas documentais devem ser apresentadas por ocasião da impugnação, sob pena de preclusão processual, exceto nas situações previstas no art. 16, § 4º do PAF.

Intimada da decisão da DRJ em 18/03/2011, sexta feira, apresentou recurso voluntário tempestivo em 19/04/2011, reiterando os argumentos aduzidos em sede de impugnação e acrescentando em apertada síntese o seguinte:

- que somente após um ano de fiscalização a recorrente foi regularmente intimada sobre a fiscalização. Que a intimação se deu no mesmo local onde as demais foram devolvidas.

- que apesar dos documentos e esclarecimentos prestados pela empresa recorrente, ao final da fiscalização e sem que o agente fiscalizador tivesse realizado qualquer diligência, foram desconsideradas todas justificativas apresentadas, culminando com a lavratura do presente auto de infração, em face da empresa recorrente e do Sr. Renílton Nunes (ex-sócio e atual procurador da sociedade) com base apenas em extratos bancários obtidos de forma ilícita.

- que para fundamentar a autuação, o agente fiscal cotejou as informações prestadas pela empresa recorrente com a movimentação bancária obtida procedeu ao arbitramento apurando um "suposto" crédito tributário de R\$ 10.736.102,50.

- requer a nulidade do auto e o reconhecimento do cerceamento do direito de defesa e quebra de sigilo.

- que a fiscalização se limitou a arbitrar o lucro, tributando toda sua movimentação financeira.

- que a quebra de sigilo é inconstitucional e já foi decidida pelo STF.

- que a fiscalização de forma arbitrária e sem qualquer respaldo fático e legal desconsiderou a personalidade jurídica da empresa recorrente, responsabilizando de forma "solidária" o ex-sócio e atual procurador da sociedade Sr. Renílton Nunes.

- que os negócios jurídicos realizados entre os recorrentes encontram-se respaldados pela legislação vigente e não configuram nenhum ilícito.

- que todos os atos praticados pelo Sr. Renílton Nunes foram praticados no exercício de mandato através de procuração pública.

- que a desconsideração da personalidade jurídica, assim como, a atribuição da responsabilidade "solidária", só pode ser realizada pelo poder judiciário, conforme legislação vigente e jurisprudência pacífica.

- que é entendimento já pacificado o Colendo Superior Tribunal de Justiça nos ensina que o mero inadimplemento tributário por si só não caracteriza hipótese de responsabilidade subsidiária.

- que para ser considerada renda deve haver disponibilidade econômica, acréscimo patrimonial e haver sinais exteriores de riqueza. Depósitos bancários não é renda conforme súmula nº 182 do TRF.

- que não foram respeitados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

- que a metodologia utilizada para proceder ao arbitramento, além de não ser suficientemente clara, contém erros que interferem fundamentalmente na constituição do crédito tributário.

- conforme planilhas anexadas "*Demonstrativo das Inconsistências do Auto de Infração*", o somatório dos depósitos mensais e dos cheques devolvidos constantes no extrato bancário da empresa recorrente diverge em R\$ 1.281.114,34, do somatório dos depósitos mensais e dos cheques devolvidos apurados pela fiscalização, ainda que a fiscalização tenha desconsiderado depósitos inferiores a R\$ 5.000,00 .

- que também se equivocou no somatório dos cheques devolvidos. Através de análise dos extratos fornecidos pelo Banco Bradesco S/A a empresa recorrente identificou uma diferença absurda no valor de R\$ 13.831.175,28 devidamente demonstrada em planilha anexada "*Demonstrativo das Inconsistências do Auto de Infração*".

- *que* não foram considerados ainda os títulos negociados pela empresa recorrente no ano-calendário anterior, emitidos nos meses de 10/2005, 11/2005 e 12/2005, cujos vencimentos/descontos ocorreram nos meses 01/2006, 02/2006 e 03/2006. A relação detalhada dos títulos com data de aquisição, data de vencimento, valor do título e nome do sacado encontra-se anexada aos autos.

- que o Conselho de Contribuintes, atual CARF, manifestou entendimento em diversos julgados, no sentido de que o arbitramento deve obedecer aos limites publicados pela entidade reguladora ANFAC.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Guilherme Pollastri Gomes da Silva Relator

Conheço do recurso voluntário por ser tempestivo e preencher os requisitos do Decreto nº 70.235/72.

Em relação a quebra de sigilo bancário argüida pela Recorrente, esclareço que já tinha despachado, do dia 16/11/12, determinado o sobrestamento do julgamento, por conta da determinação do art. 62-A do RICARF diante de recurso repetitivo sobre a matéria estar pendente de julgamento no STF.

Porém com a publicação da Portaria nº 545, de 18/11/2013, o art. 62 do RICARF foi revogado e com ele o impedimento do julgamento de processos que envolvam a quebra de sigilo bancário. Com isso o processo retornou para minha relatoria para julgamento, e é o que faço neste momento.

Conforme demonstrado, não obstante ter sido intimada reiteradas vezes, a Recorrente não se manifestou, razão pela qual a Fiscalização, para verificar a razão das divergências constatadas entre a movimentação financeira e os valores declarados, teve que se socorrer da faculdade autorizada art. 6o da Lei Complementar nº 105, de 2001, regulamentado pelo Decreto nº. 3.724, de 2001

Nesse contexto, tendo em vista que a emissão do RMF deu-se nos termos da legislação de regência, não há nenhum vício que possa macular o lançamento fiscal.

No que concerne ao RE nº 389808, citado pela impugnante, trata-se de controle incidental de constitucionalidade, exercido de modo difuso pelo Supremo Tribunal Federal, cujos efeitos aplicam-se apenas às partes do processo.

Para que a decisão tenha efeito *erga omnes*, não basta que seja proferida pelo STF em sede de controle difuso, deve, ainda, haver edição de Resolução do Senado suspendendo a execução do dispositivo declarado inconstitucional (CF, art. 52, X), ou, em outra hipótese, para que decisões da espécie obriguem a administração pública ao seu cumprimento, carece que o Supremo Tribunal Federal edite súmula vinculante, nos termos da Lei nº 11.417, de 2006.

Superado este impedimento, passo a analisar a alegação de nulidade do auto de infração e vejo que a mesma não pode prosperar já que o auto foi lavrado por servidor competente e não ocorreu qualquer cerceamento de defesa da Recorrente.

Defendo que o art. 59 do Decreto nº 70.235/72, prevê as possibilidades de nulidades do processo administrativo fiscal e assim dispõe sobre a matéria:

“Art. 59. São nulos:
I- os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;
II- os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.
(...)”

Por sua vez, o art. 10 do mesmo diploma legal, determina:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:
I – a qualificação do autuado;
II – o local, a data e a hora da lavratura;
III – a descrição do fato;
IV – a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;
V – a determinação da exigência e a intimação para cumprila ou impugnála no prazo de trinta dias;
VI – a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Sendo assim, somente estes vícios são capazes de determinar a nulidade de um ato administrativo e como nenhum deles veio, efetivamente a ocorrer descarto qualquer pretensão de nulidade levantada em relação ao auto de infração.

A Recorrente teve ciência de todos os atos e elementos que necessitava para sua defesa, tendo sido intimada de todos os atos praticados e oferecidos os prazos de resposta. Além do mais depreende-se da leitura da impugnação e do recurso que a Recorrente conhece plenamente todas as acusações que lhe foram atribuídas.

No que concerne às jurisprudências administrativas e judiciais anexadas em seu favor, cumpre esclarecer que nos termos do art. 4º do Decreto nº 2.346/1997, a extensão dos efeitos daquelas decisões, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, possui como pressuposto a existência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, acerca da inconstitucionalidade da lei que esteja em litígio, o que definitivamente não ocorreu. Assim sendo, não estando enquadradas nesta hipótese, as sentenças administrativas e judiciais só produzem efeitos em relação às matérias e às partes envolvidas na lide, não se aplicando a terceiros.

Portanto descabidas, suas pretensões de nulidade.

Protesta os critérios adotados pela Fiscalização ao efetuar o lançamento fiscal amparada na presunção prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, já que tal dispositivo não poderia alterar o conceito de renda previsto no art. 43 do CTN e não caracterizaria acréscimo patrimonial ou sinais exteriores de riqueza..

Alega cerceamento ao princípio do contraditório e da ampla defesa, na medida em que a Fiscalização valeu-se apenas dos extratos bancários para efetuar os lançamentos, sem o necessário aprofundamento dos trabalhos.

Recorre ainda aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, contesta a responsabilização tributária do sócio de fato e a base de cálculo adotada pelo arbitramento.

Teve início a ação fiscal em razão das inconsistências encontradas pela autoridade tributária ao comparar os valores declarados pela contribuinte e a sua movimentação financeira.

Ao contrário do que afirma a Recorrente, sua DCPMF apontou uma movimentação no decorrer do ano calendário de 2006 no montante de R\$60.533.543,71. Aplicando-se sobre tal valor do fator ANFAC - Associação Nacional das Sociedades de Fomento Mercantil - Factoring, cujo valor médio em 2006 foi de 4,28%, para se apurar a

receita estimada, encontra-se o resultado de R\$ 2.590.835,00. Por sua vez, na DIPJ, a contribuinte apurou IRPJ no valor de R\$ 3.368,00.

O Bradesco ainda informou ter recolhido, a título de rendimento de aplicações financeiras, o valor de R\$ 469.297,71, enquanto que na DIPJ da impugnante consta o montante de R\$166.264,00.

A autoridade tributária, tendo efetuado as análises dos depósitos bancários, encaminhou Termo de Verificação Fiscal para a Recorrente, no qual apresenta demonstrativo detalhado, no qual relaciona os depósitos bancários, um a um, e solicitou a apresentação de documentação que comprovasse a origem dos recursos movimentados na conta corrente.

A Recorrente logrou comprovar apenas parte dos depósitos bancários e para aqueles depósitos cuja origem não restou comprovada, restou caracterizada situação que autoriza aplicação de presunção legal, de omissão de receitas, prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

Os depósitos bancários revelam-se, há tempos, matéria exaustivamente discutida na administração tributária, mostrando-se eficazes na tarefa de proporcionar ao Fisco as evidências necessárias da ocorrência dos fatos geradores previstos em norma. Não por acaso, trata o artigo 42 da Lei nº 9.430/1996 de presunção legal, que se amolda perfeitamente aos fatos do caso concreto em análise.

Os acontecimentos trazidos ao presente processo ilustram com bastante clareza a situação na qual a administração tributária, na busca da apuração dos fatos, intima a contribuinte a se manifestar, oferece oportunidades para a devida apresentação de documentação probatória, e, no fim, depara-se com inúmeros depósitos sem nenhuma comprovação.

No caso de presunção legal, o ônus da prova inverte-se, ou seja, caberia à contribuinte, no decorrer da ação fiscal, para afastar a presunção de omissão de receitas, produzir prova em contrário.

Portanto, caberia a Recorrente, para desconstituir a presunção de omissão de receitas, apresentar documentação hábil e idônea, que pudesse comprovar a origem dos depósitos bancários.

Contudo, optou a Recorrente por discutir sobre questões de direito, sobre a aplicabilidade da presunção legal de omissão de receitas, a motivação do lançamento, a legalidade do ato, ou seja, discorreu sobre tudo, menos o que interessava, a produção de provas para desconstituir a presunção legal.

A Fiscalização ainda descobriu parcela do destino das receitas que não foram oferecidas à tributação, ao constatar a emissão de vinte e oito cheques no valor de R\$38.571,43, totalizando R\$1.080.000,00, em favor do Condomínio Residencial

Portanto não resistem as argumentações da Recorrente, de que as investigações deveriam ter sido aprofundadas, e que a ação fiscal teria ocorrido em grande parte *à revelia*.

Ao contrário do que aduz, ela foi intimada reiteradas vezes, comprovando apenas uma pequena parcela dos depósitos e assim, não há que se falar, em cerceamento ao direito do contraditório e da defesa.

Sujeição Passiva. Responsabilidade Tributária. Sócio de Fato. Excesso de Poderes.

Contesta a Recorrente a suposta desconsideração da personalidade jurídica que teria sido realizada no âmbito administrativo, quando poderia apenas ser concretizada pelo Poder Judiciário, porém cabe esclarecer que no caso não trata de desconsideração da personalidade jurídica.

Na realidade, encontra-se em debate uma relação obrigacional, tributária, no qual compõem o pólo passivo a pessoa jurídica e o sr. Renílton Nunes. A sujeição passiva no Direito Tributário, prevista no CTN, não se confunde com desconsideração da pessoa jurídica, sendo institutos diferentes

Pelos esclarecimentos expostos ao longo da fiscalização, restou claro que o Sr. Renílton Nunes na realidade sempre deteve os poderes de gestão, seja através do quadro societário, seja através de procurações, ou seja, sempre esteve na condição de sócio de fato e nesse contexto, restou caracterizada a subsunção ao inciso III do artigo 135 do CTN.

Observa-se que o elemento subjetivo da conduta do agente, de dolo gênero, mostra-se evidente, na medida em que, a partir do momento em que obteve procuração para administrar a empresa, em prazo inferior a três meses retirou-se do quadro societário, o que não o impediu de continuar a praticar atos de gestão. Uma vez fora do quadro societário, incorreu em práticas irregulares no sentido de não promover a devida escrituração contábil da movimentação financeira, não oferecer à tributação os rendimentos aplicados em CDB, omitir informações em DCTF e não recolher os tributos devidos.

Se verifica no caso que o atuando como sócio de fato, restou caracterizada situação no qual o sr. Renílton Nunes agiu com excesso de poderes, razão pela qual se torna responsável pelos créditos tributários devidos.

Enfim, ao contrário do que aduz em sua defesa, não há que se falar em responsabilidade subsidiária, e sim, solidária, ou seja, integram o pólo passivo da relação tributária a pessoa jurídica e o sócio de fato, igualmente responsáveis pelo crédito tributário, sem benefício de ordem.

Assim, pelo exposto, não há reparos a serem feitos na sujeição passiva, devendo ser mantido o entendimento da autoridade tributária.

Levantamento dos Depósitos Bancários. Planilhas Demonstrativas.

Protesta a Recorrente que a autoridade fiscal teria se equivocado ao elaborar as planilhas demonstrativas de depósitos bancários cuja origem não foi comprovada. Teriam sido constatados erros no somatório dos depósitos mensais e dos cheques que foram devolvidos, e também não teriam sido considerados títulos negociados pela impugnante no ano calendário anterior, mas que teriam sido recebidos em 2006.

Ocorre que a Recorrente durante todo o processo apresenta apenas planilhas sintéticas, globais, no qual são relacionados somatórios gerais correspondentes a cada mês, como se pode observar das peças de defesa, e das planilhas demonstrativas.

Registre-se que a Fiscalização, ao intimar a Recorrente, no curso da ação fiscal, identificou, um a um, os depósitos bancários, oferecendo à contribuinte a oportunidade de comprovar a origem, de cada um deles.

Por sua vez, não discrimina a Recorrente, em nenhum momento, quais os depósitos bancários com que manifesta sua discordância.

Ou seja, tendo em vista que não se demonstrou, com o devido detalhamento, quais seriam os depósitos de conta corrente no qual manifesta sua discordância, não há reparos a serem feitos no trabalho da Fiscalização.

Arbitramento do Lucro. Aplicação do Coeficiente de Determinação da Base de Cálculo.

Contesta a Recorrente que, não obstante o fator ANFAC ter apresentado como índice o percentual de 4,58%, a autoridade tributária arbitrou um lucro no montante de 38,4% para o IRPJ e de 32% para a CSLL. Ressalta que o valor total dos depósitos na conta corrente não poderiam representar a receita de comissões de uma empresa de *factoring*, e que, o índice ANFAC refere-se a uma expectativa de lucro. Cita, como exemplo, o mês de abril, quando teria auferido sua maior percentagem de lucro, de 2,79%, ou seja, valor inferior ao percentual referência estipulado pela ANFAC.

A princípio, vale destacar que a Recorrente não apresenta nenhuma discordância quanto aos motivos que levaram a Fiscalização a adotar, como forma de apuração da base de cálculo do imposto de renda, o lucro arbitrado.

Na realidade protesta apenas pela não aplicação do fator ANFAC para determinação da base de cálculo para o lucro arbitrado, tanto para ser utilizado como coeficiente, como para ser aplicado sobre os somatórios dos valores depositados em conta corrente.

Vale esclarecer que a base de cálculo para a determinação do lucro arbitrado, quando conhecida a receita bruta, encontra-se disposta no art. 532 do RIR/99:

Art. 532. O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, observado o disposto no art. 394, § 11, quando conhecida a receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 e seus parágrafos, acrescidos de vinte por cento (Lei nº 9.249, de 1995, art. 16, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 27, inciso I).

Por sua vez, levando-se em consideração o ramo de atividade da impugnante, determina o art. 519 do RIR/99 o coeficiente de 32% para o IRPJ, que acrescido de 20% nos termos do art. 532, resulta em 38,4%. Para a CSLL, o coeficiente a ser aplicado é de 32%.

Aplicando-se o coeficiente de 38,4% para o IRPJ, e 32% para a CSLL, sobre a receita bruta (soma dos depósitos bancários de origem comprovada e daqueles de origem comprovada) e somando com o valor dos rendimentos auferidos em aplicações financeiras (CDB), foi encontrada a base de cálculo do arbitramento, denominada lucro arbitrado.

Sobre o lucro arbitrado encontrado, foram aplicadas as alíquotas de IRPJ (15%) mais o adicional de 10%) e da CSLL (9%), nos termos da legislação vigente. Ainda, conforme se pode observar no Demonstrativo de Apuração de fls. 2492/2493, que integra o

Auto de Infração, foram levados em consideração pela autoridade tributária, na apuração do tributo devido, os valores de imposto de renda retidos na fonte sobre as aplicações em CDB.

Verifica-se, portanto, que a fiscalização procedeu exatamente como determina a legislação de regência.

No que concerne à jurisprudência colacionada pela Recorrente, apesar de tratar da aplicação do fator ANFAC sobre o somatório dos valores creditados na conta corrente, para determinar a base de cálculo do lucro arbitrado, refere-se a fatos geradores anteriores ao art. 42 da Lei nº 9.430/96, tratando-se de jurisprudência que não se aplica ao caso em tela, tendo em vista que as infrações discutidas nos presentes autos, referem-se ao ano calendário de 2006.

Nesse sentido, cabe ser mantido o arbitramento efetuado pela autoridade tributária.

No que concerne às argumentações expostas pela defesa a respeito da violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, mostra-se oportuno esclarecer que não cabe ao administrador questionar a constitucionalidade de lançamento fiscal efetuado nos termos da lei. Trata-se de atribuição privativa do Poder Judiciário, conforme competência conferida constitucionalmente.

Neste sentido, oportuniza-se a citação do enunciado da Súmula Carf nº 2, do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Em relação à solicitação da realização de perícia, não vislumbro tal necessidade, por considerá-la prescindível para a solução da controvérsia.

Por fim, protestou a Recorrente pela produção de todas as provas em direito admitidas, porém não as produziu.

Caberia, a Recorrente apresentá-las no curso do procedimento, porém o que se constata é que a Requerente elaborou seu pedido baseada somente em alegações.

Aplica-se o disposto em relação ao lançamento do IRPJ e da CSLL, ao PIS e à Cofins, por decorrerem dos mesmos elementos de prova e se referirem à mesma matéria tributável.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Guilherme Pollastri Gomes da Silva Relator

-

Processo nº 10120.009528/2010-11
Acórdão n.º **1302-001.379**

S1-C3T2
Fl. 2.740

CÓPIA