



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

Processo n° 10140.000276/2005-60
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1301-002.978 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de abril de 2018
Matéria OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente ANDERSON ANTONIO BERNINE
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 1999

DECADÊNCIA PARCIAL.

Acolhe-se a decadência para os períodos atingidos pela decadência (art. 173, I, do CTN).

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA (LEI Nº 9.430/96, ART. 42). OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Caracterizam como omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito, poupança e/ou investimento, junto à 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.

Para imputação por presunção legal da infração omissão de receitas (fato probando) compete ao fisco comprovar a existência do fato indiciário, mediante extratos bancários de conta corrente cuja movimentação financeira bancária não foi registrada na escrituração contábil/fiscal e a pessoa jurídica, embora intimada, não comprove a origem dos recursos ingressados a crédito na conta corrente bancária.

A partir do fato indiciário - depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada (fato conhecido) - presume-se a ocorrência ou existência de omissão de receitas (fato probando).

A presunção legal inverte o ônus da prova e tem caráter relativo.

O ônus probatório da não ocorrência do fato probando - omissão de receitas - é do sujeito passivo, que poderá afastá-la mediante produção de prova hábil, idônea e cabal.

SIGILO BANCÁRIO. FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA DE CONTRIBUINTES, PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, DIRETAMENTE AO FISCO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (LEI COMPLEMENTAR 105/2001, ART. 6º). APLICAÇÃO DA LEI 10.174/2001 PARA APURAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A EXERCÍCIOS ANTERIORES AO DE SUA VIGÊNCIA DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE PELO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Repercussão Geral. RE Nº 601.314-SP, Relator Min. Edson Fachin, Sessão de 24/02/2016):

"1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo.

2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.

3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.

4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional.

6. Fixação de tese em relação ao item "a" do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: "O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal".

7. Fixação de tese em relação ao item "b" do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: "A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN".

QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO. DOLO. SONEGAÇÃO FISCAL. FRAUDE. INTERPOSIÇÃO DE PESSOA.

A utilização de interposta pessoa objetiva ocultar o real interessado no negócio jurídico, impedindo que terceiros, entre eles o fisco, conheçam e alcancem o verdadeiro proprietário. Comprovada a utilização de interposta pessoa ("laranja"), mantém-se a qualificação da multa de ofício.

LANÇAMENTOS REFLEXOS

Aplica-se ao lançamento reflexo o mesmo tratamento dispensado ao lançamento matriz, em razão da relação de causa e de efeito que os vincula.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. CABIMENTO.

Os administradores, mandatários, prepostos e empregados são responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, bem assim as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial aos recursos voluntários para acolher em parte a preliminar de decadência, nos seguintes termos: a) quanto à infração omissão de receitas, para os períodos de apuração mensais de 01/01/1999 a 30/11/1999; b) no que concerne à infração insuficiência de pagamento dos tributos do Simples, para todos os períodos de apuração mensais do ano-calendário 1999, objeto do lançamento de ofício (28/02/1999 a 31/08/1999). Ausente momentânea e justificadamente o Conselheiro Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro. Participou do julgamento o Conselheiro Suplente Breno do Carmo Moreira Vieira.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Nelso Kichel- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente), Roberto Silva Junior, Angelo Abrantes Nunes (Suplente Convocado), Amelia Wakako Morishita Yamamoto, Nelso Kichel, Jose Eduardo Dornelas Souza, Leonam Rocha de Medeiros (Suplente Convocado) e Breno do Carmo Moreira Vieira (Suplente Convocado). Ausente justificadamente a conselheira Bianca Felícia Rothschild.

Relatório

Recurso Voluntário apresentado conjuntamente pela firma individual ANDERSON ANTÔNIO BERNINE e pelo Sr. FLÁVIO MAZARO MARTINS (responsável legal e objeto de Sujeição Passiva Solidária) (e-fls. 721/746).

Ainda, o Sr. CÁSSIO MARTINHO TOTTENE, objeto de Sujeição Passiva Solidária, também, apresentou Recurso Voluntário (e-fls. 753/781).

Os recursos foram apresentados contra a decisão da DRJ/Campo Grande (2ª Turma) (e-fls.688/708) que:

- a) rejeitara as preliminares suscitadas;
- b) mantivera os Autos de Infração do **Simples Federal** (IRPJ, PIS, Cofins, CSLL e Contribuição Seguridade Social - INSS) do ano-calendário 1999;
- c) mantivera a responsabilidade solidária dos Srs. CÁSSIO MARTINHO TOTTENE e FLÁVIO MAZARO MARTINS.

Quanto aos fatos, consta dos autos:

- que a fiscalização da DRF/Campo Grande, em **02/02/2005**, lavrou Autos de Infração do **Simples Federal** (IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e Contribuição para a Seguridade Social - INSS), **ano-calendário 1999** (e-fls. 528/618), ao imputar as seguintes infrações, que transcrevo, *in verbis*:

(...)

001- OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS

(...)

Em 01/06/2004, foi lavrado Termo de Intimação solicitando a comprovação da origem dos créditos bancários da empresa, constantes de relatório anexo ao termo, sendo solicitado também, os mesmos documentos já solicitados através do Termo de Início de Fiscalização. Esta intimação foi enviada para o Sr. Flávio Mazaro Martins e para o Sr. Anderson Antônio Bernine, no endereço constante dos documentos de abertura da empresa, além de reintimarmos a empresa por edital.

Em 23/07/2004 recebemos uma correspondência do Sr. Flávio Mazaro Martins, fl. 157, datada de 12/07/2004, através da qual nos foi informado que este estava diligenciando no sentido de localizar os documentos e livros fiscais relacionados ao Termo de Intimação, além de já ter solicitado aos bancos os extratos bancários e cópias de cheques para apresentação à fiscalização, não tendo, entretanto, apresentado tais justificativas até a presente data.

(...)

Não tendo a empresa ou os contribuintes responsáveis apresentado a comprovação dos valores creditados nas contas bancárias da empresa, estamos lavrando o presente auto de infração, nos termos do art. 42 da Lei 9.430 de 1996, com base no "Demonstrativo de Omissão de Receitas", que por sua vez tem como origem os "Demonstrativo de Créditos Bancários com Origens Não Comprovadas" e Demonstrativo de Cheques Devolvidos". Demonstrativos citados são parte integrante do presente auto infração.

(...)

ENQUADRAMENTO LEGAL:

Art. 24 da Lei nº 9.249/95; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "a", 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317/96; art. 42 da Lei nº 9.430/96.; Art. 3º da Lei nº 9.732/98.; Arts. 186, 188 e 199, do RIR/99.

002- INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

Insuficiência de recolhimento, apurado conforme declaração do contribuinte. A empresa recolheu a menor o valor do SIMPLES a pagar, levando-se em conta o faturamento declarado em sua Declaração de IRPJ do exercício de 2000, ano - calendário de 1999.

(...)

ENQUADRAMENTO LEGAL:

Art. 5º da Lei nº 9.317/96 c/c art. 3º da Lei nº 9.732/98.; Arts. 186 e 188, do RIR/99.

(...)

- Para a infração omissão de receitas, o fisco qualificou a multa de ofício (150%), por conduta dolosa de sonegação fiscal, fraude, interposição de pessoa ("laranja").

- Ainda, como sujeitos passivos solidários, o fisco imputou responsabilidade solidária aos Srs:

a) Flávio Mazaro Martins (CTN, art. 135, II e III);

b) Cássio Martinho Tottene (CTN, art. 124,I).

-Valor tributável (e-fls. 538/539):

(...)

Demonstrativo de Omissão de Receitas- Depósitos bancários de origem não comprovada e não escriturados:

DEMONSTRATIVO DE OMISSÃO DE RECEITAS (fl. 538).

<i>Mês</i>	<i>Créditos (a)</i>	<i>Devolvidos (b)</i>	<i>Base de Cálculo (c)=(a)-(b)</i>
------------	---------------------	-----------------------	------------------------------------

Processo nº 10140.000276/2005-60
Acórdão n.º 1301-002.978

S1-C3T1
Fl. 1.012

<i>jan-99</i>	33.612,13	7.998,17	25.613,96
<i>fev-99</i>	81.924,59	8.442,64	73.481,95
<i>mar-99</i>	216.979,17	62.188,75	154.790,42
<i>abr-99</i>	300.226,45	32.888,50	267.337,95
<i>mai-99</i>	286.619,93	21.896,40	264.723,53
<i>iun-99</i>	345.793,96	58.128,06	287.665,90
<i>jul-99</i>	174.706,46	27.383,28	147.323,18
<i>ago-99</i>	307.091,32	41.867,66	265.223,66
<i>set-99</i>	291.853,19	36.572,19	255.281,00
<i>out-99</i>	426.325,75	35.370,88	390.954,87
<i>nov-99</i>	288.986,15	35.284,16	253.701,99
<i>dez-99</i>	162.253,27	41.736,40	120.516,87

Obs.:

-Dados extraídos das planilhas "Demonstrativo de Créditos Bancários com Origens não Comprovadas" e "Demonstrativo de Cheques Devolvidos";

-Coluna Créditos - Total Mensal do Demonstrativo de Créditos Bancários com Origens não Comprovadas;

-Coluna Devolvidos - Total Mensal do Demonstrativo de Cheques Devolvidos;

-Coluna Base de Cálculo = Créditos - Devolvidos;

(...)

O cálculo dos **tributos do Simples** para as infrações imputadas levou em consideração a receita bruta acumulada até o respectivo mês, para aplicação da respectiva faixa de alíquota:

<i>Mês/Ano</i>	<i>Receita Bruta Mensal (Decl.) R\$</i>	<i>Difer.Apuradas (R\$)</i>	<i>Receita Bruta Acumulada R\$</i>	<i>(%) Total SIMPLES</i>
01/1999	2.333,34	25.613,96	27.947,30	3,00
02/1999	2.856,33	73.481,95	104.285,58	5,00
03/1999	3.236,00	12.478,42		5,00
03/1999	0,00	142.312,00		5,80
			262.312,00	
04/1999	3.883,33	267.337,95	533.533,28	6,60
05/1999	4.271,67	264.723,53	802.528,48	7,40
06/1999	4.912,33	287.665,90	1.095.106,71	8,60
07/1999	5.041,67	99.851,62		8,60
07/1999	0,00	47.471,56		10,32
			1.247.471,56	
08/1999	4.183,33	265.223,66	1.516.878,55	10,32
09/1999	0,00	255.281,00	1.772.159,55	10,32
10/1999	0,00	390.954,87	2.163.114,42	10,32
11/1999	0,00	253.701,99	2.416.816,41	10,32
12/1999	0,00	120.516,87	2.537.333,28	10,32

Obs: O demonstrativo de cálculo dos tributos do Simples consta dos Autos de Infração.

O valor do crédito tributário lançado de ofício, **tributos do Simples**, perfaz o montante de **R\$ 761.812,72** para o ano-calendário 1999:

AC 1999	Principal	Juros de Mora	Multa de ofício	Total
---------	-----------	---------------	-----------------	-------

Auto de Infração Simples		(calculados até)		
IRPJ	16.491,11	15.191,22	24.667,02	56.349,35
PIS	16.491,11	15.191,22	24.667,02	56.349,35
CSLL	27.647,69	25.663,43	41.342,96	94.654,08
Cofins	55.756,43	51.815,98	83.377,52	190.949,93
Contrib. INSS	106.388,81	97.998,19	159.123,01	363.510,01
Total				761.812,72

Obs: A multa qualificada foi aplicada apenas para a infração omissão de receitas - depósitos bancários não escriturados/origem não comprovada.

Ciente do lançamento fiscal de ofício, a contribuinte e os responsáveis solidários apresentaram impugnações na 1ª instância de julgamento, cujas razões, em síntese, estão consignadas no relatório da decisão recorrida que transcrevo, *in verbis*:

(...)

4. A empresa foi intimada por edital em 18/02/2005 (fl. 575), o responsável solidário arrolado neste auto de infração, do qual teve ciência por AR (fl. 573), em 15/02/2005, **Sr. Cássio Martinho Tottene** apresentou impugnação em 11/03/2005 (fls. 593/608), por intermédio de seu advogado, Sr. Charles da Silva Ribeiro, alegando, em síntese, que:

4.1 a irregularidade constatada pela fiscalização se resume na possível omissão de receita da **empresa Anderson Antônio Bemine**, em função da discrepância constatada entre os valores contabilizados pela empresa como receita e os valores depositados em contas bancárias;

4.2 esta movimentação financeira, foi totalmente realizada em nome da fiscalizada, cujo acesso foi disponibilizado ao fisco pelos estabelecimentos bancários, não evidenciando até aí nenhum intuito de fraude. Pois se algum intuito de fraude existisse, no sentido de desviar os recursos financeiros da empresa, os depósitos não teriam sido efetuados diretamente em seu nome, mas sim em nome de terceiros;

4.3 o envolvimento na ação fiscal da Empresa **Serilon Sign & Serigrafia Ltda**, e entendida pelo fisco como fraudulenta, a autoridade fiscal está deixando transparecer um flagrante excesso de exação, pois, apesar da impossibilidade atual de se comprovar totalmente estas operações, pelo tempo que já transcorreu, estas operações estão diretamente relacionadas com a afinidade existente entre os objetivos operacionais das duas empresas;

4.4 fraude não se presume, fraude se prova, e se o fisco está concluindo que houve alguma fraude praticada por parte da empresa autuada, estas devem estar devidamente identificadas e quantificadas, bem como a efetiva participação de cada um nos atos tidos como fraudulentos e que está devidamente demonstrado que a inclusão do **Sr. Cássio Martinho Tottene**, no

pólo passivo da obrigação tributária está totalmente equivocada, uma vez que não restou comprovado qual a forma dos atos fraudulentos praticados por eles;

4.5 é simplesmente absurda a tentativa de estabelecimento de solidariedade do Sr. Cássio com a autuação, não houve benefício auferido pelo mesmo com os atos praticados pela autuada Anderson Bernine -ME, até mesmo porque todos os valores bancários movimentados o foram na conta da própria contribuinte;

*4.6 concluir que uma sigla utilizada pelo procurador da autuada **Anderson Bernine -ME**. (SRL) representa obrigações de uma empresa denominada SERILON é totalmente fantasioso, desamparado de qualquer fundamento fático ou jurídico. Quem diz que a sigla da SERILON poderia, por exemplo, não SER? Isso não pode ser argumento suficiente para a caracterização de uma fraude;*

*4.7 quanto ao cheque n.º 24, da conta 1.787-6, da agência 3408-8, do Banco Bradesco S/A (fls. 392), no valor de R\$ 20.000,00, que tem como beneficiário o **Sr. Cássio**, em verdade representa pró-labore deste na empresa Serilon Sign, inclusive apresentado com esta natureza em sua declaração de imposto de renda pessoa física. Nenhuma destas situações em hipótese alguma, podem representar qualquer tipo de solidariedade entre a autuada e a Serilon Sign, quiçá com o sócio desta, que sequer administrava sua própria empresa à época;*

*4.8 a mera qualidade de sócio ou diretor de uma empresa não faz presumir a responsabilidade dos mesmos por eventual sonegação fiscal, sendo imprescindível a comprovação de que tais adulterações tenham sido feitas pelos sócios ou diretor, ou com a sua conivência. Diante do exposto, pediu reforma ao auto de infração lavrado para, excluir do pólo passivo **Cássio Martinho Tottene**, posto ser parte absolutamente ilegítima para figurar na lide;*

4.9 não tendo o autuado praticado nenhum ato fraudulento, não pode sofrer os efeitos dessa suposta prática para fins de apuração da decadência do direito da fazenda constituir o crédito tributário;

4.10 demonstrada a não prática de qualquer ato fraudulento pelo autuado, ou sequer uma intervenção em qualquer dos atos que foram praticados, o crédito tributário em relação à sua pessoa é de 5 (cinco) anos contados do fato gerador do imposto e enquanto não houver crédito constituído, a decadência ocorre no prazo de cinco anos, independente da suposta fraude ou simulação que somente veio a existir com a lavratura do auto de infração;

4.11 em suma, que todos os lançamentos efetuados no auto de infração em questão são nulos por corresponderem a período alcançados pela decadência, estando pois a Fazenda Pública impedida de efetuar os lançamentos em questão;

4.12 requereu a extinção do auto de infração em questão, tendo em vista a decadência do direito de constituição de crédito tributário pela Fazenda Pública em razão do decurso de prazo de cinco anos, não tendo o impugnante **Cássio Martinho Tottene** cometido qualquer ato fraudulento;

4.13 quanto à multa qualificada de 150% aplicada esta não pode prosperar tendo em vista que, o agente fiscal não logrou comprovar as evidências alegadas e relacionadas com uma possível intenção fraudulenta praticada pelos responsáveis pela empresa fiscalizada, ficando somente no campo dos indícios;

4.14 com a criação da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira - CPMF, e principalmente após a edição da Lei n.º 9.311/96, não se pode alegar que transação bancária seja tida como tentativa de se esconder algo do fisco, uma vez que estas operações são levadas ao conhecimento da Secretaria da Receita Federal pelo Banco Central;

4.15 é de conhecimento geral, a insistência das administrações tributárias em tentar enquadrar a movimentação bancária dos contribuintes, como rendimento tributável. Insistência esta, sempre contestada não só pelo Poder Judiciário, como pelas próprias instâncias administrativas;

4.16 apesar da matéria ter sido levada para manifestação do Supremo Tribunal Federal, sobre a possibilidade do fisco utilizar informações bancárias para fins fiscais, sem a devida autorização judicial, que enquanto estão aguardando a manifestação do Egrégio Tribunal, as instâncias judiciais inferiores estão repugnando tal tributação, resultando pacificada a jurisprudência da **Súmula 182, do extinto Tribunal Federal de Recursos** a qual diz que: "**É ilegítima o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em depósitos bancários**";

4.17 se depósitos bancários não representam por si só, acréscimo patrimonial, muito menos, poderá ser considerado como receita bruta ou faturamento, base de cálculo utilizada nas presentes autuações, portanto, absolutamente indevida a presente exigência tributária;

4.18 os dados das movimentações bancárias das contribuintes antes da edição da Lei n.º 10.174/2001 eram protegidos pelo sigilo bancário, não podendo ser utilizados para fins de constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos, proteção que somente deixou de existir no texto legal a partir de 2001;

4.19 no caso do auto de infração em questão, a autuada não recebeu nenhuma intimação da quebra de sigilo bancário de suas informações, concedida por uma ordem judicial específica, sendo possível assim à obtenção desses dados pelos fiscais através da movimentação da CPMF, o que é absolutamente ilegal em razão de serem dados de período protegido por disposição expressa de lei;

4.20 a Lei n.º 10.174/2001 somente pode produzir efeitos a partir de sua vigência e, não retroagir principalmente para violar direitos até então garantidos;

4.21 por fim requereu: a) que seja afastada qualquer caracterização de ato fraudulento, ou dissimulação, com intuito de sonegação fiscal referente aos fatos narrados na autuação; b) a exclusão do Sr. Cássio Martinho Tottene, do pólo passivo da obrigação tributária, tendo em vista ser parte absolutamente ilegítima para responder pelas exações em questão; c) o reconhecimento da decadência do direito da Fazenda Nacional, em constituir os créditos tributários objetos do presente processo, nos termos do tópico II.3 da peça impugnatória; d) o reconhecimento da quebra ilegal do sigilo bancário da atuada, determinando por consequência a improcedência das atuações; e) que estando demonstrada a inexistência de qualquer ato fraudulento, caso V.S., entenda pela condenação os atuados no pagamento das exações, que seja excluída a multa agravada de 150%, e aplicada a multa regular de 75%; f) que levando em consideração a movimentação bancária, por si só, não serve como fato gerador das exações exigidas na autuação, e que seja julgado totalmente improcedente os autos de infrações lavrados, constantes do presente processo, finaliza pedindo deferimento.

5. A empresa individual, **Anderson Antônio Bernine** foi intimada por edital em 18/02/2005 (fl. 575) e o responsável solidário arrolado neste auto de infração, do qual teve ciência por edital (fl. 576), em 03/03/2005, **Sr. Flávio Mazaro Martins** apresentou impugnação em 16/03/2005 (fls. 611/624), em nome da empresa, por intermédio de seu advogado, Sr. Júlio Cesar Souza Rodrigues, alegando, em síntese, que:

5.1 se faz necessário afastar a afirmação de que o endereço constante no cadastro da fiscalizada não existe, ocorre que o n.º 263 da Av. Júlio de Castilho onde estava instalada a empresa enquanto estava na atividade, hoje não mais existe realmente, porque foi incorporado à outra unidade imobiliária que atualmente recebe o n.º 251, e atualmente ela não se encontra ali porque paralisou suas atividades a partir de 2000, estando o espaço certamente ocupado por outras pessoas;

5.2 a colocação de que a contribuinte estaria na condição de **empresa laranja**, em razão de ter sua movimentação financeira realizada por seu procurador **Sr. Flávio Mazaro Martins** e por seu objeto social ser semelhante ao da empresa Serilon Sign & Serigrafia Ltda, está completamente equivocada e não merece prosperar, sendo que a utilização de procuradores para a realização de atos relacionados à administração empresarial é muito comum entre as empresas, o que por si só não pode caracterizar como um possível ato fraudulento;

5.3 a movimentação financeira, independentemente de ter sido efetuada pelo **procurador Sr. Flávio**, foi totalmente realizada em nome da fiscalizada, cujo acesso foi disponibilizado ao fisco pelos estabelecimentos bancários, e que se houvesse algum

intuito de fraude, os depósitos não seriam efetuados diretamente em seu nome, mas sim em nome de terceiros;

*5.5 deve ser afastada a informação de **que a impugnante nunca operou de fato**, uma vez que, a própria autuação registra como recolhimento insuficiente, nos meses de abril a agosto de 1999, levando-se em consideração o faturamento declarado. Se alguma irregularidade foi cometida pelos responsáveis pela autuada, estas em momento algum podem ser tidas como evidente intuito de fraude;*

*5.6 a inclusão do **Sr. Fávio Mazaro Martins**, no pólo passivo da obrigação tributária está totalmente equivocada, uma vez que não restaram comprovados quais foram os atos fraudulentos praticados por ele;*

*5.7 quanto a multa qualificada de 150% aplicada pelo autor da autuação **por evidente intuito de fraude**, não pode prosperar tendo em vista que o agente fiscal não logrou comprovar as evidências alegadas e relacionadas com uma possível intenção fraudulenta praticada pelos responsáveis pela empresa fiscalizada, ficando somente no campo dos indícios;*

5.8 o fato da movimentação bancária da empresa fiscalizada ter sido realizada por pessoa estranha à sua constituição, por intermédio de uma procuração, não pode ser considerado como algo que estivesse por trás de qualquer tentativa de alguma prática irregular ou escusa, esta situação nunca foi omitida ou escondida de ninguém;

5.9 com a criação da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira - CPMF, e principalmente após a edição da Lei n.º 9.311/96, não se pode alegar que a transação bancária seja tida como tentativa de se esconder algo do fisco, uma vez que estas operações são levadas ao conhecimento da Secretaria da Receita Federal pelo Banco Central;

5.10 a presente exigência tributária está fulminada pela decadência do direito da Fazenda Nacional em constituir os respectivos créditos tributários, pois como consta da própria autuação os fatos geradores atingidos pela ação fiscal compreendem os períodos de março a dezembro de 1999, e como a sua ciência pelo autuado somente aconteceu em fevereiro de 2005, todos os fatos geradores dos tributos atingidos pela peça acusatória estão contaminados pela decadência, o que torna improcedente toda a presente exigência tributária;

5.11 é de conhecimento geral, a insistência das administrações tributárias em tentar enquadrar a movimentação bancária dos contribuintes, como rendimento tributável. Insistência esta, sempre contestada não só pelo Poder Judiciário, como pelas próprias instâncias administrativas;

5.12 o autor do projeto de lei e os legisladores que o aprovam esqueceram-se de que depósito bancário não é, por si só, prova de ingresso de receita ou acréscimo patrimonial, e que a

jurisprudência, ao contrário do que afirma, não aceita a legitimidade do texto legal proposto.

*5.13 apesar da matéria ter sido levada para manifestação do Supremo Tribunal Federal, sobre a possibilidade do fisco utilizar informações bancárias para fins fiscais, sem a devida autorização judicial, que enquanto estão aguardando a manifestação do Egrégio Tribunal, as instâncias judiciais inferiores estão repugnando tal tributação, resultando pacificada a jurisprudência da Súmula 182, do extinto Tribunal Federal de Recursos a qual diz que: **“É ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em depósitos bancários”**;*

*5.14 Por fim requereu: a) que seja afastada qualquer caracterização de ato fraudulento, ou dissimulação, com intuito de sonegação fiscal referente aos fatos narrados na autuação; b) a exclusão do **Sr. Flávio Mazaro Martins**, do pólo passivo da obrigação tributária, tendo em vista ser parte absolutamente ilegítima para responder pelas exações em questão, e pela não comprovação por parte do fisco da fraude por ele praticada; c) o reconhecimento da decadência do direito da Fazenda Nacional, em constituir os créditos tributários objetos do presente processo, nos termos do tópico II.3 da impugnação; d) o reconhecimento da quebra ilegal do sigilo bancário da autuada, determinando por consequência a improcedência das autuações; e) estando, pois demonstrada a inexistência de qualquer ato fraudulento, caso V.S. entenda, **ad argumentandum**, pela condenação dos autuados no pagamento das exações, que seja excluída a multa agravada de 150% e aplicada a multa regular de 75%; Í) levando em consideração que movimentação bancária, por si só, não serve como fato gerador das exações exigidas na autuação, sejam julgados totalmente improcedentes os autos de infração lavrados, constantes do presente processo.*

6. Foi juntado por apensação o Processo nº 10140.000277/2005-12, correspondente a Representação Fiscal para Fins Penais.

(...)

A DRJ/Campo Grande (2ª Turma), na Sessão de Julgamento de **05/08/2005**, enfrentando as questões suscitadas pelos impugnantes, rejeitou as preliminares suscitadas e, no mérito, julgou as impugnações improcedentes, ao manter integralmente o lançamento fiscal e as sujeições passivas solidárias imputadas, conforme ementa do Acórdão e parte dispositiva que transcrevo, *in verbis*:

(...)

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1999

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

PRELIMINAR DE NULIDADE.

Estando os atos administrativos referentes ao lançamento, revestidos de suas formalidades essenciais, não se há que falar em nulidade do mesmo.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE.

Não compete à autoridade administrativa a apreciação de arguições de inconstitucionalidade, ilegalidade, arbitrariedade ou injustiça de atos legais e infralegais legitimamente inseridos no ordenamento jurídico nacional.

IRPJ. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA.

No caso de lançamento de ofício, o direito de constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

CSLL. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. .

O prazo decadencial, no que se refere às Contribuições, é de dez anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido constituído.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO CONTABILIZADOS.

Evidencia omissão de receitas a existência de valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, de direito ou de fato, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações; a presunção legal tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para o contribuinte, que pode refutar a presunção mediante oferta de provas hábeis e idôneas.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado.

MULTA QUALIFICADA.

Cabível o agravamento da multa, quando comprovado nos autos, que a ação ou omissão do contribuinte teve o propósito deliberado de impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, utilizando-se de recursos que caracterizam evidente intuito de fraude.

~ AUTUAÇÃO REFLEXA: CSLL, PIS, COFINS e INSS.

Ao se definir a matéria tributável na autuação principal, o mesmo resultado é estendido às autuações reflexas, face à relação de causa e efeito existente.

Lançamento Procedente

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os membros da 2º Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares de decadência, ilegalidade e inconstitucionalidade argüidas e, no mérito, JULGAR procedentes os lançamentos do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, da Contribuição Social, do PIS, da Cofins e INSS e a sujeição passiva dos Srs. Flávio Mazaro Martins e Cássio Martinho Tottene, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(...)

Ciente dessa decisão por Edital em **31/03/2006** (Edital afixado em 15/03/2006) (e-fls. 712/718), o sujeito passivo firma individual ANDERSON ANTÔNIO BERNINE, - por intermédio do advogado contratado, constituído pelo Sr. FLÁVIO MAZARO MARTINS, representante legal (objeto também do Termo de Sujeição Passiva Solidária) - **apresentou Recurso Voluntário em 19/04/2006** e que, por isto, considera-se como sendo também defesa do Sr. FLÁVIO MAZARO MARTINS (e-fls. 721/746).

O responsável solidário Sr. CÁSSIO MARTINHO TOTTENE tomou ciência da decisão recorrida em **22/04/2006**-sábado, por AR (e-fl.719) e apresentou Recurso Voluntário em **20/04/2006** (e-fls. 753/782).

Consta das razões do recurso da firma individual ANDERSON ANTÔNIO BERNINE e do responsável - sujeição passiva - FLÁVIO MAZARO MANTINS, em síntese:

- suscitou **decadência** - tributos sujeitos a lançamento por homologação (CTN, art. 150, § 4º);

- que, no mérito, descabe a exigência dos tributos com base em **depósitos bancários**;

- que a Lei nº 9.430/96 (art. 42), ao revogar o §5º do artigo 6º da Lei nº 8.021/90, afronta o art. 43 do CTN;

- que, apesar da matéria já ter sido levada para manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade do fisco utilizar de informações bancárias para fins fiscais sem a devida autorização judicial, as instâncias judiciais inferiores estão repugnando tal tributação, resultando pacificada a jurisprudência da **Súmula 182, do extinto Tribunal Federal de Recursos**;

- que, como se constata dos autos, a presente exigência tributária se refere a fatos geradores ocorridos em 1999, e toda essa legislação **que dá suporte à utilização de movimentação financeira para fins de lançamento de imposto somente veio a ser editada em janeiro de 2001, não estando, portanto, apta a atingir fatos geradores ocorridos em períodos anteriores a esta data**;

- que descabe a aplicação de **multa qualificada** pela não comprovação de existência de fraude;

- que no que se refere ao evidente intuito de fraude, constatado pelo autor da ação fiscal em função da empresa no período fiscalizado ter sua movimentação financeira realizada por seu procurador Sr. Flávio Mazaro Martins e seu objeto social ser semelhante ao da empresa Serilon Sogn & Serigrafia Ltda., não há colocação na condição de empresa laranja;

- que as procurações outorgadas pela autuada e pela empresa Serilon Sign & Serigrafia Ltda ao **Sr. Flávio Mazaro Martins** em nenhum momento foi omitido à fiscalização, tanto que os mandatos foram formalizados por intermédio de instrumento público;

- que, desse modo, a utilização de procuradores para a realização de atos relacionados à administração empresarial é muito comum entre as empresas, O que por si só não pode caracterizar como um possível ato fraudulento;

- que, lembrando, todos os atos praticados pelo Sr. Flávio Mazaro Martins, como procurador da autuada e levantados pelo fisco e tidos como fraudulentos, estão relacionados a movimentação financeira (bancária);

- que a irregularidade constatada pela fiscalização se resume na possível omissão de receita da empresa “Anderson Antônio Bernine”, em função da discrepância constatada entre os valores contabilizados pela empresa como receita e os valores depositados em contas bancárias;

- que a movimentação financeira, independentemente de ter sido efetuado pelo procurador, Sr. Flávio, foi totalmente realizada em nome da fiscalizada, cujo acesso foi disponibilizado ao fisco pelos estabelecimentos bancários, não evidenciando até aí nenhum intuito de fraude. Pois, se algum intuito de fraude existisse, no sentido de desviar os recursos financeiros da empresa, os depósitos não seriam efetuados diretamente em seu nome, mas sim em nome de terceiros;

- que em relação à empresa Serilon Sign & Serigrafia Ltda e entendida pelo Fisco como fraudulenta, também, aqui, a autoridade fiscal está deixando transparecer um flagrante excesso de exação, pois, apesar da impossibilidade atual de se comprovar as operações, pelo tempo que já transcorreu, estão elas diretamente relacionadas com a afinidade existente entre os objetivos operacionais das duas empresas. Cumpre ainda ressaltar, conforme se observa pelo relatório fiscal, que as conclusões se restringem ao campo de meros indícios e suposições;

- que, também, deve ser afastada a informação fiscal de que a **autuada nunca operou de fato**, uma vez que a própria autuação registra como recolhimento insuficiente, nos meses de abril a agosto de 1999, levando-se em consideração o faturamento declarado;

- que, assim, se alguma irregularidade foi cometida pelos responsáveis pela autuada, essas jamais poderão ser classificadas como fraudulentas;

- que, se fraude existe, esta não foi devidamente apurada pelo fisco, já que, pelo relatório fiscal que fundamentou a autuação, seu autor se ateve somente em levantar possíveis indícios e é com base nestes indícios que o mesmo está concluindo que houve efetivo intuito de fraude, com o que não podemos concordar em hipótese alguma;

- que fraude não se presume, fraude se prova, e se o fisco está concluindo que houve alguma fraude praticada por parte da empresa autuada, estas devem estar devidamente

identificadas e quantificadas, bem como a efetiva participação de cada um nos atos tidos como fraudulentos;

- que, portanto, está devidamente demonstrado que a inclusão do Sr. Flávio Mazaro Martins no pólo passivo da obrigação tributária está totalmente equivocada, uma vez que não restou comprovado qual foram os atos fraudulentos praticados por ele.

Por fim, pedem os recorrentes:

a) seja afastada qualquer caracterização de ato fraudulento, ou dissimulação, com intuito de sonegação fiscal referentemente aos fatos narrados na autuação;

b) a exclusão do Sr. Flávio Mazaro Martins, do pólo passivo da obrigação tributária, tendo em vista **ser parte absolutamente ilegítima para responder pelas exações em questão**, e pela não comprovação por parte do fisco da fraude por ele praticada;

c) o reconhecimento da decadência do direito de constituir o crédito tributário pela Fazenda Nacional (CTN, art. 150, § 4º);

d) o reconhecimento da quebra ilegal do sigilo bancário da autuada, determinando por consequência a improcedência das autuações;

e) estando, pois, demonstrada a inexistência de qualquer ato fraudulento, caso entenda-se pela condenação dos autuados no pagamento das exações, que seja, excluída a multa agravada de 150%, e aplicada à multa regular de 75%;

f) levando em consideração que a movimentação bancária, por si só, não serve como fato gerador das exações exigidas na autuação, seja, julgado totalmente improcedente os autos de infração lavrados, constantes do presente processo.

Consta das razões do recurso do **Sr. Cássio Martinho Tottene**:

- que a decisão vergastada, em verdade, entende que o recorrente era **sócio de fato** da empresa autuada, motivo pelo qual foi incluído como responsável pelo débito tributário, visando a atender “aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa”;

- que a decisão atacada entende que o recorrente deve ser mantido no pólo passivo da autuação como responsável, nos termos do disposto no inciso I, do artigo 124, do Código Tributário Nacional;

- que, entretanto, onde estaria o ato supostamente fraudulento cometido pelo recorrente Cássio Martinho Tottene?

- que para que possam ser considerados responsáveis pelo crédito tributários os terceiros na descrição do artigo 124, inciso I, do CTN devem participar da situação fática geradora da obrigação tributária e ter interesse comum nessa situação fática;

- que mesmo diante dessa absoluta falta de vinculação do recorrente Cássio Martinho Tottene aos fatos que deram ensejo à autuação lavrada, como pode o mesmo ser incluído no pólo passivo da autuação como responsável pelo crédito tributário? Francamente, isso chega a beirar o absurdo!

- que onde está a segurança jurídica?

- que ainda acrescentou, *in verbis*:

(...)

É impossível a inclusão do recorrente Cássio Martinho Tottene no pólo passivo da autuação ante a absoluta falta de vinculação aos atos que fundamentam a autuação. Se o Sr. Flávio cometeu irregularidades na administração de qualquer empresa onde era procurador, que arque ele com as conseqüências disso, e não seja condenado a pagar quem não tem nenhuma vinculação.

(...)

- que não se pode nunca perder de vista é a realidade dos fatos. O recorrente **Cássio Martinho Tottene** constituiu como procurador administrador de uma empresa sua o Sr. Flávio Mazaro Martins, através de procuração por instrumento público outorgada em cartório do domicílio do outorgante;

- que essa procuração dava plenos poderes de administração da empresa Serilon Sign & Serigrafia Ltda, da qual o recorrente Cássio Martinho Tottene era sócio majoritário, tendo todos os atos jurídicos em nome da empresa sido praticados pelo Sr. Flávio Mazaro Martins a partir da outorga da procuração;

- que, contudo, se o procurador constituído para administrar a empresa também foi constituído também por terceiro para administrar outra empresa, inclusive do mesmo ramo e concorrente, ao recorrente Cássio Martinho Tottene somente pode sobrar a surpresa e a certeza de que foi passado para trás, visto que certamente algum rendimento que deveria ficar na sua empresa foi desviado para essa outra empresa da qual nunca fez parte;

- que, em hipótese alguma, pode ser admitido que o recorrente **Cássio Martinho Tottene** era o sócio de fato da empresa autuada, que se locupletou às custas de empresa fantasma, de laranjas. O recorrente não teve nenhuma vinculação com a empresa autuada, não esteve envolvido no fato gerador e não tinha interesse no fato gerador do imposto;

- que pelos fatos apurados pela fiscalização, onde está a prova que confirma o “interesse comum” do recorrente Cássio Martinho Tottene nos atos praticados, supostamente fraudulentos, que ensejaram a lavratura do auto de infração? Qual foi o benefício auferido pelo recorrente **Cássio Martinho Tottene** que autorizaria concluir que ele tinha interesse comum nos atos praticados em nome da empresa Anderson Antônio Bernine?

- que se o Sr. Flávio utilizava uma sigla “SRL” nos cheques que emitia em nome da Anderson Antônio Bernine, a ele Flávio deve ser indagado o significado, o fato é que na empresa Serilon Sign apenas circulou os valores de propriedade desta empresa;

- que se o Sr. Flávio cometeu alguma irregularidade na administração da empresa Anderson Antônio Bernine, a ele deve ser atribuída a responsabilidade, e não a terceiro que simplesmente o havia como administrador de outra sociedade (estranha a presente autuação), que não tinha conhecimento nem qualquer ingerência nos atos que praticava em nome da empresa autuada;

O responsável é um terceiro que, em razão de algum vínculo com o fato gerador, é eleito como devedor do tributo. Contudo, a escolha de um terceiro para figurar no pólo passivo da obrigação tributária não pode ser feita arbitrariamente;

- que, diante dos fatos, o recorrente requer a reforma da decisão recorrida, ou seja, a retirada do recorrente do pólo passivo da autuação;

- que, ainda, suscitou decadência do lançamento fiscal, com base no art. 150,§4ª, do CTN;

- que é ilegal a quebra do sigilo bancário pela autoridade administrativa (utilização de dados da CPMF) para lançamento de outros tributos;

- que o fisco não poderia aplicar retroativamente o art. 1º da Lei nº 10.174, de 09 de janeiro de 2001 a fatos geradores do ano-calendário 1999;

- que pela Súmula 182 do TFR a simples existência do depósito bancário não conduz à presunção de disponibilidade econômica, pois ainda pendente de comprovação pela Administração Tributária o nexos causal entre o depósito e o fato que representa omissão de rendimentos;

Por fim, o recorrente pediu a reforma da decisão recorrida, vale dizer:

a) seja afastada qualquer caracterização de ato fraudulento, ou dissimulação, com intuito de sonegação fiscal referentemente aos fatos narrados na autuação;

b) a exclusão do recorrente Cássio Martinho Tottene do pólo passivo da obrigação tributária, tendo em vista ser parte absolutamente ilegítima para responder pelas exações em questão;

c) o reconhecimento da decadência do direito da Fazenda Nacional em constituir os créditos tributários objetos da autuação em questão;

d) o reconhecimento da quebra ilegal do sigilo bancário da autuadas Anderson Antônio Bernine, determinando por consequência a improcedência das autuações;

e) estando, pois, demonstrada a inexistência de qualquer ato fraudulento, mas caso se entenda pelo pagamento das exações, que seja excluída a multa agravada de 150% e aplicada multa regular de 75%;

f) que, levando em consideração que movimentação bancária, por si só, não serve como fato gerador das exações exigidas na autuação, e a inexistência de outras provas neste sentido, sejam julgados totalmente improcedentes os autos de infração lavrados, constantes do presente processo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator.

Por ser tempestivo e atender aos demais pressupostos de admissibilidade, conheço dos Recursos Voluntários:

- da firma individual ANDERSON ANTÔNIO BERNINE apresentado pelo advogado contratado, constituído pelo Sr. FLÁVIO MAZARO MARTINS (responsável legal e objeto de Sujeição Passiva Solidária) e que, por isto, configura sua defesa também (e-fls. 721/746);

- apresentado pelo responsável solidário Sr. CÁSSIO MARTINHO TOTTENE (e-fls. 753/781).

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA.

Preliminarmente, a contribuinte suscitou a ocorrência da decadência dos tributos do Simples Federal com fulcro no art. 150,§4º, CTN, argumentando que, por estarem submetidos à modalidade de lançamento por homologação, o termo inicial do prazo decadencial é a data do fato gerador.

Os Autos de Infração do **Simples Federal** (IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e Contribuição para a Seguridade Social - INSS), **ano-calendário 1999**, foram lavrados em **02/02/2005** (e-fls. 528/618).

O sujeito passivo firma individual ANDERSON ANTÔNIO BERNINE, responsável legal Sr. FLÁVIO MAZARO MARTINS (sujeição passiva solidária), após tentativa de intimação pelo fisco, por via postal, para dar ciência dos Autos de Infração, o AR retornou com a informação "MUDOU-SE" (fls. 618/620); por isso, houve a intimação fiscal por Edital.

Consta do edital de intimação que a firma individual ANDERSON ANTÔNIO BERNINE tomou ciência da intimação dos autos de infração em **18/02/2005** (fl. 623);

Consta do edital que o Sr. FLÁVIO MAZARO MARTINS (responsável legal e objeto de Sujeição Passiva Solidária) foi intimado dos autos de infração em **03/03/2005** (fl. 624).

Já o Sr. CÁSSIO MARTINHO TOTTENE tomou ciência do lançamento fiscal por via postal, Aviso de Recebimento - AR, em **15/02/2005** (fl. 621).

No caso, o fisco imputou duas infrações, quanto ao **ano-calendário 1999**:

a) **omissão de receitas** (depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada) com multa qualificada, dolo, sonegação fiscal, fraude, utilização de interposta pessoa "laranja", multa qualificada de 150%;

b) **insuficiência de recolhimento** dos tributos do Simples em relação às receitas informadas espontaneamente na Declaração do Simples (infração reflexa da Omissão de Receitas - faixa de alíquotas), o fisco imputou multa de ofício de 75%.

O termo inicial do prazo decadencial, para tributos sujeitos a lançamento por homologação (art. 150, §4º, do CTN), não é necessariamente a data do fato gerador, pois depende:

- a) se houve ou não antecipação de pagamento; e,
- b) se a conduta infratora apurada pelo fisco tem ou não dolo, fraude ou simulação.

1) - Quanto à infração imputada omissão de receitas - ano-calendário 1999:

Como já mencionado, o fisco imputou a omissão de receitas, conduta dolosa, sonegação fiscal, fraude, interposição de interposta pessoa ("laranja"), com aplicação de multa qualificada (150%).

Acerca da caracterização do dolo na conduta do sujeito passivo, a questão será enfrentada, mais adiante, quando da análise da multa qualificada de 150%.

Não obstante, desde já cabe adiantar, a conduta dolosa, sonegação fiscal, fraude, utilização de interposta pessoa, está devidamente caracterizada, comprovada nos autos

Assim, aplica-se, no caso, o termo inicial do prazo decadencial do art. 173,I, do CTN.

Os tributos do Simples estão sujeitos a período de apuração mensal.

Quanto aos períodos de apuração mensais: PA 01/01/1999 a 30/11/2009, o fisco poderia ter exigido os tributos mensais, respectivos, no próprio ano-calendário 1999.

Logo, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em poderia ter sido lançado é o dia 01/01/2000.

O fisco tinha prazo de cinco anos para constituir o crédito tributário via lançamento de ofício até **31/12/2004**, com base no art. 173,I, do CTN, para os PA 31/01/1999 a 30/11/1999.

Entretanto, a contribuinte tomou ciência dos autos de infração em **18/02/2005**.

Apenas os tributos do Simples do PA 01/12/1999 a 31/12/1999 estão a salvo da decadência, pois:

- o fisco poderia cobrá-los, no mês seguinte, a partir de 01/01/2000;
- o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderiam ter sido exigidos é o dia 01/01/2001 (art. 173, I, do CTN, em face da existência de dolo, fraude, interposição de pessoa, "laranja").

Assim, quanto à infração omissão de receitas estão decaídos os períodos de apuração: 31/01/1999 a 30/11/1999.

2) - No que concerne à infração insuficiência de pagamento do Simples (infração reflexa) com base na receita bruta informada na Declaração do Simples 2000, ano-calendário 1999: foram lançados os períodos de 28/02/1999 a 31/08/1999.

No caso, o fisco imputou multa de ofício de 75% (inexistência de dolo, fraude ou simulação) quanto à infração **Insuficiência de Recolhimento** dos tributos do Simples (receita informada na Declaração do Simples) - infração reflexa.

Logo para os fatos geradores do ano-calendário 1999 - diferença (infração Insuficiência de Recolhimento) - estão decaídos todos os períodos lançados de ofício (28/02/1999 a 31/08/1999), pois, independentemente da existência ou não de antecipação de pagamento, mesmo aplicando-se o art. 173, I, do CTN, ainda assim esses PA foram atingidos pela decadência.

Vejamos:

Como o fisco poderia exigir o débito desses PA no próprio ano-calendário 1999, o 1º dia do exercício seguinte é 01/01/2000.

O fisco tinha prazo para efetuar o lançamento de ofício até **31/12/2004**.

A contribuinte tomou ciência do lançamento em **18/02/2005**.

Portanto, quanto à infração Insuficiência de Recolhimento todos os períodos objeto do lançamento de ofício (28/02/1999 a 31/08/1999) estão fulminados pela decadência.

Diante do exposto, acolho em parte a preliminar de decadência, pois:

a) quanto à infração imputada omissão de receitas, com multa qualificada de 150% (dolo, sonegação fiscal, fraude, utilização de interposta pessoa), em face da incidência do art. 173, I, do CTN, acolho a decadência para os períodos de apuração mensais de 01/01/1999 a 30/11/1999, ficando a salvo da decadência apenas o PA mensal 01/12/1999 a 31/12/1999;

b) no que concerne à infração insuficiência de pagamento dos tributos do Simples (receita bruta informada na Declaração do Simples 2000, ano-calendário 1999), acolho a decadência para todos os períodos de apuração mensais do ano-calendário 1999, objeto do lançamento de ofício (28/02/1999 a 31/08/1999), independentemente da existência de antecipação de pagamento, pois a decadência se verificou seja pelo art. 150, § 4º, seja pelo art. 173, I, do CTN.

SIGILO BANCÁRIO. DADOS DA CPMF. TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES FINANCEIRAS AO FISCO PELO BANCO. LC Nº 105/2001. DECRETO Nº 3.724/01. LEI 10.174/01. DECISÃO DO PLENO DO STF. CONSTITUCIONALIDADE.

A contribuinte alegou que a citada legislação, por ser ulterior, não teria aplicação retroativa, pois o lançamento refere-se a fatos geradores do ano-calendário 1999.

Não procede a irresignação da recorrente.

Em relação à aplicação retroativa da Lei nº 10.174/2001 (art. 1º), inexistente óbice algum para tanto, uma vez que a norma que ela veicula tem natureza instrumental ou processual, coadunando-se com o disposto no § 1º do art. 144 do CTN.

Nesse sentido, reproduzo precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça - STJ, o qual é guardião da norma infraconstitucional, reconhecendo o caráter de norma instrumental ao disposto na Lei nº 10.174/2001 (art. 1º), *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL ALÍNEA 'A'. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENDIDA SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE TERMO DE PROCEDIMENTO FISCAL. REQUERIMENTO DE INFORMAÇÕES AO CONTRIBUINTE RELATIVAS AO ANO-BASE DE 1998, A PARTIR DE DADOS INFORMADOS PÊLOS BANCOS À SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL SOBRE A CPMF. PRETENDIDA COBRANÇA DE CRÉDITOS RELATIVOS A OUTROS TRIBUTOS. ARTIGO 6º DA LC 105/01 E 11, § 3º, DA LEI N. 9.311/96, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 10.174/01. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO RETROATIVA. EXEGESE DO ART. 144, § 1º, DO CTN.

À luz do que dispõe o artigo 144, § 1º, do CTN, infere-se que as normas tributárias que estabeleçam 'novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas', aplicam-se ao lançamento do tributo, mesmo que relativas a fato gerador ocorrido antes de sua entrada em vigor.

Diversamente, as normas que descrevem os elementos do tributo, de natureza material, somente são aplicáveis aos fatos geradores ocorridos após o início de sua vigência (cf. "Código Tributário Nacional Comentado"). Vladimir Passos de Freitas (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 566).

Nesse contexto, forçoso reconhecer que os dispositivos (arts. 6º da LC n. 105/01 e 11, § 3º, da Lei n. 9.311/96, na redação dada pela lei n. 10.174/01) que autorizam a utilização dos dados da CPMP pelo Fisco para a apuração de eventuais créditos tributários relativos a outros tributos são normas (...) meramente procedimentais, acerca das quais não prevalece a irretroatividade defendida pelo v. acórdão da Corte a quo.

É de se observar, tão-somente, o prazo de que dispõe a Fazenda Nacional para constituição do crédito tributária.

Tanto o art. 6º da Lei Complementar 105/2001, quanto o art. 1º da Lei 10.174/2001, por ostentarem natureza de normas tributárias procedimentais, são submetidas ao regime intertemporal do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional,

permitindo sua aplicação, utilizando-se de informações obtidas anteriormente à sua vigência' (REsp 506.232/PR, Relator Min. Luiz Fux, DJU 16/02/2004). No mesmo sentido: REsp 479.201/SC, Relator Min. Francisco Falcão, DJU 24/05/2004. Recurso especial provido para denegar a segurança requerida" (Segunda Turma - REsp 505.493/PR, Rei. Min. Franciulli Netto, DJU de 08.11.04).

TRIBUTÁRIO. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL APLICAÇÃO INTERTEMPORAL. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. RETROATIVIDADE PERMITIDA PELO ART. 144, § 1º DO CTN.

1. O resguardo de informações bancárias era regido, ao tempo dos fatos que permeiam a presente demanda (ano de 1998), pela Lei 4.595/64, reguladora do Sistema Financeiro Nacional, e que foi recepcionada pelo art. 192 da Constituição Federal com força de lei complementar, ante a ausência de norma regulamentadora desse dispositivo, até o advento da Lei Complementar 105/2001.

2. O art. 38 da Lei 4.595/64, revogado pela Lei Complementar 105/2001, previa a possibilidade de quebra do sigilo bancário apenas por decisão judicial.

3. Com o advento da Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF, as instituições financeiras responsáveis pela retenção da referida contribuição, ficaram obrigadas a prestar à Secretaria da Receita Federal informações a respeito da identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações bancárias, sendo vedado, a teor do que preceituava o § 3º da art. 11 da mencionada lei, a utilização dessas informações para a constituição de crédito referente a outros tributos.

*4. A possibilidade de quebra do sigilo bancário também foi objeto de alteração legislativa, levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001, cujo art. 6º dispõe: "**Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.**"*

5. A teor do que dispõe o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao passo que as leis de natureza material só alcançam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.

6. Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por

envergar natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos.

7. *A exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência.*

8. *Inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal.*

9. *Recurso Especial desprovido, para manter o acórdão recorrido" (Primeira Turma - REsp 685.708/ES, Rei. Min. Luiz Fux, DJU de 20.06.05).*

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DEFICIÊNCIA RECURSAL. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. ARTIGO 6º DA LC 105/01 E 11, § 3º DA LEI Nº 9.311/96, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.174/2001. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 144, § 1º DO CTN.

1. *Não enseja conhecimento a pretensão recursal sem a indicação do dispositivo de lei federal tido como violado e sem a exposição dos motivos pelos quais pugna pela reforma do julgado, ante o disposto na Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.*

2. *O artigo 38 da Lei nº 4.595/64 que autorizava a quebra de sigilo bancário somente por meio de requerimento judicial foi revogado pela Lei Complementar nº 105/2001.*

3. *A Lei nº 9.311/96 instituiu a CPMF e no § 2º do artigo 11, determinou que as instituições financeiras responsáveis pela retenção dessa contribuição prestassem informações à Secretaria da Receita Federal, especificamente, sobre a identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações efetuadas, vedando, contudo, no seu § 3º a utilização desses dados para constituição do crédito relativo a outras contribuições ou impostos.*

4. *A Lei 10.174/2001 revogou o § 3º do artigo 11 da Lei nº 9.311/91, permitindo a utilização das informações prestadas*

para a instauração de procedimento administrativo-fiscal a fim de possibilitar a cobrança de eventuais créditos tributários referentes a outros tributos.

5. Outra alteração legislativa, dispondo sobre a possibilidade de sigilo bancário, foi veiculada pela o artigo 6º da Lei Complementar 105/2001.

6. O artigo 144, § 1º do CTN prevê que as normas tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao contrário daquelas de natureza material que somente alcançariam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.

7. Os dispositivos que autorizam a utilização de dados da CPMF pelo Fisco para apuração de eventuais créditos tributários referentes a outros tributos são normas procedimentais e por essa razão não se submetem ao princípio da irretroatividade das leis, ou seja, incidem de imediato, ainda que relativas a fato gerador ocorrido antes de sua entrada em vigor. Precedentes.

8. Ressalvado o prazo que dispõe a Fazenda Nacional para a constituição do crédito tributário.

9. Recurso especial conhecido em parte e provido. RECURSO ESPECIAL Nº 757.956 - RS (2005/0095707-4), RELATOR: MINISTRO CASTRO MEIRA, 2ª Turma.

Por último, cabe destacar que o Pleno do Supremo Tribunal Federal - STF, na Sessão de Julgamento de **24/02/2016**, no RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.314-SP, Repercussão Geral, Relator Ministro Edson Fachin, declarou constitucional a legislação de regência do acesso direto do fisco aos dados e informações financeiras de correntistas das instituições financeiras, mediante Requisição de Informação de Movimentação Financeira - RMF, conforme ementa do Acórdão que transcrevo, *in verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01.

1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo.

2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem

quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.

3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.

4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional.

6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”.

7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”.

8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Portanto, a exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza instrumental da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência.

Portanto, o acesso direto do fisco, sem ordem judicial, aos dados e informações de movimentação financeira bancária da autuada do ano-calendário 1999, objeto do lançamento de ofício, mediante expedição de RMF, deu-se conforme legislação de regência.

OMISSÃO DE RECEITAS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL (LEI Nº 9.430/96, ART. 42). INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Diversamente do entendimento dos recorrentes, por ter restado não comprovada a origem dos depósitos bancários a crédito nas contas correntes bancárias da autuada, embora intimada a fazê-lo, o fisco, por presunção legal, então imputou a infração Omissão de Receitas Depósitos Bancários de Origem Não Comprovada (Lei nº 9.430/96, art. 42).

O ônus da prova de que não houve omissão de receitas é da recorrente sim, pois o art. 42 da Lei nº 9.430/96 que encerra presunção legal, que tem a função de inverter o ônus probatório.

No caso de presunção legal, o ônus probatório, por conseguinte, não é de quem acusa a existência de infração tributária, mais sim do acusado que deverá fazer prova de que não cometeu a omissão de receitas.

Portanto, é uma presunção legal relativa que pode ser afastada por provas hábeis e idôneas.

Para fisco compete, apenas, comprovar a existência de depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada, com lastro em extratos bancários (prova indiciária) da presunção de omissão de receitas.

Vale dizer, o fisco pode presumir a omissão de receitas (depósitos bancários de origem não comprovada), quando a contribuinte, regularmente intimada, não comprove através de documentos hábeis e idôneos a origem dos depósitos a crédito em suas contas bancárias, uma vez que não mais se aplica a Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos e, também, não se aplicam os precedentes jurisprudenciais invocados, pois calcados em legislação revogada.

Isto porque existem duas realidades distintas no que se refere ao uso da movimentação financeira bancária para a caracterização da omissão de receitas, sendo uma com base no art. 6º, § 5º, da Lei nº 8.021/1990 (dispositivo revogado pela Lei n. 9.430/96), e a outra com base no art. 42 da Lei nº 9.430/1996, vejamos:

Lei nº 8.021/1990:

"Art. 6º. O lançamento de ofício, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando-se os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza.

(...)

§ 5º O arbitramento poderá ainda ser efetuado com base em depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações." [revogado]

Lei nº 9.430/1996 :

"Art. 42. Caracterizamse também omissão de receita ou de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantido 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.

Com base nos dispositivos acima transcritos, verifica-se que o que distingue uma realidade da outra é que a partir de 01/01/1997 - entrada em vigor da Lei nº 9.430/96 - a existência de depósitos não escriturados ou de origem não comprovada tornou-se uma nova hipótese legal de presunção de omissão de receitas, que veio se juntar às outras já existentes no ordenamento jurídico, sendo que, a partir daí, atenuou-se a carga probatória atribuída ao fisco, que precisa apenas demonstrar a existência de depósitos bancários não escriturados ou de origem não comprovada, mediante extratos bancários, para satisfazer o *onus probandi* a seu cargo.

Antes, tal previsão legal para depósitos bancários inexistia e, com isso, o fisco necessitava, nos estritos termos do art. 6º, caput, e § 5º, da Lei nº 8.021/1990, não apenas constatar a existência dos depósitos bancários, mas estabelecer uma conexão, um nexo causal, entre tais depósitos e alguma exteriorização de riqueza, renda consumida e/ou operação concreta do sujeito passivo que pudesse dar ensejo à omissão de receitas.

O fato é que, após a edição da Lei nº 9.430/1996, a movimentação bancária mantida ao largo da escrituração contábil da empresa ou sem comprovação da origem, presume-se realizada com valores omitidos à tributação, salvo prova em contrário, e não mais se aplicando, portanto, o entendimento exarado na Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Para fatos geradores a partir de 1º/01/1997, no tocante à omissão de rendimentos/receitas com base em depósitos bancários de origem não comprovada, tem vigência única e plenamente o art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

Esse diploma legal, como já dito alhures, encerra presunção legal que implica inversão do ônus da prova.

O ônus da prova de que não houve omissão de receitas/rendimentos é da contribuinte.

Não há que se falar em necessidade de sinais exteriores de riqueza ou prova do consumo da renda para tributar depósitos bancários de origem não comprovada pelo contribuinte, conforme matéria já sumulada por este Egrégio Conselho Administrativo, *in verbis*:

Súmula CARF nº 26:

A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.

Como demonstrado, o depósito bancário de origem não comprovada é rendimento tributável, por presunção legal.

Esse entendimento encontra-se, também, pacificado no âmbito deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, cujos precedentes transcrevo (ementas de julgados, acórdãos), *in verbis*:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ. Exercício: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITAS.

Caracterizam omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantidos junto à instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.(Acórdão nº 108-09.836, sessão de 05 de fevereiro de 2009, Relatora Valéria Cabral Géo Verçoza).

ASSUNTO: IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA Ano-calendário: 2002 a 2004. Ementa: IRPJ — DEPÓSITOS BANCÁRIOS — OMISSÃO DE RECEITAS PRESUNÇÃO LEGAL

Caracterizam como omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.(Acórdão nº 101 - 97.116, sessão de 05 de fevereiro de 2009, Relator Valmir Sandri).

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE — SIMPLES Exercício: 2003, 2004. Ementa: OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA—PROCEDÊNCIA.

Caracterizam omissão de receita 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 comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

ÔNUS DA PROVA PRESUNÇÃO LEGAL

Em se tratando de presunção legal, cabe ao Fisco a prova do fato indiciário. Ao contribuinte incumbe provar que o fato indiciário não leva, em seu caso concreto, ao fato presumido por lei. Esse ônus não pode ser transferido pelo contribuinte à Administração Tributária.(Acórdão nº 105-17.369, sessão de 17 de dezembro de 2008, Relator Waldir Veiga Rocha).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF. Exercício. 2000, 2001, 2002. OMISSÃO DE RENDIMENTO. LANÇAMENTO COM BASE EM

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ARTIGO 42 DA LEI Nº 9.430, DE 1996.

A presunção legal de omissão de receitas, prevista no art. 42, da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza o lançamento com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

ÔNUS DA PROVA.

Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários. (Acórdão nº 102-49.393, sessão de 06 de novembro de 2008. Relatora Núbia Matos Moura).

*Assunto: SIMPLES NACIONAL. EXERCÍCIO: 2004, 2005
Ementa: PRESUNÇÃO LEGAL. OMISSÃO DE RECEITAS
DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM COMPROVAÇÃO DE
ORIGEM. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ARTIGO 42,
DA LEI Nº. 9.430, DE 1996.*

Caracteriza omissão de rendimentos a existência de 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.

PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS DO ÔNUS DA PROVA As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei. (Acórdão nº 195-00.088, sessão 09 de dezembro de 2008, Relator Benedicto Celso Benicio Junior).

Por fim, apenas a título de argumentação, não há conflito entre o art. 42 da Lei nº 9.430/96, que presume como rendimento omitido os valores creditados em conta de depósitos para os quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprove sua origem, e os arts. 43 e 44 do Código Tributário Nacional que definem o fato gerador do imposto de renda – IR e o conceito de renda e a Constituição Federal.

Ainda, apenas para argumentar, eventual antinomia entre as normas citadas somente poderia ser resolvido no âmbito de declaração de inconstitucionalidade das normas pelo Poder Judiciário, não sendo competência ao CARF o enfrentamento, no mérito, dessa questão, conforme Súmula CARF nº 02, cujo verbete transcrevo, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2:

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

Na fase de fiscalização, como já demonstrado, a contribuinte, embora intimada diversas vezes a comprovar a origem dos depósitos bancários, não se desincumbiu desse ônus probatório para afastar a omissão de receitas.

Já na fase processual, tanto na primeira instância de julgamento, quanto nesta fase recursal, o sujeito passivo, também, não produziu provas.

Portanto, deve ser mantida a infração imputada "OMISSÃO DE RECEITAS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. Não há reparo a fazer na decisão recorrida.

MULTA QUALIFICADA. DOLO. SONEGAÇÃO FISCAL. FRAUDE. INTERPOSTA PESSOA ("LARANJA"):

Diversamente do alegado pela recorrente, está sobejamente demonstrado nos autos o dolo, sonegação fiscal, fraude, utilização de interposta pessoa ("laranja"), para ludibriar o fisco, para suprimir ou reduzir tributos e contribuições do Simples Federal do ano-calendário 1999.

Receita Não Declarada - Omissão de Receitas - Ano-calendário 1999:

<i>Mês/Ano</i>	<i>Receita Bruta Mensal (Decl.) R\$</i>	<i>Difer. Apuradas (R\$)</i>
01/1999	2.333,34	25.613,96
02/1999	2.856,33	73.481,95
03/1999	3.236,00	12.478,42
03/1999	0,00	142.312,00
04/1999	3.883,33	267.337,95
05/1999	4.271,67	264.723,53
06/1999	4.912,33	287.665,90
07/1999	5.041,67	99.851,62
07/1999	0,00	47.471,56
08/1999	4.183,33	265.223,66
09/1999	0,00	255.281,00
10/1999	0,00	390.954,87
11/1999	0,00	253.701,99
12/1999	0,00	120.516,87

Obs: A contribuinte declarou à RFB menos de 2% do seu faturamento bruto em 1999.

Os fatos narrados nos autos de infração pela fiscalização da RFB são reveladores, por demais contundentes, quanto à conduta fraudulenta dos responsáveis pela empresa (firma individual constituída em nome de "laranja"), utilizada para suprimir total ou parcialmente os tributos do Simples e que, nessa parte, transcrevo (e-fls. 528/618), *in verbis*:

(...)

001- OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS

A presente ação fiscal teve início em 23/10/2003, com a emissão do Mandado de Procedimento Fiscal 0140100-2003-00426-4. Em 24/10/2003, com o intuito de entregar o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) e o Termo de Início de Fiscalização,

comparecemos no endereço acima citado, no qual deveria funcionar a empresa ANDERSON ANTONIO BERNINE.

Constatamos que a empresa não estava estabelecida no endereço constante no cadastro Nacional da Pessoa Jurídica da Receita Federal, cabendo ainda salientar que o número constante do cadastro, não existe na referida avenida, conforme Termo de Diligência |Fiscal de 25/10/2003, fl. 07. A empresa também não foi localizada em qualquer outro endereço desta cidade.

Tendo em vista o citado no parágrafo anterior, cientificamos a empresa, do início do procedimento fiscal, através do Edital de 25/10/2003. Ao mesmo tempo, foi solicitado à Junta Comercial do Estado do Mato Grosso do Sul - JUCEMS, o envio da cópia dos documentos de constituição da empresa, arquivados naquela instituição. Em 10/11/2003 a JUCEMS enviou cópias da Declaração de Firma Individual e da Declaração de Microempresa, fls. 15 a 17, conforme solicitado.

Não tendo a empresa atendido às intimações e possuindo gastos em montante superior à sua renda disponível, foram lavradas Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira, solicitando aos Bancos Banestado S A, HSBC Bank Brasil S A, e Bradesco S A, o envio dos dados cadastrais da empresa, além das cópias de seus extratos bancários de contas mantidas nas respectivas instituições.

Junto com os extratos bancários, foi enviado pelo banco Bradesco S. A, cópia de uma procuração, fls. 110 e 111, que dá plenos poderes ao Sr. Flávio Mazaro Martins a efetuar todas as transações da empresa.

Em 01/06/2004, foi lavrado Termo de Intimação solicitando a comprovação da origem dos créditos bancários da empresa, constantes de relatório anexo ao termo, sendo solicitado também, os mesmos documentos já solicitados através do Termo de Início de Fiscalização. Esta intimação foi enviada para o Sr. Flávio Mazaro Martins e para o Sr. Anderson Antônio Bernine, no endereço constante dos documentos de abertura da empresa, além de reintimarmos a empresa por edital.

Em 23/07/2004 recebemos uma correspondência do Sr. Flávio Mazaro Martins, fl. 157, datada de 12/07/2004, através da qual nos foi informado que este estava diligenciando no sentido de localizar os documentos e livros fiscais relacionados ao Termo de Intimação, além de já ter solicitado aos bancos os extratos bancários e cópias de cheques para apresentação à fiscalização, não tendo, entretanto, apresentado tais justificativas até a presente data.

Estamos incluindo o Sr. Flávio Mazaro Martins, cpf 569.318.401-34 no pólo passivo da presente obrigação tributária, nos termos do art. 135, II e III, do Código Tributário Nacional, tendo em vista os indícios observados que o colocam como um dos reais proprietários da empresa. Como pode ser

observado, através da análise dos documentos fornecidos pela JUCEMS, tanto a Declaração de Firma Individual, quanto a Declaração de Microempresa, além da abertura da conta corrente 1787-6 na agência 3408-8 do Banco Bradesco S A, fl. 108, foram assinadas pelo Sr. Flávio Mazaro, como se constata ao confrontarmos as assinaturas constantes destes documentos, com a assinatura presente na procuração apresentada em 23/07/2004, f. 161, junto da resposta prestada por este.

O Banco Bradesco S A, apresentou procuração pela qual o Sr. Flávio Mazaro Martins detém toda a administração da empresa Anderson Antônio Bernine. A empresa objeto do presente auto de infração, como também se observa através da documentação apresentada pela JUCEMS, se dedica ao comércio varejista de tecidos, tintas, máquinas e equipamentos para serigrafia, etc, que é a mesma atividade da empresa Serilon Sign & Serigrafia Ltda, cnpj 03.509.611/0001-58, constituída em 16/11/1999 que tem como sócio o Sr. Flávio Mazaro Martins.

Todos os cheques de emissão da empresa Anderson Antônio Bernine na conta 1.787-6 da agência 3408-8 do Banco Bradesco S A, fls. 372 a 425, foram assinados pelo Sr. Flávio Mazaro Martins e possuem após o preenchimento do valor por extenso, a sigla SRL (SERILON), o que indica que tais cheques eram realmente preenchidos pela empresa Serilon.

Estamos também incluindo o Sr Cassio Martinho Tottene, cpf 279 862 339-15 sócio -administrador das empresas Serilon Sign e Serigrafia Ltda, cnpj 33.727.355/0001-36, Serilon Comércio de Tintas Ltda, cnpj 68.839.224/0001-25, Serilon Brasil Ltda, cnpj 04.143.008/0001-68, Serilon Administradora de Bens Próprios Ltda, cnpj 02.584.398/0001-86, Serilon Comercio de Prods. Serigráficos Ltda, cnpj 79.560.629/0001-46, Serilon Com. de Prods. Serigráficos Ltda e cnpj 83.069.039/0001-92, no pólo passivo da presente autuação, nos termos do art. 124 I do Código Tributário Nacional, tendo em vista o que segue:

Vários indícios sugerem que a empresa Anderson Antônio Bernine nunca operou de fato. O terreno referente ao nº 163 da rua Julio de Castilho em Campo Grande (MS), pertence à empresa Serilon Administradora de Bens Próprios, cnpj 02.584.398/0001-86, tendo sido adquirido em 05/10/1998, conforme matrícula 151.469 do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de Campo Grande (MS), fl. 428. O antigo proprietário do imóvel, sr. Geraldo Ferline, cpf 200.468.981-15, informou a esta fiscalização, ter vendido a propriedade para a empresa Serilon, que na época já operava no nº 251, ao lado do imóvel vendido, afirmando ainda que na época da venda o imóvel vendido não abrigava nenhuma outra empresa.

A empresa Serilon Sign e Serigrafia Ltda, cnpj 33.727.355/0001-36 outorgou uma procuração por instrumento público ao sr. Flávio Mazaro Martins, já citado, em 04/11/1997, permitindo a este representar a empresa junto a quaisquer bancos ou casas de crédito, fls. 446 e 448. Cabe salientar que

*esta procuração foi lavrada no mesmo cartório e na mesma data em que a empresa Anderson Antônio Bernine, lavrou uma procuração, também tendo como outorgado o sr. **Flávio Mazaro Martins**.*

*O endereço de correspondência que consta do cadastro do banco Bradesco S A, fl. 24 relativo a conta da empresa Anderson Antônio Bernine, e o mesmo endereço da **empresa Serilon Sign e Serigrafia Ltda**, cnpj 33.727.355/0001-36 ou seja, rua Julio de Castilho 251. O telefone para contato constante do cadastro do Banco HSBC Bank Brasil S A, fl. 48, relativo à conta da empresa Anderson Antônio Bernine, nº 761-1304, é a mesma linha onde atende a empresa Serilon Sign e Serigrafia Ltda, conforme informação da Empresa Brasil Telecom.*

*Todos os cheques emitidos pela empresa Anderson Antônio Bernine, relativos à sua corrente 1787-6 da agência 3408-8 do banco Bradesco S A, **possuem a sigla "SRL"** repetidas após o valor em extenso. Esta sigla é, obviamente, abreviatura do nome "SERILON" e demonstra que tais cheques eram emitidos na realidade pela empresa Serilon.*

*Cabe ressaltar que estes cheques possuem a assinatura do **Sr. Flávio Mazaro Martins**.*

*Como pode ser também observado, através das cópia de cheques e depósitos das contas correntes da empresa Anderson Antônio Bernine, vários lançamentos tem como beneficiários ou depositantes empresas do grupo Serilon, incluindo o cheque nº 24 da conta 1.787-6 da agência 3408-8 do banco Bradesco S A, fl. 392, no valor de R\$ 20.000,00 que tem como beneficiário o **Sr. Cássio Martinho Tottene**.*

*Intimamos em 02/12/2004, a empresa Serilon Sign e Serigrafia Ltda, cnpj 33.727.355/0001-36 a informar a relação existente entre esta e a empresa Anderson Antônio Bernine, além de informar a origem de diversos valores pagos por esta empresa através de cobrança bancária, tendo como beneficiária a empresa Anderson Antônio Bernine. **Em sua resposta a empresa informa que havia apenas relacionamento comercial, tendo em vista serem empresas que, na época, exerciam a mesma atividade.** Quanto aos valores solicitados, informou que devido ao tempo transcorrido, haveria necessidade de um prazo maior para a localização e que estaria desenvolvendo esforços no sentido de esclarecer os fatos o mais brevemente possível, não tendo, entretanto, apresentado os esclarecimentos até a presente data.*

*Todos os indícios levam a crer que o Sr. Anderson Antônio Bernine foi utilizado como **interposta pessoa (laranja)**, na constituição da empresa. Não foi possível a sua localização através dos dados constantes dos sistemas da Secretaria da Receita Federal, assim como dos sistemas do Ministério do Trabalho, companhias telefônicas ou quaisquer outros meios. O contribuinte possui dois números no Cadastro da Pessoa Física (CPF), sendo um com endereço em Campo Grande (MS), que foi*

utilizado para a abertura da empresa objeto do presente lançamento e outro em Londrina (PR). Não foi possível a localização do contribuinte em nenhum dos dois endereços. Também foi tentado, sem sucesso, a localização do contribuinte através do nome de sua mãe.

*Do acima explanado, conclui-se que a empresa, em tese, **cometeu evidente intuito de fraude/sonegação**, ao deixar de declarar/recolher os valores constantes de suas contas correntes.*

Não tendo a empresa ou os contribuintes responsáveis apresentado a comprovação dos valores creditados nas contas bancárias da empresa, estamos lavrando o presente auto de infração, nos termos do art. 42 da Lei 9.430/96, com base no "Demonstrativo de Omissão de Receitas", que por sua vez tem como origem os "Demonstrativo de Créditos Bancários com Origens Não Comprovadas" e Demonstrativo de Cheques Devolvidos. Os Demonstrativos citados são parte integrante do presente auto de infração.

*Tendo em vista o descrito, **lavramos o presente com multa qualificada de 150%**, de acordo com o previsto no art. 44, inciso II da Lei 9.430 de 1996, que versa que serão aplicadas as multas de cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64 e também no previsto no art. 1º da Lei 8.137 de 1990.*

(...)

Como se trata de conduta dolosa, sonegação fiscal, fraude, utilização de interposta pessoa ("laranja") que implicou supressão praticamente total dos tributos e contribuições do Simples do ano-calendário 1999, está justificada, plenamente, a qualificação da multa de ofício, inclusive, o entendimento em consonância com a Súmula CARF nº 25, *in verbis*:

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

Como visto, a conduta dolosa, sonegação fiscal, fraude, utilização de interposta pessoa ("laranja") está demonstrada e comprovada nos autos pela fiscalização da RFB.

Portanto, no caso - além de justificada a presunção de omissão de receitas (depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada), conforme matéria já enfrentada anteriormente em item específico - mantém-se também a multa qualificada.

LANÇAMENTOS REFLEXOS

Aplica-se ao lançamento reflexo o mesmo tratamento dispensado ao lançamento matriz, em razão da relação de causa e de efeito que os vincula.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

Consta do processo que o fisco imputou sujeição passiva solidária aos Srs. **Flávio Mazaro Martins (CTN, art. 135, II e III)** e **Cássio Martinho Tottene (CTN, art. 124, I)**, por restar demonstrado:

a) quanto ao Sr. **Cássio Martinho Tottene** interesse comum quanto aos fatos econômicos empreendidos, realizados, praticados, de relevância tributária **pela empresa autuada**, ou seja, que constituíram fato gerador dos tributos e contribuições do Simples Federal, no ano-calendário 1999, conforme narrativa constante dos auto de infração do ano-calendário 1999 (e-fls. 528/618);

b) no que concerne ao **Flávio Mazaro Martins, por ser representante legal, administrador, e proprietário de fato da empresa.**

1 - Sujeição passiva solidária do Sr. Flávio Mazaro Martins:

No caso, a empresa - firma individual **Anderson Antônio Bernine** - foi constituída em nome do "laranja" **Sr. Anderson Antônio Bernine**, que passou procuração pública em cartório, com amplos poderes de administração para o Sr. **Flávio Mazaro Martins, em 04/11/1997 (e-fls. 114/115 e 682/683).**

O Sr. **Flávio Mazaro Martins, responsável legal pela empresa individual Anderson Antônio Bernine e administrador** no ano-calendário 1999, informou à RFB na Declaração do Simples menos de 2% da receita bruta auferida nesse ano, burlando o fisco, subtraindo, praticamente, o valor integral dos tributos e contribuições, nesse ano-calendário.

Ainda, houve dissolução irregular da empresa autuada no ano-calendário 2000.

A fiscalização da RFB não encontrou a empresa em lugar nenhum na cidade de Campo Grande - MS.

O Sr. **Flávio Mazaro Martins**, ao rebater a constatação da fiscalização da RFB de que o endereço informado no cadastro inexistente, admitiu que a empresa desde o ano 2000 não tem atividade e não tem endereço, ou seja, tal situação demonstra dissolução irregular. Transcrevo, nessa parte, o relatório da decisão recorrida, *in verbis*:

(...)

5. A empresa individual, Anderson Antônio Bernine foi intimada por edital em 18/02/2005 (fl. 575) e o responsável solidário arrolado neste auto de infração, do qual teve ciência por edital (fl. 576), em 03/03/2005, Sr. Flávio Mazaro Martins apresentou impugnação em 16/03/2005 (fls. 611/624), em nome da empresa, por intermédio de seu advogado, Sr. Júlio Cesar Souza Rodrigues, alegando, em síntese, que:

5.1 se faz necessário afastar a afirmação de que o endereço constante no cadastro da fiscalizada não existe, ocorre que o n.º 263 da Av. Júlio de Castilho onde estava instalada a empresa enquanto estava na atividade, hoje não mais existe realmente, porque foi incorporado à outra unidade imobiliária que atualmente recebe o n.º 251, e atualmente ela não se encontra ali porque paralisou suas atividades a partir de 2000, estando o espaço certamente ocupado por outras pessoas;

(...)

O Sr. Flávio Mazaro Martins, portanto, não procedeu atualização cadastral na RFB, configurando dissolução irregular da pessoa jurídica, da firma individual **Anderson Antônio Bernine**.

Ainda, o Sr. **Flávio Mazaro Martins**, conforme narrativa dos fatos pela fiscalização da RFB já transcritos alhures, quando da análise da multa qualificada, burlou o fisco, pois, sendo **titular de fato da empresa (proprietário de fato)**, constituiu a empresa em nome de "laranja" para suprimir tributos e contribuições do Simples Federal no ano-calendário 2009.

O Sr. **Flávio Mazaro Martins** detinha toda a administração da empresa Anderson Antônio Bernine, no ano-calendário 2009.

Nesse sentido, transcrevo a narrativa dos fatos constante dos autos de infração, *in verbis*:

(...)

Constatamos que a empresa não estava estabelecida no endereço constante no cadastro Nacional da Pessoa Jurídica da Receita Federal, cabendo ainda salientar que o número constante do cadastro, não existe na referida avenida, conforme Termo de Diligência Fiscal de 25/10/2003, fl. 07. A empresa também não foi localizada em qualquer outro endereço desta cidade.

Tendo em vista o citado no parágrafo anterior, cientificamos a empresa, do início do procedimento fiscal, através do Edital de 25/10/2003. Ao mesmo tempo, foi solicitado à Junta Comercial do Estado do Mato Grosso do Sul - JUCEMS, o envio da cópia dos documentos de constituição da empresa, arquivados naquela instituição. Em 10/11/2003 a JUCEMS enviou cópias da Declaração de Firma Individual e da Declaração de Microempresa, fls. 15 a 17, conforme solicitado.

Não tendo a empresa atendido às intimações e possuindo gastos em montante superior à sua renda disponível, foram lavradas Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira, solicitando aos Bancos Banestado S A, HSBC Bank Brasil S A, e

Bradesco S A, o envio dos dados cadastrais da empresa, além das cópias de seus extratos bancários de contas mantidas nas respectivas instituições.

Junto com os extratos bancários, foi enviado pelo banco Bradesco S A, cópia de uma procuração, fls. 110 e 111, que dá plenos poderes ao Sr. Flávio Mazaro Martins a efetuar todas as transações da empresa.

Em 01/06/2004, foi lavrado Termo de Intimação solicitando a comprovação da origem dos créditos bancários da empresa, constantes de relatório anexo ao termo, sendo solicitado também, os mesmos documentos já solicitados através do Termo de Início de Fiscalização. Esta intimação foi enviada para o Sr. Flávio Mazaro Martins e para o Sr. Anderson Antônio Bernine, no endereço constante dos documentos de abertura da empresa, além de reintimarmos a empresa por edital.

Em 23/07/2004 recebemos uma correspondência do Sr. Flávio Mazaro Martins, fl. 157, datada de 12/07/2004, através da qual nos foi informado que este estava diligenciando no sentido de localizar os documentos e livros fiscais relacionados ao Termo de Intimação, além de já ter solicitado aos bancos os extratos bancários e cópias de cheques para apresentação à fiscalização, não tendo, entretanto, apresentado tais justificativas até a presente data.

Estamos incluindo o Sr. Flávio Mazaro Martins, cpf 569.318.401-34 no pólo passivo da presente obrigação tributária, nos termos do art. 135, II e III, do Código Tributário Nacional, tendo em vista os indícios observados que o colocam como um dos reais proprietários da empresa.

Como pode ser observado, através da análise dos documentos fornecidos pela JUCEMS, tanto a Declaração de Firma Individual, quanto a Declaração de Microempresa, além da abertura da conta corrente 1787-6 na agência 3408-8 do Banco Bradesco S A, fl. 108, foram assinadas pelo Sr. Flávio Mazaro Martins, (...) se constata ao confrontarmos as assinaturas constantes destes documentos, com a assinatura presente na procuração apresentada em 23/07/2004, f. 161, junto da resposta prestada por este.

O Banco Bradesco S A, apresentou procuração pela qual o Sr. Flávio Mazaro Martins detém toda a administração da empresa Anderson Antônio Bernine.

(...)

Assim, diversamente do alegado pelo recorrente nas razões do recurso, está demonstrada e comprovada nos autos a sujeição passiva solidária do Sr. Flávio Mazaro Martins e em consonância com os precedentes jurisprudenciais deste CARF, *in verbis*:

Ementa(s)

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2010, 2011 ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ADMINISTRADOR DE FATO. ART. 135, III. CABIMENTO. NATUREZA DA RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR.

EXCLUSÃO DA PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE. A jurisprudência deste Conselho é firme no sentido de que a responsabilidade dos sócios, gerentes ou administradores (sejam formais ou de fato), prevista no art. 135, III é solidária e não exclui do pólo passivo a pessoa jurídica administrada. Sendo notória a ascendência do sujeito apontado como o administrador de fato das empresas pertencentes ao seu grupo familiar revela-se indiscutivelmente este que era o responsável de fato pela gestão dos negócios da empresa indicada no pólo passivo da autuação. (...). (Acórdão 1302-002.549 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, Sessão de 20/02/2018, Relator e Presidente Luiz Tadeu Matosinho Machado).

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM. Configurado o interesse comum nas situações que constituem o fato gerador dos tributos, pela prova de existência de identificação entre o responsável solidário e a contribuinte, resta caracterizada a sujeição passiva solidária nos termos do art. 124, I, c/c art. 135, III, ambos do CTN.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERPOSTA PESSOA. Comprovado nos autos os verdadeiros sócios da pessoa jurídica, pessoas físicas, acobertados por terceiras pessoas ("laranjas") que apenas emprestavam o nome para que eles realizassem operações em nome da pessoa jurídica, da qual tinham ampla procuração para gerir seus negócios e suas contas correntes bancárias, fica caracterizada a hipótese prevista no art. 124, I, do Código Tributário Nacional, pelo interesse comum na situação que constituía o fato gerador da obrigação principal. (Acórdão 1301-001.525 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 08/05/2014, Relator Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator).

SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 135 DO CTN. No caso de outorga de procuração com poderes plenos e ilimitados de administração e gerência, cumulado com a interposição de pessoas ("laranjas") para induzir as autoridades fiscais a erro, cabível a imputação de responsabilidade tributária aos administradores e sócios de fato da pessoa jurídica, nos termos do art. 135 do CTN. (Acórdão nº 1102-001.320-1ª Câmara/2ª Turma Ordinária, Sessão de 24/03/2015, Relator João Otávio Oppermann Thomé – Redator ad hoc).

SUJEIÇÃO PASSIVA POR RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM DE PESSOA FÍSICA QUE COMANDA, DE FATO, A PESSOA JURÍDICA. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS. ART. 124 I CTN. Uma vez comprovado que a pessoa física ausente do quadro societário da pessoa jurídica autuada, é seu verdadeiro controlador, dirigente e beneficiário do resultado econômico, correta a determinação de responsabilidade solidária pelos tributos devidos pela empresa, pois caracterizado interesse comum no fato gerador da obrigação tributária, conforme preceitua o inciso I do art. 124 do Código Tributário

Nacional. (Acórdão n.º 3401-003.809 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 26/06/2017, Relator LEONARDO OGASSAWARA DE ARAÚJO BRANCO).

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 135, III. DOLO. PODERES DE GERÊNCIA. Os administradores são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, desde que cabalmente provado o dolo. (Acórdão n.º 3301-003.159–3ª Câmara/1ª Turma Ordinária, Sessão de 27/01/2017, Relatora Semíramis de Oliveira Duro).

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. CABIMENTO. Os administradores, mandatários, prepostos e empregados são responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, bem assim as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. (Acórdão n.º 1302-001.962–3ª Câmara/2ª Turma Ordinária, Sessão de 11/08/2016, Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa Redator designado)

Portanto, deve ser mantida a sujeição passiva do Sr. **Flávio Mazaro Martins**.

2 - Sujeição passiva solidária do Sr. Cássio Martinho Tottene:

Consta dos autos que o fisco imputou interesse comum (art. 124, I, do CTN), solidariedade passiva ao Sr. **Cássio Martinho Tottene** quanto aos fatos econômicos empreendidos, realizados, praticados, de relevância tributária **pela empresa autuada**, ou seja, que constituíram fato gerador dos tributos e contribuições do Simples Federal, no ano-calendário 1999, conforme narrativa constante dos auto de infração do ano-calendário **1999** (e-fls. 528/618) que transcrevo:

(...)

*A empresa objeto do presente auto de infração, como também se observa através da documentação apresentada pela JUCEMS, se dedica ao comércio varejista de tecidos, tintas, máquinas e equipamentos para serigrafia, etc, que é a mesma atividade da empresa **Serilon Sign & Serigrafia Ltda, cnpj (...)**, constituída em 16/11/1999 que tem como sócio o Sr. **Flávio Mazaro Martins**.*

*Todos os cheques de emissão da empresa Anderson Antônio Bernine na conta 1.787-6 da agência 3408-8 do Banco Bradesco S A, fls. 372 a 425, foram assinados pelo Sr. **Flávio Mazaro Martins** e possuem após o preenchimento do valor por extenso, a*

sigla SRL (SERILON), o que indique que tais cheques eram realmente preenchidos pela empresa Serilon.

Estamos também incluindo o Sr Cassio Martinho Tottene, cpf 279 862 339-15 sócio -administrador das empresas Serilon Sign e Serigrafia Ltda, cnpj 33.727.355/0001-36, Serilon Comércio de Tintas Ltda, cnpj 68.839.224/0001-25, Serilon Brasil Ltda, cnpj 04.143.008/0001-68, Serilon Administradora de Bens Próprios Ltda, cnpj 02.584.398/0001-86, Serilon Comercio de Prods. Serigráficos Ltda, cnpj 79.560.629/0001-46, Serilon Com. de Prods. Serigráficos Ltda e cnpj 83.069.039/0001-92, no pólo passivo da presente autuação, nos termos do art. 124, I, do Código Tributário Nacional, tendo em vista o que segue:

Vários indícios sugerem que a empresa Anderson Antônio Bernine nunca operou de fato. O terreno referente ao nº 163 da rua Julio de Castilho em Campo Grande (MS), pertence à empresa Serilon Administradora de Bens Próprios, cnpj 02.584.398/0001-86, tendo sido adquirido em 05/10/1998, conforme matrícula 151.469 do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de Campo Grande (MS), fl. 428.

O antigo proprietário do imóvel, sr. Geraldo Ferline, cpf 200.468.981-15, informou a esta fiscalização, ter vendido a propriedade para a empresa Serilon, que na época já operava no nº 251, ao lado do imóvel vendido, afirmando ainda que na época da venda o imóvel vendido não abrigava nenhuma outra empresa.

A empresa Serilon Sign e Serigrafia Ltda, cnpj 33.727.355/0001-36 outorgou uma procuração por instrumento público ao sr. Flávio Mazaro Martins, já citado, em 04/11/1997, permitindo a este representar a empresa junto a quaisquer bancos ou casas de crédito, fls. 446 e 448. Cabe salientar que esta procuração foi lavrada no mesmo cartório e na mesma data em que a empresa Anderson Antônio Bernine, lavrou uma procuração, também tendo como outorgado o sr. Flávio Mazaro Martins.

O endereço de correspondência que consta do cadastro do banco Bradesco S A, fl. 24 relativo a conta da empresa Anderson Antônio Bernine, e o mesmo endereço da empresa Serilon Sign e Serigrafia Ltda, cnpj 33.727.355/0001-36 ou seja, rua Julio de Castilho 251. O telefone para contato constante do cadastro do Banco HSBC Bank Brasil S A, fl. 48, relativo à conta da empresa Anderson Antônio Bernine, nº 761-1304, é a mesma linha onde atende a empresa Serilon Sign e Serigrafia Ltda, conforme informação da Empresa Brasil Telecom.

Todas os cheques emitidos pela empresa Anderson Antônio Bernine, relativos à sua corrente 1787-6 da agência 3408-8 do banco Bradesco S A, possuem a sigla "SRL" repetidas após o valor em extenso. Esta sigla é, obviamente, abreviatura do nome "SERILON" e demonstra que tais cheques eram emitidos na realidade pela empresa Serilon.

Cabe ressaltar que estes cheques possuem a assinatura do Sr. Flávio Mazaro Martins.

Como pode ser também observado, através das cópia de cheques e depósitos das contas correntes da empresa Anderson Antônio Bernine, vários lançamentos tem como beneficiários ou depositantes empresas do grupo Serilon, incluindo o cheque nº 24 da conta 1.787-6 da agência 3408-8 do banco Bradesco S A, fl. 392, no valor de R\$ 20.000,00 que tem como beneficiário o Sr. Cássio Martinho Tottene.

*Intimamos em 02/12/2004, a empresa **Serilon Sign e Serigrafia Ltda**, cnpj 33.727.355/0001-36 a informar a relação existente entre esta e a empresa Anderson Antônio Bernine, além de informar a origem de diversos valores pagos por esta empresa através de cobrança bancária, tendo como beneficiária a empresa Anderson Antônio Bernine.*

Em sua resposta a empresa informa que havia apenas relacionamento comercial, tendo em vista serem empresas que, na época, exerciam a mesma atividade. Quanto aos valores solicitados, informou que devido ao tempo transcorrido, haveria necessidade de um prazo maior para a localização e que estaria desenvolvendo esforços no sentido de esclarecer os fatos o mais brevemente possível, não tendo, entretanto, apresentado os esclarecimentos até a presente data.

Todos os indícios levam a crer que o Sr. Anderson Antônio Bernine foi utilizado como interposta pessoa (laranja), na constituição da empresa. Não foi possível a sua localização através dos dados constantes dos sistemas da Secretaria da Receita Federal, assim como dos sistemas do Ministério do Trabalho, companhias telefônicas ou quaisquer outros meios. O contribuinte possui dois números no Cadastro da Pessoa Física (CPF), sendo um com endereço em Campo Grande (MS), que foi utilizado para a abertura da empresa objeto do presente lançamento e outro em Londrina (PR). Não foi possível a localização do contribuinte em nenhum dos dois endereços. Também foi tentado, sem sucesso, a localização do contribuinte através do nome de sua mãe.

Do acima explanado, conclui-se que a empresa, em tese, cometeu evidente intuito de fraude/sonegação, ao deixar de declarar/recolher os valores constantes de suas contas correntes.

(...)

Assim, diversamente do alegado pelo recorrente em suas razões do recurso, são contundentes os indícios apurados pela fiscalização da RFB que ligam, comercialmente, o Sr. Cássio Martinho Tottene à firma individual Anderson Antônio Bernine e ao Sr. Flávio Mazaro Martins, pois:

a) as empresas **Serilon Sign & Serigrafia Ltda**, CNPJ/MF. sob nº 33.727.355/0001-36, e Anderson Antônio Bernine no ano-calendário 1999 ocuparam, estavam sediadas, no mesmo endereço, com mesmo objeto social, e o Sr. Cássio Martinho Tottene é

sócio -administrador da **Serilon Sign & Serigrafia Ltda** e **Sr. Flávio Mazaro**, também, é **procurador legal** dessa **Serilon Sign & Serigrafia Ltda** (Procurações e-fls. 470/475);

b) não há como dissociar a existência do interesse comum, em relação à empresa autuada, do Sr. Cássio Martinho Tottene;

c) a empresa **Serilon Sign & Serigrafia Ltda**, da qual **Cássio Martinho Tottene** é **sócio-administrador** e que tem o **Sr. Flávio Mazaro Martins** também como **representante legal**, e a firma individual Anderson Antônio Bernine da qual o Sr. Flávio Mazro Martins é procurador legal, com procuração com amplos poderes de gestão, administração, estão imbricadas, com mesmo endereço e mesmo objeto social:

(...)

*A empresa objeto do presente auto de infração, como também se observa através da documentação apresentada pela JUCEMS, se dedica ao comércio varejista de tecidos, tintas, máquinas e equipamentos para serigrafia, etc, que é a mesma atividade da empresa **Serilon Sign & Serigrafia Ltda**, (...), constituída em 16/11/1999 que tem como sócio o **Sr. Flávio Mazaro Martins**.*

(...)

*Estamos também incluindo o **Sr Cassio Martinho Tottene**, cpf 279 862 339-15 **sócio -administrador das empresas Serilon Sign e Serigrafia Ltda**, (...), no pólo passivo da presente autuação, nos termos do art. 124, I, do Código Tributário Nacional, tendo em vista o que segue:*

Vários indícios sugerem que a empresa Anderson Antônio Bernine nunca operou de fato.(...)

(...)

*Intimamos em 02/12/2004, a empresa **Serilon Sign e Serigrafia Ltda**, cnpj 33.727.355/0001-36 a informar a relação existente entre esta e a empresa Anderson. Antônio Bernine, além de informar a origem de diversos valores pagos por esta empresa através de cobrança bancária, tendo como beneficiária a empresa Anderson Antônio Bernine.*

Em sua resposta a empresa informa que havia apenas relacionamento comercial, tendo em vista serem empresas que, na época, exerciam a mesma atividade.

(...)

Ainda, houve dissolução irregular da empresa autuada, não foi encontrada no endereço cadastrado na RFB. Desde o ano-calendário 2000 deixou de funcionar, não tem endereço, segundo o **Sr. Flávio Mazaro Martins**.

A firma individual Anderson Antônio Bernine foi constituída em nome de interposta pessoa ("laranja") e foi utilizada para burlar o fisco pelas pessoas físicas citadas, reais beneficiárias da fraude/sonegação fiscal.

Processo nº 10140.000276/2005-60
Acórdão n.º **1301-002.978**

S1-C3T1
Fl. 1.050

Assim, deve ser mantida, também, a sujeição passiva solidária do **Sr. Cássio Martinho Tottene** (CTN, art. 124, I), em consonância com os precedentes jurisprudenciais do CARF já transcritos quando da análise da sujeição passiva do Sr. Flávio Mazaró Martins.

Por tudo que foi exposto, voto para dar provimento parcial aos recursos voluntários para acolher em parte a preliminar de decadência, nos seguintes termos: a) quanto à infração omissão de receitas, para os períodos de apuração mensais de 01/01/1999 a 30/11/1999; b) no que concerne à infração insuficiência de pagamento dos tributos do Simples, para todos os períodos de apuração mensais do ano-calendário 1999, objeto do lançamento de ofício (28/02/1999 a 31/08/1999).

É como voto.

(assinado digitalmente)

Nelso Kichel