



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

Processo nº 10166.729519/2016-18
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-003.955 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de junho de 2019
Matéria IRPJ - OMISSÃO DE RECEITA - DEPÓSITO BANCÁRIO
Recorrente GN ASSESSORIA E CONSTRUÇÃO CIVIL LTDA. - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

DECISÃO RECORRIDA. ERRO NA APLICAÇÃO DO DIREITO OU NA APRECIÇÃO DA PROVA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

Eventual erro na apreciação da prova ou na aplicação do direito impõe a reforma do ato decisório pelo órgão revisor, e não a sua invalidação, que implicaria devolver o processo ao órgão de origem para proceder à nova decisão.

DILIGÊNCIA. FATO DETERMINADO. INDICAÇÃO DE DOCUMENTOS.

São requisitos necessários para o deferimento de diligência com finalidade probatória a existência de fato determinado a ser comprovado, e a indicação objetiva dos documentos a serem examinados.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO.

Presume-se a omissão de receitas diante da existência de depósitos bancários cuja origem o contribuinte, depois de intimado, não conseguir comprovar.

LUCRO ARBITRADO. FORMA VÁLIDA DE APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL.

O lucro arbitrado, ao lado do lucro real e do presumido, é uma forma válida de apurar a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, cabível diante de determinados pressupostos fáticos, não podendo ser considerada uma forma de penalidade.

MULTA QUALIFICADA. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

O lançamento de crédito tributário por omissão de receitas apurada com base em depósitos bancários, em princípio, não comporta a imposição de multa qualificada, cabível apenas em situações excepcionais.

TRIBUTOS LANÇADOS POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL DO PRAZO.

Nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, existindo pagamento antecipado na forma do §1º do art. 150 do Código Tributário Nacional e ausente o dolo, a fraude ou a simulação por parte do sujeito passivo, o termo inicial do prazo de decadência é a data do fato gerador.

SÓCIO ADMINISTRADOR DE PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

O sócio administrador de pessoa jurídica responde pelas obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatuto, não subsistindo a responsabilidade pela circunstância de a pessoa ser sócia ou administradora da empresa.

MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA. POSSIBILIDADE.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia-SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

CSLL, PIS E COFINS. IDENTIDADE DE MATÉRIA FÁTICA. MESMA DECISÃO.

Quando o lançamento de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins recaírem sobre a mesma base fática, há de ser dada a mesma decisão, ressalvados os aspectos específicos inerentes à legislação de cada tributo.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Exercício: 2011, 2012, 2013

PAGAMENTOS A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS OU SEM CAUSA. IMPOSTO DE RENDA NA FONTE. INCIDÊNCIA.

Incide Imposto de Renda na fonte sobre valores pagos a beneficiário não identificado ou sem causa conhecida.

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE. NATUREZA TRIBUTÁRIA.

O Imposto de Renda na fonte tem natureza tributária, podendo ser exigido com multa de ofício, alegações em sentido contrário não podem ser examinadas pelo CARF, que é incompetente para julgar a validade da lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em: (i) por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso de GN Assessoria e Construção Civil Ltda. - EPP para reduzir o percentual de multa de 150% para 75% e declarar a decadência dos créditos tributários de IRPJ e de CSLL referentes aos 1º, 2º e 3º trimestres do ano-calendário de 2011 e de PIS e de Cofins referentes aos períodos de apuração de janeiro a outubro de 2011; (ii) por maioria de votos, dar provimento aos recursos dos coobrigados Gercio Marcelino Mendonça e Gercio Marcelino Mendonça Júnior, excluindo-os do polo passivo, vencido o Conselheiro Nelso Kichel que votou por lhes negar provimento e a Conselheira Giovana Pereira de Paiva Leite que votou por

Processo nº 10166.729519/2016-18
Acórdão n.º **1301-003.955**

S1-C3T1
Fl. 1.921

dar provimento somente ao recurso do coobrigado Gercio Marcelino Mendonça, mantendo Gercio Marcelino Mendonça Júnior no polo passivo da obrigação tributária.

(assinado digitalmente)
Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente

(assinado digitalmente)
Roberto Silva Junior - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Roberto Silva Junior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Giovana Pereira de Paiva Leite, Carlos Augusto Daniel Neto, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Bianca Felícia Rothschild e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

Relatório

Trata-se de recursos voluntários interpostos por **GN ASSESSORIA E CONSTRUÇÃO CIVIL LTDA. - EPP, GERCIO MARCELINO MENDONÇA e GÉRCIO MARCELINO MENDONÇA JUNIOR**, contra o Acórdão nº 02-76.803, da 10ª Turma da DRJ - Belo Horizonte, que, negando provimento às impugnações dos autuados, manteve contra eles o crédito tributário no montante de R\$ 37.613.014,55, compreendendo IRPJ, IRRF, CSLL, PIS e Cofins, acrescidos de multa e juros.

Consta do processo nº 10183.720967/2016-30, em apenso:

Ação fiscal foi iniciada em 29/08/2015, conforme Termo Distribuição de Procedimento Fiscal - TDPF - Fiscalização nº 01.3.01.00-2015-00235-5. O procedimento fiscal foi instaurado com o objetivo de se apurar possível omissão de receita, devido a Movimentação Financeira Incompatível com a Receita Declarada e Pagamentos a Beneficiários não Identificados/Sem causa ou por Operação não Comprovada pelo contribuinte, tendo em vista os apontamentos e indícios informados pela "Operação Ararath" (operação da Polícia Federal) e de acordo com o E-Dossiê SEP AC nº 10010.007175/0415-11. (Representação Fiscal - Exclusão do Simples, fl. 2 do processo nº 10183.720967/2016-30)

A primeira consequência do procedimento fiscal foi a exclusão da **GN Assessoria e Construção Civil Ltda. - EPP (GN Assessoria)** do Simples Nacional, conforme Ato Declaratório nº 21, de 4 de abril de 2016, publicado no Diário Oficial da União de 6 de maio do mesmo ano. O ato administrativo indica que a contribuinte incorreu nos incisos II, V e VIII do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006, e que os efeitos da exclusão retroagiriam a janeiro de 2011.

Não tendo sido impugnada, a exclusão do Simples Nacional tornou-se definitiva no âmbito administrativo, como se constata do exame do processo nº 10183.720967/2016-30.

A etapa seguinte consistiu em fiscalizar o cumprimento da obrigação tributária e lançar os tributos devidos, desde de janeiro 2011, período a que retroagiriam os efeitos da exclusão do Simples Nacional. O trabalho de auditoria apurou omissão de receitas com base em depósitos bancários na conta de GN Assessoria, culminando no lançamento de IRPJ e CSLL (pelo lucro arbitrado), e de PIS e Cofins. Além disso, o exame dos extratos bancários permitiu a constatação da existência de pagamentos sem causa e a beneficiários não identificados, o que deu ensejo ao lançamento de IR na fonte. No caso do IRPJ e da CSLL, foram incluídas as receitas tributadas pela GN Assessoria na forma do Simples Nacional.

Para todas as infrações aplicou-se multa qualificada.

No polo passivo, além de GN Assessoria, foram incluídos **Gercio Marcelino Mendonça e Gercio Marcelino Mendonça Junior**. O primeiro por ser sócio administrador da GN Assessoria; o segundo por ser o administrador de fato da empresa, conforme conclusão da autoridade fiscal.

Os autuados impugnaram o lançamento. A DRJ - BHE, entretanto, negou provimento às impugnações em acórdão assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS NOS MOLDES DO DISPOSTO NO ARTIGO 42 DA LEI Nº 9.430, DE 1996.

A ausência de comprovação documental e contábil acerca das alegações feitas pelo contribuinte, e a falta de comprovação da origem dos valores que transitaram por suas contas correntes bancárias, fazem com que persista a presunção insculpida no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996

CONTRATO DE MÚTUO. CONDIÇÕES DE VALIDADE.

Para que seja comprovada a relação obrigacional estabelecida em um contrato de mútuo é necessário que esse contrato esteja amparado em determinadas condições que atestem a sua efetividade. Requisitos como: contrato escrito com definição do valor mutuado, capacidade financeira do Mutuante, registro contábil do Mútuo se pessoa jurídica, ou registro na DIRPF se pessoa física, fazem parte de um conjunto probatório intrinsecamente relacionado à demonstração da efetividade desse contrato.

ALEGAÇÕES. PROVAS. EFICÁCIA.

As alegações desacompanhadas de documentos comprobatórios, quando esse for o meio pelo qual seria possível provar os fatos alegados, não são eficazes.

LANÇAMENTO COM BASE EM PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE.

O lançamento com base em presunção legal transfere o ônus da prova ao contribuinte em relação aos argumentos que tentem descaracterizar a movimentação bancária detectada.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

Ementa:

DECADÊNCIA - REGRA GERAL.

Na hipótese de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, inicia-se a contagem do prazo de decadência do direito de a Fazenda Nacional formalizar a exigência tributária no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA

Considera-se não formulado o pedido de diligência que não trazer a formulação de quesitos referente aos exames desejados, em discordância com o disposto no inciso IV do artigo 16 do Decreto 70.235/72.

MULTA COM EFEITO CONFISCATÓRIO.

A ofensa a princípios constitucionais, como o do "não confisco", não é enfrentada pelos órgãos da administração federal, sendo matéria própria do Poder Judiciário o controle de constitucionalidade das leis, até então consideradas presumidamente constitucionais até manifestação em contrário do STF.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

É cabível a qualificação da multa de ofício, no percentual de 150%, quando restar comprovado nos autos que o sujeito passivo agiu, dolosamente, no sentido de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade

fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais.

RESPONSABILIDADE. INTERESSE COMUM. INFRAÇÃO À LEI.

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e as que cometeram infração à lei - ato ilícito.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

Ementa:

Está sujeito à incidência do IRRF, exclusivo na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, bem como quando não identificada a operação ou sua causa.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

Ementa:

LANÇAMENTO REFLEXO.

Aplica-se ao lançamento da CSLL o decidido para o lançamento do IRPJ, vez que decorrente dos mesmos fatos e amparado nos mesmos elementos de prova. Verificada a omissão de receita, o valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da contribuição social sobre o lucro líquido.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

LANÇAMENTO REFLEXO.

Aplica-se ao lançamento da COFINS o decidido para o lançamento do IRPJ, vez que decorrente dos mesmos fatos e amparado nos mesmos elementos de prova. Verificada a omissão de receita, o valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da contribuição para a seguridade social - COFINS.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

LANÇAMENTO REFLEXO.

Aplica-se ao lançamento do PIS/P ASEP o decidido para o lançamento do IRPJ, vez que decorrente dos mesmos fatos e amparado nos mesmos elementos de prova. Verificada a omissão de receita, o valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

INTIMAÇÃO PARA ADVOGADOS. IMPOSSIBILIDADE.

As intimações devem ser dirigidas exclusivamente ao domicílio tributário apenas do sujeito passivo, que pode ser o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária ou o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que por ele autorizado.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Da decisão os autuados recorreram.

GN Assessoria arguiu decadência do crédito tributário, alegando que a regra aplicável ao caso é a do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN, tendo em vista a existência de pagamentos parciais e a falta de prova de dolo, fraude ou simulação.

No mérito, alega que os depoimentos prestados perante o Ministério Público Federal - MPF comprovam que contratos de mútuo são a origem dos recursos que transitaram pelas contas bancárias da recorrente, bem como afastam qualquer ilação de que os valores debitados nas contas sejam pagamentos sem causa ou a beneficiários não identificados.

Aduziu que não se pode reconhecer como verdadeiros os depoimentos prestados ao MPF, porém conferindo força probatória apenas à parte que convém ao Fisco. Aqui se aplicaria o *princípio da unidade da prova*.

Afirmou que a presunção legal que embasa o lançamento não subsiste às provas produzidas pela própria Operação Ararath, que confirmou que a recorrente utilizava suas contas bancárias para movimentar dinheiro objeto de empréstimos. Os valores eram, segundo a recorrente, transferências envolvendo empresas do mesmo grupo, alvo de investigação que concluiu haver empréstimos para agentes políticos. Sendo assim, não se poderia falar em pagamento sem causa.

Os mesmos depoimentos utilizados como prova para embasar o lançamento tributário devem ser tidos como prova da origem e destino dos recursos movimentados nas contas bancárias da recorrente. Na *"delação premiada"*, a origem e o destino dos recursos financeiros foram confirmados e validados como fatos incontroversos pelas autoridades públicas encarregadas da investigação. Essa conclusão não pode ser modificada pela autoridade fiscal.

Quanto à acusação de omissão de receitas, alegou que a soma dos depósitos bancários não se traduz em receita bruta. Nesse sentido, invocou a Súmula nº 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos - TRF. De resto, ponderou que a presunção estabelecida pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996 colide com as diretrizes do processo de criação das presunções legais, pois a experiência haurida de casos anteriores evidencia que entre estes dois fatos, depósito e receita, não há nexo causal, vale dizer, não há liame absoluto entre depósito bancário e receita omitida.

Ao lado dos questionamentos acerca da validade da presunção baseada em depósitos bancários, a recorrente alegou que os valores creditados e debitados em suas contas bancárias decorrem de contratos de mútuo firmados entre a recorrente e terceiros, conforme apurado pela Operação Ararath. Na impugnação foi apresentada extensa planilha identificando as operações. Para tanto foram consignadas as saídas dos recursos e a respectivas datas; os valores cedidos; as datas de retorno dos recursos; os valores devolvidos; e o deságio.

No que toca à exigência do IR na fonte sobre pagamento sem causa ou feito em favor de beneficiário não identificado, afirmou que a tributação prevista no art. 61 da Lei nº 8.981/1995 tem natureza de penalidade. Não se trata de modalidade de tributação exclusiva na fonte, já que o fato eleito pela lei para essa incidência, o pagamento, não é signo de renda. O art. 61 instituiu uma penalidade, dissimulada como Imposto de Renda na fonte, com o objetivo de punir o pagamento a beneficiário não identificado. Entretanto, o art. 3º do CTN veda a utilização de tributo como sanção de ato ilícito.

Contestou a apuração do crédito tributário pelo lucro arbitrado, ao argumento de que essa forma de apuração não pode ser adotada como penalidade. Além disso, no caso concreto não estariam presentes os pressupostos do lucro arbitrado.

Insurgiu-se contra a multa qualificada, ante a fragilidade da acusação de sonegação fiscal, porquanto o crédito tributário estaria sendo exigido apenas com base na presunção de omissão de receitas a partir de depósitos bancários. Nesse sentido, citou a Súmula CARF nº 14, dispondo que *"a simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo"*.

Aduziu que as mesmas razões se aplicariam aos lançamentos "reflexos".

Contestou a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Por fim, requereu a realização de diligência a fim de confirmar a existência de mútuo entre a recorrente, seus sócios e as demais pessoas investigadas na Operação Ararith; bem como para relacionar as operações que confirmem a existência de efetivos pagamentos a terceiros que serviram para determinar a base de cálculo do IR na fonte.

Gercio Marcelino Mendonça alegou nulidade da decisão recorrida por inovação no critério jurídico adotado no lançamento. A Fiscalização entendeu que o recorrente deveria responder pelo crédito tributário em razão de ser sócio da GN Assessoria. Entretanto, a decisão recorrida acresceu o fundamento legal, mencionando o art. 135 do CTN, e deu à conduta do recorrente nova qualificação jurídica.

O lançamento imputou responsabilidade solidária ao recorrente com base no art. 124, inciso I, do CTN, supondo existir interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária, que seriam as operações de mútuo da GN Assessoria. A recorrente sustentou a impossibilidade de aplicação ao caso do referido dispositivo de lei (art. 124, inciso I, do CTN), dada a inexistência de interesse comum, entendido como tal o interesse jurídico na situação que constitui o fato gerador, e não o mero interesse econômico.

Ademais, é necessária para responsabilizar o recorrente com base no art. 135 do CTN a prova da prática de ato ilícito, não havendo espaço para suposições ou indícios. Por fim questionou a aplicação de multa qualificada, incompatível com omissão de receitas apurada por presunção.

Gercio Marcelino Mendonça Junior também negou a existência de interesse comum, que deve ser visto sob a perspectiva jurídica e não econômica. Portanto, não se aplicaria ao caso em tela o art. 124, inciso I, do CTN. No entanto, o Termo de Verificação Fiscal deixa claro que a inclusão do recorrente no polo passivo decorreu da falsa premissa de

que os pagamentos realizados por GN Assessoria representariam uma suposta vantagem econômica para o recorrente.

Na mesma linha da impugnação apresentada pelo outro corresponsável, afirmou que o interesse comum exigido pelo CTN é interesse jurídico.

Aduziu o recorrente:

No caso dos autos, apesar de reproduzir trechos de relatórios da Operação Ararath, não há uma única prova de que o Recorrente atuasse em conjunto com a pessoa jurídica autuada. Ao contrário, os depoimentos demonstram que o ora Recorrente operava com outras pessoas jurídicas (Comercial Amazônia de Petróleo e Globo Fomento, por exemplo). Portanto inexistente a situação de fato necessária para caracterização da responsabilidade. (fl. 1.844)

Por último, questionou a aplicação da multa qualificada, aduzindo as mesmas razões expendidas pelo outro coobrigado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Roberto Silva Junior - Relator

Admissibilidade

Os recursos são tempestivos e atendem aos demais requisitos de admissibilidade.

Nulidade

A alegação de nulidade da decisão da DRJ - BHE se prende a uma suposta modificação dos fundamentos da autuação, emprestando aos fatos uma nova qualificação jurídica.

A propósito, impende distinguir duas situações, tendo em vista as diferentes consequências que elas acarretam à marcha do processo. A primeira é a invalidade do ato decisório; a outra é o erro na aplicação do direito ou na valoração da prova.

A declaração de nulidade, que ocorre quando se reconhece a invalidade do ato decisório, implica devolver o processo ao órgão julgador, para que nova decisão seja proferida. Normalmente ocorre quando há cerceamento de defesa ou quando a decisão se omite acerca de pontos relevantes que poderiam, se examinados, alterar o conteúdo da decisão. A invalidação do ato processual produz um retrocesso, que só se admite em caráter excepcional.

Nos demais casos envolvendo erro na aplicação do direito ou na valoração do conjunto probatório, a consequência é a reforma da decisão, que é substituída, na parte objeto de recurso, pela decisão do órgão *ad quem*.

É na segunda hipótese que, em tese, se enquadra o caso concreto. As críticas levantadas pelos recorrentes contra a decisão da DRJ podem dar ensejo à sua reforma pelo CARF, mas não à nulidade.

Diligência

Foi requerida a realização de diligência para dois propósitos específicos, a saber: *"confirmar a existência de conta corrente ou mútuo entre a pessoa jurídica seus sócios e as demais pessoas investigadas na Operação Ararath"*; e *"relacionar as operações que confirmam a existência de efetivos pagamentos realizados a terceiros que serviram para determinar a base de cálculo do IR FONTE"*.

Em relação ao primeiro ponto, cabia à recorrente, de forma objetiva, apresentar os documentos que provassem a existência de conta corrente ou de mútuo entre sócios e outras pessoas jurídicas; ou, na hipótese de os documentos já estarem nos autos, indicá-los de forma específica. Nesse caso, a diligência poderia ter alguma utilidade. Entretanto, nos termos em que foi solicitada, a providência é ociosa, em face da falta de delimitação dos documentos a serem objeto de verificação e análise.

O segundo ponto, que consistiria em relacionar as operações visando a confirmar a existência de efetivos pagamentos a terceiros, não é caso diligência, pois se trata de providência que competia à própria recorrente. A ela cabia indicar ou relacionar tais operações.

A diligência, portanto, deve ser indeferida.

Depósitos bancários

As infrações colhidas no procedimento fiscal foram a omissão de receitas e o pagamento sem causa. A omissão de receitas foi caracterizada pela existência de depósitos bancários de origem não comprovada. O lançamento se fez com fulcro na presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/1996, assim redigido:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Trata-se de presunção legal, de eficácia relativa, podendo ser afastada por prova em contrário a cargo do contribuinte. Instaura-se a presunção quando presentes os seguintes requisitos: a) existência de depósitos bancários cuja origem a Fiscalização, pelo exame das informações de que disponha, não conseguir identificar (*discrepância entre movimentação financeira e receitas declaradas*); b) intimação regular ao sujeito passivo para esclarecer as operações que deram causa aos depósitos; e c) ausência ou insuficiência de esclarecimento ou de documentos comprobatórios.

Reunidos tais requisitos, nasce a presunção de omissão de receitas, a qual, sem necessidade de prova de qualquer outro fato ou circunstância, pode dar ensejo ao lançamento de Imposto de Renda e demais tributos.

A recorrente, reportando-se implicitamente a uma legislação já superada, disse não ser juridicamente possível lançar tributo com base em depósitos bancários, porquanto a soma de depósitos bancários não se traduz em receita bruta.

Com o advento da Lei nº 9.430/1996, deixou de ser necessário, para viabilizar o lançamento com base em depósitos bancários, reunir outros indícios de omissão de receita ou sinais exteriores de riqueza. O art. 42 acima citado veio substituir, no que tange à utilização de extratos bancários, a sistemática prevista no art. 6º da Lei 8.021/1990, que assim dispõe:

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.

§1º Considera-se sinal exterior de riqueza a realização de gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte.

§2º Constitui renda disponível a receita auferida pelo contribuinte, diminuída dos abatimentos e deduções admitidos pela legislação do Imposto de Renda em vigor e do Imposto de Renda pago pelo contribuinte.

§3º Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, o contribuinte será notificado para o devido procedimento fiscal de arbitramento.

§4º No arbitramento tomar-se-ão como base os preços de mercado vigentes à época da ocorrência dos fatos ou eventos, podendo, para tanto, ser adotados índices ou indicadores econômicos oficiais ou publicações técnicas especializadas.

§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 pela lei nº 9.430, de 1996)

§6º Qualquer que seja a modalidade escolhida para o arbitramento, será sempre levada a efeito aquela que mais favorecer o contribuinte.

O caput do art. 6º da Lei nº 8.021 emprega a expressão *sinais exteriores de riqueza*. A partir desse texto, construiu-se a interpretação segundo a qual a faculdade prevista no § 5º, que autorizava a utilização de depósitos bancários ou aplicações financeiras para lançar tributo, não prescindia da vinculação de tais depósitos ou aplicações a outros indícios de omissão de receitas.

A exigência de conjugar depósitos bancários com outros sinais exteriores de riqueza foi superada com o advento do art. 42 da Lei nº 9.430. A alteração legislativa veio

instituir em favor da Fazenda uma presunção relativa de omissão de receitas, para a qual basta a presença dos requisitos acima apontados. Criou-se, portanto, nova sistemática, afastando a prevista no art. 6º, § 5º, da Lei nº 8.021.

É possível inferir que a aplicação do art. 42 da Lei nº 9.430 dispensa qualquer outra prova direta ou indiciária da omissão de receitas. Portanto, está superada a Súmula nº 182 do extinto TFR, invocada pela recorrente.

Omissão de receitas

Como foi destacado na representação para excluir do Simples Nacional a recorrente (processo nº 10183.720967/2016-30, em apenso), a ação fiscal foi deflagrada a partir de apontamentos e de indícios informados pela Operação Ararath, comandada pela Polícia Federal e que se destinava, segundo informações públicas encontradas na internet, a apurar a realização de *pagamentos por parte do Governo de Mato Grosso, em desacordo com as determinações legais, para empreiteiras, além do desvio desses recursos em favor de agentes públicos e empresários através da utilização de instituição financeira clandestina.*

A partir do material reunido nessa operação, teve início a verificação fiscal. Todavia, diferentemente do que ocorre em casos semelhantes, a apuração dos ilícitos tributários não se baseou em documentos ou provas produzidas no bojo da operação policial, ou seja, não se baseou no conjunto probatório decorrente de busca e apreensão determinada pela Justiça, ou em depoimentos prestados ao Juiz, a membro do Ministério Público ou a autoridade policial.

A apuração do ilícito tributário, por opção da autoridade lançadora, se fez com base em extratos bancários. A omissão de receitas não foi constatada por prova direta do fato, nem por indícios. Foi apurada, repita-se, por presunção legal, prevista no art. 42 da Lei nº 9.430/1996, o que fica claro pela leitura do TVF. Confira-se:

Caracterizam-se como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida em 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.

É regular o procedimento de fiscalização que, após solicitar a escrituração contábil do contribuinte, examina os extratos bancários para verificar a compatibilidade entre a movimentação financeira e os valores escriturados e declarados ao fisco. Em constatando relevante disparidade e não justificando, o contribuinte, a origem dos créditos bancários, é lícito e um dever proceder ao lançamento por presunção de receita omitida, com fulcro no artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

O sujeito passivo alegou que se tratava de contratos de mútuos tácitos e não expressos, firmados em grau de confiança entre partes, não há registro documental das transações, apenas a movimentação em conta bancária e não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Deste modo, ficou caracterizada omissão de receitas na forma do art. 42 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996: (g.n.) (fls. 837 e 838)

Os pagamentos sem causa também foram constatados pelo exame dos extratos bancários.

De fato, a planilha anexa (fl. 40) ao TIF nº 04-2016, a qual o contribuinte tomou ciência em 05 de agosto de 2016, discriminava todos os débitos em contas correntes de sua titularidade nos anos-calendário 2011 a 2013 (retirados dos extratos bancários: transferências entre as contas do contribuinte, tarifas, etc), tendo sido a GN ASSESSORIA E CONSTRUÇÃO CIVIL LTDA intimada, por meio do item 06 daquele Termo, a comprovar, mediante documentação hábil e idônea, as operações que os originaram, ou a causa dos pagamentos efetuados ou recursos entregues a terceiros que eles representavam.

Como visto no curso da Ação Fiscal, o contribuinte não logrou comprovar as operações que originaram os débitos em suas contas correntes bancárias, nem tampouco foi capaz de vincular esses débitos a pagamentos efetuados ou entrega de recursos a terceiros com os quais a empresa mantinha atividade ligada a seu objeto social, apesar de intimado nesse sentido. (g.n.) (fl. 845)

(...)

Ora, na ação fiscal em tela, a GN ASSESSORIA E CONSTRUÇÃO CIVIL LTDA foi incapaz de relacionar os débitos/saques/retiradas em suas contas correntes com a atividade de comércio varejista/prestação de serviços através de documentação hábil e idônea. Limitou-se o contribuinte, em verdade e como já visto, a não apresentar nenhum documento que comprova-se as suas alegações de mútuo. Assim, os expressivos débitos em suas contas correntes bancárias estão relacionados a operações sem causa comprovada. (g.n.)

A conduta do contribuinte, volte-se a frisar, caracterizada por não apresentar às autoridades tributárias sua documentação hábil e idônea (que lhe faria prova em favor) ou qualquer tipo de documentação de suporte, não logrou comprovar que sua expressiva movimentação financeira estivesse relacionada somente à atividade de comércio varejista/prestação de serviços. Em outras palavras, o contribuinte não logrou comprovar, no curso da ação fiscal, que exercia exclusivamente à atividade de comércio varejista/prestação de serviços. Igualmente, restou não provada a origem das expressivas retiradas de recursos e débitos em conta corrente efetuados pela fiscalizada no período de 2011 a 2013. Trata-se, portanto, de expressiva movimentação financeira sem origem comprovada, de débitos em conta corrente vinculados as operações sem causa. (fl. 846)

É indiscutível a dificuldade de fiscalizar um contribuinte, seja pessoa física ou jurídica, que esteja sendo alvo de investigação policial, sobretudo quando existe apreensão de documentos determinada pela Justiça.

Em primeiro lugar, o acesso do Fisco aos documentos apreendidos depende de autorização judicial, que, no mais das vezes, é questionada pelo autuado. Qualquer esclarecimento que a autoridade fiscal solicite ao fiscalizado vai esbarrar na mesma resposta: o contribuinte dirá que não pode atender à intimação porque não está de posse dos documentos. Essa circunstância acaba dando ensejo a pedidos sucessivos de prorrogação, que se forem indeferidos abrem caminho para alegações de cerceamento de defesa; se deferidos, prolongam por tempo indeterminado a fiscalização. A dilação do prazo para concluir o trabalho fiscal traz o espectro da decadência e com ela o risco de inviabilizar o lançamento. Tais dificuldades, de resto, se refletem na qualidade do auto de infração, em especial, na consistência do acervo probatório.

Talvez, levando em conta tais aspectos, a autoridade lançadora tenha optado, no caso concreto, por fazer a fiscalização a partir dos extratos bancários, já que eles haviam sido entregues pela própria recorrente.

Definir a forma de realizar a auditoria fiscal é ato discricionário cujo mérito não cabe ao CARF examinar. Entretanto, quando a autoridade fiscal faz a opção por fiscalizar o contribuinte com base na movimentação bancária, ela impõe a si mesma algumas limitações. A primeira delas diz respeito à multa qualificada, que em tese não se coaduna com a presunção do art. 42 da Lei nº 9.430, só podendo ser aplicada em hipóteses excepcionais. A segunda se refere à responsabilização de administradores, que depende da prova de ato praticado com infração de lei ou com excesso de poderes, o que nem sempre é possível comprovar pelo mero exame dos extratos bancários.

No caso específico, o auto de infração fundamentou a responsabilidade tributária de Gercio Marcelino Mendonça e de Gercio Marcelino Mendonça Júnior, nos seguintes termos:

Na Operação ARARATH desenvolvida pelo Ministério Público Federal, em conjunto com a Polícia Federal e, através de mandado de busca e apreensão na casa e na sede da GN ASSESSORIA E CONSTRUÇÃO CIVIL LTDA - EPP (GM COMÉRCIO DE TINTAS LTDA), CNPJ 37.444.023/0001-03, um pequeno "escritório" nos fundos de um dos postos de combustíveis da COMERCIAL AMAZÔNIA DE PETRÓLEO LTDA. do Sr. GÉRCIO MARCELINO MENDONÇA, CPF 090.517.161-68, foi apreendido vasta documentação demonstrando que empresas ligadas ao Sr. Gercio Marcelino Mendonça Júnior e Cláudio Fernando Mendonça, filhos do GÉRCIO MARCELINO MENDONÇA, atuariam como instituições financeiras sem a autorização do Banco Central do Brasil. Entre esses documentos foram encontradas Notas Promissórias assinadas por agentes políticos do Estado de Mato Grosso.

Quando intimado a depor e diante do vasto material probatório apreendido, o Sr. GÉRCIO MARCELINO MENDONÇA JÚNIOR, CPF 383.742.851-68, firmou acordo com o Ministério Público Federal para fazer Delação Premiada e passou a colaborar com as investigações.

Nas investigações do Ministério Público/Polícia Federal constatou-se que o Sr. Gercio Marcelino Mendonça Júnior efetuava "empréstimos" em dinheiro para agentes políticos do Estado do Mato Grosso; no entanto, não foi possível verificar a quitação/pagamento de tais empréstimos. Quando inquirido sobre a forma que os empréstimos eram realizados, o Sr. Gercio Marcelino Mendonça Júnior informou que só fazia contato com o então Secretário da Fazenda do Estado, Sr. Éder de Moraes Dias. Que começou repassando dinheiro para "pessoas físicas/jurídicas" do grupo político do qual o Secretário da Fazenda fazia parte e que o responsável pelo pagamento era o Sr. Éder de Moraes. Que quando cobrava pagamento de empréstimo vencido, era informado que determinada empresa (e qual era essa empresa), depositaria dinheiro em uma das contas bancárias de suas empresas (Comercial Amazônia de Petróleo Ltda, Globo Fomento Ltda, Treze Administradora de Bens Ltda e da GN ASSESSORIA E CONSTRUÇÃO CIVIL LTDA - EPP (GM COMÉRCIO DE TINTAS LTDA) com o objetivo de abater parte das dívidas contraídas. Desta forma, este esquema funcionava como uma conta-corrente em que o Sr. Éder solicitava diretamente o dinheiro ou que fosse depositado em determinadas contas bancárias de terceiros e posteriormente outras empresas pagavam parte desses valores. Observando que nunca era depositado o total da dívida e sim, parte desta dívida.

Com a quebra do sigilo fiscal das empresas do Sr. Gércio Marcelino Mendonça Júnior, e de outras, autorizada pelo judiciário, os investigadores identificaram depósitos bancários feitos pelas empresas do Gércio Marcelino Mendonça Júnior e de seus familiares nas contas de diversas empresas conforme transcrito na Denúncia do Ministério Público Federal do IPL 182.

Conforme documentação apreendida na casa e na sede da GN ASSESSORIA E CONSTRUÇÃO CIVIL LTDA - EPP (GM COMÉRCIO DE TINTAS LTDA) do Sr. Gércio Marcelino Mendonça constata-se que o verdadeiro responsável e beneficiário da grande movimentação bancária da GN Assessoria era o Sr. Gércio Marcelino Mendonça Júnior, pois a pequena empresa não tinha atividade comercial para a grande movimentação financeira constatada no processo do Auto de Infração. (fls. 516 a 517)

O Termo de Verificação Fiscal - TVF também cuida da fundamentação da responsabilidade das pessoas físicas:

A conduta do contribuinte de não declarar os tributos, e não apresentando a escrituração contábil da movimentação bancária de forma devidamente comprovada através de documentação hábil e idônea reiteradamente caracteriza o interesse de pessoa física, atuando ostensivamente na materialização de irregularidades que resultaram na falta de recolhimento do IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e IRRF por parte de pessoa jurídica, autorizando a fiscalização a imputar-lhe a condição de sujeito passivo solidário.

No Contrato Social (fls. 12), extrai-se de sua Cláusula Décima Primeira, que GERCIO MARCELINO MENDONÇA (CPF nº 090.517.161-68) é o Sócio-Administrador.

Portanto, o sócio-administrador relacionado acima, responde solidariamente pelo total do crédito tributário apurado nesta ação fiscal.

Conforme documentação apreendida na casa e na sede da GN ASSESSORIA E CONSTRUÇÃO CIVIL LTDA - EPP (GM COMÉRCIO DE TINTAS LTDA) do Sr. Gércio Marcelino Mendonça constata-se que o verdadeiro responsável e beneficiário da grande movimentação bancária da GN Assessoria era o Sr. Gércio Marcelino Mendonça Júnior (filho do Gércio Marcelino Mendonça) , pois a pequena empresa não tinha atividade comercial para a grande movimentação financeira constatada no processo do Auto de Infração.

Portanto, o Gércio Marcelino Mendonça Júnior, CPF 383.742.851-68, filho do Sr. Gércio Marcelino Mendonça e principal operador financeiro dos inquéritos da "Operação Ararath" (fls. 68 a 71), responde solidariamente pelo total do crédito tributário apurado nesta ação fiscal. (fls. 854 a 855)

O auto de infração e o TVF evidenciam que Gércio Marcelino Mendonça Júnior foi incluído no polo passivo do lançamento por ser o "*principal operador financeiro dos inquéritos da Operação Ararath*".

O fundamento da responsabilidade é frágil. A infração, como se disse, não foi apurada com base nas provas produzidas no âmbito da Operação Ararath, mas pelo exame dos extratos bancários. As conclusões da investigação policial são estranhas a este processo. Trazer tais conclusões para o processo tributário (que apurou omissão de receitas com base na presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/1996), apenas para responsabilizar as pessoas físicas, cria uma contradição difícil de superar na medida em que, no procedimento policial, se trabalha

com a hipótese de que os valores movimentados na conta da GN Assessoria sejam empréstimos. Se é empréstimo não é receita. Se é possível identificar a origem dos depósitos, então é incabível a presunção do art. 42.

Quanto a Gercio Marcelino Mendonça, a responsabilidade se deve ao fato de ser formalmente o sócio administrador da GN Assessoria; não declarar os tributos; e não apresentar a escrituração contábil da movimentação bancária.

Ser administrador, em princípio, não acarreta responsabilidade quanto aos tributos devidos pela empresa; deixar de declarar os tributos devidos de forma reiterada só poderia ser causa de responsabilização se a omissão de receitas fosse apurada por prova direta, jamais por presunção baseada em depósitos bancários; e, finalmente, a falta de registro da movimentação bancária poderia dar causa à exclusão do Simples Nacional e a apuração do IRPJ e da CSLL pelo lucro arbitrado, mas não daria ensejo à responsabilidade pessoal do administrador.

Portanto, considerando essas razões, devem ser excluídos do polo passivo Gercio Marcelino Mendonça e de Gercio Marcelino Mendonça Júnior, sem prejuízo de eventual direcionamento da execução fiscal contra eles, na hipótese de fato superveniente justificar tal medida.

Caracterização das infrações

Duas são as infrações: omissão de receitas e pagamento sem causa. A primeira deu ensejo à exigência de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins; a segunda, à exigência de IR na fonte.

Ambas as infrações foram apuradas a partir do exame de extratos bancários. A recorrente afirmou que os valores creditados e os debitados tinham origem em contratos de mútuo. Porém não exibiu os respectivos instrumentos contratuais, não obstante várias vezes intimada a fazê-lo. Disse que se tratava de contratos informais.

Observe-se a resposta ao Termo de Início de Procedimento Fiscal:

10. Contratos de empréstimos/mútuos contendo: a) número identificador; b) data de início; c) período de vigência; d) nome e NI (CNPJ/CPF); e) tipo de mútuo (definido ou conta-corrente); f) conta contábil utilizada para contabilização; g) saldo no início do período com datas e valores emprestados/recebidos diariamente; h) demonstrativo da base de cálculo, alíquotas utilizadas e IOF devido; i) cópia de DARF relativos aos recolhimentos do IOF; e j) cópia das DCTF onde constam declarados os débitos do IOF. - De 01/01/2011 até 31/12/2013;

*Resposta: **Esclarece que não possui contratos de mútuos com partes relacionadas.** (g.n.)*

11. Comprovar, através de documentação hábil idônea (extratos bancários demonstrando a transferência dos recursos, documentos fiscais, contratos de mútuos e outros) a saída de recursos da GN ASSESSORIA E CONSTRUÇÃO CIVIL LTDA - EPP para pessoas jurídicas ou físicas beneficiárias do mútuo ou empréstimos. - De 01/01/2011 até 31/12/2013;

*Resposta: **Esclarece que não possui contratos de mútuos com partes relacionadas.** (g.n.)*

12. Comprovar, através de documentação hábil e idônea (extratos bancários demonstrando a transferência dos recursos, documentos fiscais e outros) o retorno de recursos da tomadora dos empréstimos ou mútuo para a GN ASSESSORIA E CONSTRUÇÃO CIVIL LTDA - EPP. - De 01/01/2011 até 31/12/2013;

Resposta: Esclarece que não possui contratos de mútuos com partes relacionadas. (arquivo não paginável)

Esta é a resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 02-2016:

2- Comprovar, através de documentação hábil e idônea (extratos bancários demonstrando a origem dos recursos, documentos fiscais, contratos de mútuos e outros) a entrada de recursos, conforme discriminado na planilha "MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA - CRÉDITOS" em resposta ao TIF nº 01/2016, da GN ASSESSORIA E CONSTRUÇÃO CIVIL LTDA - EPP para pessoa jurídica ou física beneficiária do mútuo ou empréstimo, - De 01/01/2011 a 31/12/2013;

Resposta: Conforme resposta ao item 1 acima, a empresa envia cópia do Auto de Apreensão nº 290/2013 - /SR/DPF/MT. Quanto aos mútuos, por se tratar de transação entre familiares (filhos e empresas dos filhos), não há contrato expresso para reproduzir cópia. O contrato de mútuo em questão é tácito, de prazo indeterminado e não oneroso. (g.n.) (arquivo não paginável)

Na impugnação, a recorrente fala da validade do contrato tácito de mútuo, e afirma:

Vale lembrar que boa parte dos valores relativos ao cumprimento do contrato de mútuo e empréstimos fora realizado por meio de entrega de numerário em espécie que somente mediante perícia contábil será possível comprovar sua origem e idoneidade. (fl. 1.007)

Na impugnação aduziu que:

Nem se cogite que os contratos de mútuo deveriam ser registrados em cartório, em razão da reiterada e pacífica jurisprudência administrativa e judicial.

As decisões administrativas e judiciais têm flexibilizado a exigência de registro do contrato no cartório de Títulos e Documentos... (fl. 1.008)

É fácil perceber que a recorrente não apresentou nenhum documento que pudesse provar que os valores que ingressaram nas contas bancárias e os que saíram delas estavam vinculados a contratos de mútuo.

A recorrente fala na existência de planilhas identificando os valores objeto dos supostos contratos. Ocorre que planilha não é prova. É documento produzido unilateralmente pelo sujeito passivo. O que prova o mútuo são os respectivos instrumentos contratuais devidamente registrados, bem como a prova da entrega e da devolução dos recursos. Tais elementos probatórios não se acham nos autos.

Portanto, devem ser mantidos os lançamentos por omissão de receitas e por pagamento sem causa.

Multa qualificada e decadência

Acerca da multa qualificada, disse a Fiscalização que o contribuinte, em tese, cometeu sonegação, dolo e fraude em todo período fiscalizado. De modo intencional, não declarou os tributos devidos. Além disso, o *modus operandi* denunciado pelo MPF, na Operação Ararath, se enquadra nas disposições do art. 71, inciso I, da Lei nº 4.502/1964.

Reiterando o que já foi dito, o lançamento não tomou por base nenhum ato ilícito apurado na chamada Operação Ararath. A omissão foi apurada, para fins tributários, por presunção legal a partir de depósitos bancários cuja origem a recorrente não logrou comprovar. Essa circunstância não se confunde com omissões de receitas evidenciadas por prova direta, tais como, a falta de emissão ou de registro contábil de notas fiscais; não se confunde também com ilícitos perpetrados mediante falsificação de documentos ou simulação de negócios jurídicos.

Não é por acaso que se consolidou o entendimento de que o auto de infração lavrado com base em depósitos bancários, em regra, não comporta qualificação da multa. Nesse sentido, o CARF editou a Súmula vinculante nº 34, com o seguinte enunciado:

Súmula CARF nº 34: *Nos lançamentos em que se apura omissão de receita ou rendimentos, decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada, é cabível a qualificação da multa de ofício, quando constatada a movimentação de recursos em contas bancárias de interpostas pessoas. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 383, de 12/07/2010, DOU de 14/07/2010).*

O texto da súmula permite concluir que, nos lançamentos em que se apura omissão de receitas com base em extratos bancários, a regra é a aplicação da multa comum de 75%, cabendo a qualificação apenas em situações excepcionais, como ocorre na interposição de pessoas com fins ilícitos.

No caso em tela, embora existisse investigação de ilícitos penais (inclusive admitidos por um dos corresponsáveis, em delação premiada), o lançamento não se baseou nas conclusões ou no acervo probatório reunido na chamada Operação Ararath. Por essas razões, a multa qualificada deve ser afastada, reduzindo-se, pois, o percentual para 75% em relação a todas as infrações.

O afastamento do pressuposto da multa qualificada (o dolo, a fraude ou a simulação) afeta a decadência, pela antecipação do termo inicial do prazo. Afastado o elemento subjetivo da infração, resta verificar a existência de pagamento, na forma do § 1º do art. 150 do CTN.

A resposta a essa pergunta é dada no voto condutor da decisão recorrida, nos seguintes termos:

Os pagamentos daqueles tributos foram efetuados de forma agregada por meio do Simples Nacional, cujos recolhimentos dos DAS foram confirmados nos sistemas de controle de arrecadação da RFB. Atendida, portanto, a condição de pagamento antecipado dos tributos para fins de inclusão nas regras de decadência do art. 150, § 4º. (fl. 1.642)

A informação de fl. 858 dá notícia de que a intimação do lançamento se deu em 14 de novembro de 2016. Portanto, deve ser reconhecida a decadência parcial do crédito tributário nos seguintes termos:

a) IRPJ e CSLL - decadência do crédito tributário relativo ao primeiro, segundo e terceiro trimestres de 2011; e

b) PIS e Cofins - decadência dos créditos tributários relativos aos meses de janeiro a outubro de 2011.

Quanto ao IR na fonte, o termo inicial do prazo permanece sendo o mesmo, a teor da Súmula CARF nº 114, que tem o seguinte enunciado:

Súmula CARF nº 114. O Imposto de Renda incidente na fonte sobre pagamento a beneficiário não identificado, ou sem comprovação da operação ou da causa, submete-se ao prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN.

IRRF

Não procede o argumento de que a alíquota de 35% teria natureza de sanção, afastando a possibilidade de cumular o IR na fonte com multa. Tributo não é penalidade e, a despeito da alíquota elevada do Imposto de Renda na fonte, é cabível cumular esse imposto com multa.

A recorrente alega também que a norma que prevê o IR na fonte sobre pagamentos sem causa violaria o CTN. Examinar essa matéria, entretanto, foge à competência do CARF, porquanto acolher tal alegação implicaria negar vigência à lei.

Lucro arbitrado

Igualmente sem fundamento é a afirmação de que o lucro arbitrado foi utilizado como penalidade. A apuração do IRPJ e da CSLL pelo lucro arbitrado é prevista em lei para determinadas situações. A apuração desses tributos pelo lucro arbitrado é válida tanto quanto a apuração pelo lucro real ou presumido, não podendo nenhuma dessas formas ser tida como punição.

Juros de mora sobre multa de ofício

A matéria já foi examinada diversas vezes, com decisão invariavelmente no sentido da possibilidade de incidência de juros de mora sobre a multa de ofício. O fundamento legal está no art. 61 da Lei nº 9.430/1996, e nos artigos 161 e 139 ambos do CTN. Nessa linha de interpretação, empresta-se um sentido amplo à expressão "*débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições*", constante do art. 61 da Lei nº 9.430, de forma a abarcar nessa categoria tanto o tributo propriamente dito, quanto a multa.

O mesmo entendimento prevalece na Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, do qual é exemplo o Acórdão nº 9101-003.369, cuja ementa, na parte relativa aos juros de mora, foi assim redigida:

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

As multas proporcionais aplicadas em lançamento de ofício, por descumprimento a mandamento legal que estabelece a determinação do valor de tributo administrado pela Receita Federal do Brasil a ser recolhido no prazo legal, estão inseridas na compreensão do § 3º do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996, sendo, portanto, suscetíveis à incidência de juros de mora à taxa SELIC.

A matéria tornou-se incontroversa no âmbito administrativo, com a edição da Súmula CARF 108, cujo enunciado se encontra redigido nos seguintes termos:

Súmula CARF 108. Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Com esses fundamentos, indefere-se a pretensão da recorrente de impedir a exigência de juros de mora calculados sobre a multa de ofício.

CSLL, PIS e Cofins

Quando os lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins recaírem sobre a mesma base fática, ou seja, as mesmas receitas, como ocorre no caso em tela, há de ser dada a ambos a mesma decisão, ressalvados apenas os aspectos específicos inerentes à legislação de cada tributo.

Conclusão

Pelo exposto, voto por conhecer dos recursos voluntários, para no mérito dar provimento aos recursos dos coobrigados Gercio Marcelino Mendonça e Gercio Marcelino Mendonça Júnior, excluindo-os do polo passivo; e dar parcial provimento ao recurso de GN Assessoria e Construção Civil Ltda. - EPP para reduzir o percentual de multa de 150% para 75% e reconhecer a decadência parcial dos créditos tributários.

(assinado digitalmente)
Roberto Silva Junior