



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

Processo nº 10183.727784/2015-64
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1401-002.498 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de maio de 2018
Matéria IRPJ e Reflexos
Recorrentes COMERCIAL AMAZONIA DE PETROLEO LTDA
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2013

ACUSAÇÃO FISCAL. ERRO INEXISTENTE.

A opção feita pelo regime de apuração anual, afasta o alegado equívoco supostamente cometido pela acusação fiscal, de maneira que não resta nulidade a ser sanada, perfeitamente válidos os Autos de Infração com base na apuração ANUAL, principalmente diante do comportamento contraditório adotado pelo contribuinte.

DECADÊNCIA. REGRA GERAL E REGRA ESPECIAL DO CÔMPUTO DO PRAZO. APLICAÇÃO.

Se constatada a prova da ocorrência de dolo, fraude e simulação afasta-se a regra especial do cômputo do prazo decadencial (que visa a homologação apenas das condutas corretas do contribuinte), aplicando-se a regra geral do art. 173, I, do CTN.

Por outro lado, em caso de afastamento das hipótese de dolo, sonegação e conluio, o prazo especial da contagem do prazo decadencial só será aplicado tão somente se houver prova do recolhimento antecipado referente aos tributos lançados por homologação. Não sendo efetuado qualquer recolhimento tempestivo, a regra aplicável é a geral.

IRPJ. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

O art. 42 da Lei nº 9.430/1996 autoriza a presunção de omissão de rendimentos tributáveis com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. 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, a qual não pode ser substituída por meras alegações.

PIS E COFINS - REGIME NÃO CUMULATIVO

As receitas apontadas como omitidas foram apuradas com o uso de presunção legal e não correspondem a nenhuma das exceções ao regime não cumulativo previsto na legislação. Aliás, como a própria DRJ reconhece no parágrafo 5.56 note-se que não é possível identificar nos autos, de forma positiva e factível, a quem se referiram todos os valores constantes da base de cálculo do tributo lançado

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. APLICABILIDADE.

Nos lançamentos de ofício para constituição de diferenças de tributos devidos, não pagos ou não declarados, via de regra, é aplicada a multa proporcional de 75%, nos termos do art. 44, inciso I, da Lei 9.430/1996. No caso concreto, porém, percebe-se que não se trata de uma situação isolada de omissão de receitas, de valor de pequena monta, não reincidente, que se poderia interpretar como mero erro material, ou seja, situada dentro do campo da inadimplência; trata-se de fatos que se enquadram de forma inequívoca na definição de sonegação e fraude fiscais, pois demonstram o desígnio deliberado, por parte da empresa recorrente, de impedir a ocorrência do fato gerador, assim como de impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária de sua ocorrência, hipóteses suscetíveis à qualificação da multa de ofício.

SOLIDARIEDADE E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NECESSIDADE DE DISTINÇÃO.

A solidariedade tributária de que trata as situações previstas no artigo 124, I, do CTN, pressupõe a existência de dois sujeitos passivos praticando conduta lícita, descrita na regra matriz de incidência tributária. Do fato gerador, nestas situações, decorre a possibilidade do sujeito ativo exigir o pagamento de tributos de qualquer um dos sujeitos que integrou a relação jurídico tributária.

A responsabilidade tributária decorrente das situações previstas no artigo 135 do CTN, está ligada à prática de atos com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos, por quem não integra a relação jurídico tributária, mas é chamado a responder pelo crédito tributário em virtude do ilícito praticado.

A situação prevista no artigo 124, I, não pode ser confundida com as situações de que trata o artigo 135 do CTN. Nas hipóteses contidas no artigo 135 vamos encontrar duas normas autônomas, uma aplicável em relação ao contribuinte, aquele que pratica o fato gerador (art. 121, I), e outra em relação ao terceiro que não participa da relação jurídico tributária, mas que, por violação de determinados deveres, pode vir a ser chamado a responder pela obrigação (RE 562.726/PR, j. 03/11/2010, sob a forma do artigo 543B do CPC).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as preliminares de nulidade, afastar a alegação de decadência das exigências relativas ao IRPJ e CSLL e superar às relativas ao PIS e à COFINS haja vista a improcedência dos respectivos lançamentos. No mérito, por unanimidade de votos, acordam em dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir dos lançamentos os valores demonstrados como redução de

saldo negativo e plano de previdência privada, e a exigência relativa ao PIS e à COFINS, por erro na fundamentação legal, ainda, afastar a responsabilidade do solidário. Acordam, ainda, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso de ofício, vencida a conselheira Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, que lhe negou provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente.

(assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin- Relatora.

(assinado digitalmente)

Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa - Redator Designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa, Livia De Carli Germano, Abel Nunes de Oliveira Neto, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Letícia Domingues Costa Braga, Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão 16-68.102 - 4ª Turma da DRJ/SPO que por unanimidade de, julgou PROCEDENTE EM PARTE a Manifestação de Inconformidade.

Houve também recurso de ofício em razão da desoneração correspondente a desqualificação da multa de ofício.

Trata-se de lançamento tributário relativo a fatos geradores referentes aos anos-calendários 2010 e 2011, efetuado sob a circunscrição da DRF/BRASÍLIA, pelo qual constituíram-se créditos tributários, acrescidos de multa proporcional qualificada, e juros de mora calculados até 12/2015, com ciência pessoal do Contribuinte e responsável tributário passivo Gércio Marcelino Mendonça Júnior, sócio autuado por “interesse” na situação que constituiu o fato gerador, tendo atuado ostensivamente na materialização das irregularidades que culminaram com a falta de recolhimento dos tributos.

Por bem descrever os fatos ocorridos até o momento em que foi proferida, transcrevo em parte o relatório da decisão recorrida, naquilo que interessa a solução da lide.

TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL e RESPONSABILIDADE
TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA (fls. 311/328))

2. A presente fiscalização decorreu dos trabalhos da operação Ararath1, e foi instaurada em face da autuada com o objetivo de apurar omissão de rendimentos em razão de incompatibilidade entre movimentação financeira e receitas declaradas em DIPJ, nos anos-calendários 2010 a 2013, e pagamentos a beneficiários não identificados/sem causa ou por Operação não comprovada.

2.1 Depois de analisadas/conciliadas as informações dos extratos bancários, o contribuinte foi intimado a comprovar a motivação e origem dos créditos/débitos bancários relacionados na planilha TIF COML AMAZONIA (TIF 02-2016 - item 19 - fl. 315). Em resposta, alegou que a escrituração mantém o regime de conta corrente, controlando apenas saldos, motivos pelo qual não há uma vinculação de débito e crédito individualizada; que não mantinha cópia de cheques já compensados, ou comprovantes de operações realizadas eletronicamente.

2.2 Em relação aos créditos/débitos bancários, o contribuinte segregou os valores os quais alegou serem mútuos com o sócio Gercio Marcelino Mendonça Jr., não apresentando, contudo, provas documentais das alegadas operações (como contrato, prazos, encargos, garantias e comprovante das transferências das operações). Alegou não possuir documentos sobre os mútuos, pois seriam operações tácitas, não onerosas, e de prazo indeterminado, razão pelas quais as operações foram realizadas apenas por comando eletrônico, mas que foram declaradas na contabilidade e na declaração da pessoa física – item 22, pg 316. Apresentou, em relação aos mútuos, uma planilha contendo as entradas e saídas dos valores.

2.3 Na falta de apresentação das provas documentais, a fiscalização considerou todos os lançamentos bancários a crédito como omissão de receita por presunção legal, com base no art. 42 da Lei n. 9.430/96 (nos anos de 2010 e 2011); bem como considerou pagamentos sem causa ou a beneficiário não identificado os lançamentos bancários a débito, ante a falta de vinculação e comprovação documental com qualquer pagamento ou entrega de recursos a terceiros com os quais a empresa mantinha atividade ligada a seu objeto social – fl. 317.

2.4 Acrescente-se, também, a falta de apresentação de comprovantes da causa e os respectivos beneficiários dos supostos empréstimos ou mútuos escriturados na conta contábil 1.2.3- Empréstimos a sócios do livro razão – item 43. [...]

2.5 Quanto à multa qualificada, alegou a fiscalização que o contribuinte, em tese, cometeu sonegação, dolo e fraude em todo o período fiscalizado, pois de forma intencional e sem justificativa não declarou os tributos da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal ou o crédito correspondente. [...]

2.6 O sr. Gercio Marcelino Mendonça Júnior, conforme denúncia do MPF da Operação Ararath, era o operador financeiro do grupo político do Estado do Mato Grosso e efetuada uma grande movimentação financeira através de suas empresas, principalmente a autuada, para efetuar os pagamentos as PF e PJ do esquema. E toda a movimentação financeira promovida pela autuada foi contabilizada como “operação mútuo júnior”, com o intuito de fraudar o fisco, para impedir ou retardar, total ou parcialmente, as características do FG da obrigação principal. [...]

2.7 Foi estabelecida a multa qualificada, nos termos da legislação vigente, por ter entendido a fiscalização.

2.8 Ao sr. Gercio (por ser sócio administrador exclusivo da autuada) foi imputada responsabilidade tributária passiva, nos termos do art. 124, I do CTN, entendendo que a conduta da autuada de não declarar tributos e não comprovar a documentalmente a movimentação bancária caracterizaria o interesse da pessoa física, atuando ostensivamente na materialização de irregularidades que resultaram na falta de recolhimento dos tributos incidentes, bem como pelo fato de o mesmo ser o sócio administrador.

3. A autuada e o imputado responsável tributário passivo tomaram ciência dos Autos de Infração em 28/12/2015 (fl. 459) apresentando em 26/01/2016 a Impugnação de fls. 468/529, e anexos de fls. 530/843, alegando, sem síntese o que se segue:

Nulidade Absoluta do Auto de Infração-AI – alegou a nulidade do AI pela inobservância de motivos fáticos e de direitos, a saber:

a) decadência – consoante art. 156, VI, c/c art. 150, §4º, do CTN, os débitos de janeiro/2010 a dezembro/2011 estariam extintos, pois somente em junho/2015 (mais de 05 anos da ocorrência do fato gerador) foram constituídos definitivamente com a notificação do sujeito (TIPF);

Apresenta julgado sobre o tema.

O Impugnante apurou o imposto, entregou as competentes declarações e efetuou recolhimento dos valores apurados.

Desse modo, forçoso se reconhecer a ocorrência da extinção dos créditos tributários ora impugnados, nos termos do art. 150, § 4º, c/c art. 156, V, todos do CTN.

b) Da Tributação Reflexa - O fisco se fundamenta na exigência do IRPJ decorrente de omissão de receita para efetuar a tributação reflexa (CSLL, PIS e COFINS). Ocorre que, pela lógica processual, quando for cancelada a tributação principal, cancelar-se-á também a decorrente.

A decadência da tributação principal afeta a tributação reflexa, porque o acessório segue a sorte do principal, tendo o nosso sistema jurídica acatado definitivamente tal regra.

Se não há incidência do IR não há que se falar em tributação reflexa.

Apresenta jurisprudência sobre o tema (fls. 500/501).

c) Da impossibilidade de quebra de sigilo de dados sem autorização judicial – alegou que a autuação baseou-se em informações fornecidas pelo MPF, decorrente da operação Ararath – IP 182/2012, praticando-se um ato ilegal e sem qualquer respaldo jurídico – fl. 514 e ss; o afastamento do sigilo de dados particulares por parte do fisco prescinde de prévia autorização judicial, sob pena de constituírem prova ilícita desprovida de qualquer validade jurídica, devendo ser declarada nula, seja na esfera administrativa ou judicial;

O sigilo das informações bancárias encontra guarida sob o manto do art. 5º, X, da CF88.

O STF já se manifestou acerca do sigilo de dados, em importante julgamento do Recurso Extraordinário 398.808/PR, consagrando o entendimento de que o sigilo de dados é espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas, protegido constitucionalmente.

Em vista de tal decisão, em que foi dada interpretação conforme a Constituição à Lei n. 9.311/96, à LC 105/1001, bem como ao Decreto n. 3.724/01, para determinar a impossibilidade de afastar-se o sigilo bancário da pessoa natural ou jurídica sem autorização judicial, é nula a fiscalização que quebra sigilo sem ordem judicial.

d) discrepância entre enunciado do lançamento e provas - O IRPJ deve incidir apenas sobre renda ou ganhos que representem aumento de patrimônio; o ilustre fiscal tributou também débitos/saques/retiradas havidos nas contas bancárias, através do IRRF. Porém, toda a movimentação bancária teria origem comprovada, afastando a presunção legal. As operações (de entrada e saída) foram amplamente detalhadas. Apresenta julgado sobre o tema.

O Impugnante apurou o imposto, entregou as competentes declarações e efetuou recolhimento dos valores apurados.

Desse modo, forçoso se reconhecer a ocorrência da extinção dos créditos tributários ora impugnados, nos termos do art. 150, § 4º, c/c art. 156, V, todos do CTN.

b) Da Tributação Reflexa - O fisco se fundamenta na exigência do IRPJ decorrente de omissão de receita para efetuar a tributação reflexa (CSLL, PIS e COFINS). Ocorre que, pela lógica processual, quando for cancelada a tributação principal, cancelar-se-á também a decorrente.

A decadência da tributação principal afeta a tributação reflexa, porque o acessório segue a sorte do principal, tendo o nosso sistema jurídica acatado definitivamente tal regra.

Se não há incidência do IR não há que se falar em tributação reflexa.

Apresenta jurisprudência sobre o tema (fls. 500/501).

c) Da impossibilidade de quebra de sigilo de dados sem autorização judicial – alegou que a autuação baseou-se em informações fornecidas pelo MPF, decorrente da operação Ararath – IP 182/2012, praticando-se um ato ilegal e sem qualquer respaldo jurídico – fl. 514 e ss; o afastamento do sigilo de dados particulares por parte do fisco prescinde de prévia autorização judicial, sob pena de constituírem prova ilícita desprovida de qualquer validade jurídica, devendo ser declarada nula, seja na esfera administrativa ou judicial;

O sigilo das informações bancárias encontra guarida sob o manto do art. 5º, X, da CF88.

O STF já se manifestou acerca do sigilo de dados, em importante julgamento do Recurso Extraordinário 398.808/PR, consagrando o entendimento de que o sigilo de dados é espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas, protegido constitucionalmente.

Em vista de tal decisão, em que foi dada interpretação conforme a Constituição à Lei n. 9.311/96, à LC 105/1001, bem como ao Decreto n. 3.724/01, para determinar a impossibilidade de afastar-se o sigilo bancário da pessoa natural ou jurídica sem autorização judicial, é nula a fiscalização que quebra sigilo sem ordem judicial.

d) discrepância entre enunciado do lançamento e provas - O IRPJ deve incidir apenas sobre renda ou ganhos que representem aumento de patrimônio; o ilustre fiscal tributou também débitos/saques/retiradas havidos nas contas bancárias, através do IRRF. Porém, toda a movimentação bancária teria origem comprovada, afastando a presunção legal. As operações (de entrada e saída) foram amplamente detalhadas junto ao MPF e fizeram parte do acordo de delação premiada homologado pela Justiça Federal de Mato Grosso;

e) diversas operações foram referentes a recebimentos de valores relativos ao contrato de promessa de compra e venda mercantil com licença de uso de marca, firmado com a Petrobrás Distribuidora S.A., já declaradas, tendo sido recolhido o

respectivo tributo, através do ajuste anual (DIRPF); os depósitos estão identificados pelo próprio fiscal no AI; tais valores já foram levados à tributação pela Impugnante quando da entrega de sua DIPJ. O contrato firmado e os extratos bancários com a correta identificação da fonte pagadora são provas robustas da origem do recebimento/operação comercial havida entre as partes.

f) Alegou, também, que a maioria das operações referem-se a MÚTUOS contraídos, inclusivamente com o recolhimento de IOF, o que exclui da hipótese de incidência do IRPJ; os depoimentos prestados no MPF foram anteriores ao início da fiscalização, e comprovam os mútuos realizados e a forma como se davam – fl. 477;

É comum no meio empresarial a operação de mútuo entre PJs ou entre PJ e PF (empresa e seus sócios), bem como entre PFs. Grande parte da autuação são provenientes dos contratos tácitos de mútuo com a PJ (do qual o Impugnante sr. Gercio é sócio), e com pessoas físicas, com a efetiva comprovação da transferência de valores, mormente, quando a respectiva percepção foi declarada pelas PJ com o recolhimento de IOF.

Os mútuos realizados pelo sócio da Impugnante (Gércio) estão detalhadamente descritos e comprovados em seus depoimentos perante o MPF, e que embasaram o acordo de delação premiada, homologada pela justiça federal de Mato Grosso.

O sócio da empresa realizava os mútuos com a sua empresa, repassando os valores tomados diretamente as pessoas físicas e jurídicas, indicadas pelos agentes políticos do Estado do Mato Grosso (contas bancárias de terceiros), sendo que, posteriormente, tais valores retornavam diretamente para a conta da empresa Comercial Amazônia de Petróleo, através de depósitos pelas próprias pessoas físicas e jurídicas (terceiros).

g) O auditor desconsiderou os empréstimos de Mútuo entre a Comercial Amazônia e seu sócio Gércio Marcelino), conforme constam dos extratos bancários, configurando em dupla tributação, na medida em que o contribuinte recolherá sobre a mesma operação valores relativos ao IRPF e IOF (os créditos foram relacionados às fls. 484/494 da Impugnação).

Esclarece 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.

Apresenta julgados administrativos às fls. 496/498.

Requer a nulidade absoluta do auto de infração.

Ainda, o Impugnante Gércio Marcelino recebeu na conta bancária de sua empresa (Comercial Amazônia) receitas decorrentes da distribuição de lucros da empresa da qual era sócio (Globo Fomento Ltda). Os extratos bancários apresentados pelo sr. Fiscal comprovam a origem dos recursos, que já foram tributados quando da apresentação da DIPJ daquela empresa (os lançamentos bancários foram relacionados à fl. 494 dos autos).

Alega que os valores não se configuram renda ou proventos de qualquer natureza, tratando-se de recomposição do patrimônio.

Apresenta julgados de fls. 495/496.

h) não há dolo (como afirmado pela fiscalização), sendo inaplicável a multa qualificada, até porque os eventuais crimes praticados pelo Impugnante foram objeto de acordo de Delação Premiada firmada perante o MPF e homologado pela Justiça Federal.

Deve-se provar e não apenas declarar a existência do elemento subjetivo (dolo – vontade livre e consciente de produzir o resultado).

A ocorrência de fraude não se presume da presunção de omissão de rendimentos, pois seria um absurdo jurídico a presunção da presunção.

O auto de infração deve especificar qual das três condutas (sonegação, fraude e conluio) foi empregada no caso concreto, bem como exibir as provas respectivas, porquanto os conceitos normativos de sonegação, fraude e conluio não podem ser permutados pelo aplicador da lei, em face do princípio da estrita legalidade e na exigência de decisão com base na verdade material.

Alegou, também, a natureza confiscatória das penalidades (apresentando posições doutrinárias a respeito), requerendo sua redução ao patamar de 2% sobre o valor das operações.

i) inexistência de solidariedade passiva do sócio pois não há dolo (vontade livre e consciente de produzir o resultado) com intenção de sonegar, fraudar e/ou conluio em relação às omitidas suas receitas. A fiscalização entendeu que o sr. Gércio teria o intuito de impedir ou retardar o conhecimento, pela Administração, das receitas apuradas na atividade empresarial nos anos de 2010 e 2011.

Não basta que o fisco apenas inclua seu nome na atuação, é preciso confirmar a existência do débito, e que se aponte o fato gerador da responsabilidade do co-obrigado.

A empresa impugnante justificou toda a sua movimentação financeira apontada nos extratos bancários, ou seja, seus rendimentos e/ou débitos foram suficientemente justificados, afastando a alegação de sonegação.

As operações realizadas pela Impugnante referem-se a saídas e créditos de operação de Mútuos devidamente comprovadas, e já declaradas e levadas à tributação, e também em relação às operações com a PETROBRAS, bem como às operações tributadas e declaradas, relativas ao recebimento de pró-labore, lucros e juros sobre capital próprio e dividendos.

No que tange à responsabilidade tributária pessoal dos sócios pelos débitos da pessoa jurídica, é necessário observar a aplicação do artigo 135 do CTN, visto que a responsabilidade pessoal desse dispositivo não é objetiva, mas subordinada à prática culposa ou dolosa de atos abusivos ou, ainda, em violação de lei ou contrato social.

Assim, conforme já exposto, deve-se interpretar sistematicamente o “caput” do referido artigo, o que limita a responsabilidade dos sócios ou diretores aos “atos praticados com excesso ou infração de lei, contrato social ou estatuto”.

Menciona precedentes do STJ – fl. 507.

Ainda que assim não fosse, o que se admite ad argumentandum, a regra do art. 135, III não tem aplicação porque a responsabilidade pessoal é medida excepcional e depende de demonstração de comportamento doloso ou fraudulento, consistente em atos praticados com excesso de poder, infração à lei ou estatuto, o que não houve no caso.

A responsabilidade do sócio deve ser decorrente não só do inadimplemento por impossibilidade econômico-financeira da sociedade, mas desse fato conjugado com a circunstância de ter praticado ilegalidade, fraude ou abuso de poder que deve ficar regulamente comprovada.

Apresenta doutrina e julgados (fls. 508/510).

Desta forma, a autuação deve se voltar exclusivamente contra a pessoa jurídica, posto ser esta a devedora do tributo em questão, até seu exaurimento, excluindo-se do pólo passivo o sócio da empresa.

O art. 134 do CTN é claro ao prescrever que apenas nos casos de impossibilidade do cumprimento da obrigação é que se cobraria o responsável.

j) Impossibilidade de presunção no ato administrativo de lançamento – súmula 182 do TRF – fl. 502 – alegação de vício insanável.

O fisco não pode presumir a ocorrência do FG uma vez que a atividade de lançamento é vinculada, correndo o risco de se violarem as disposições do art. 142 do CTN.

A simples consideração dos depósitos bancários não serve para demonstrar a incidência de renda tributável, podendo a movimentação financeira escapar complementemente à hipótese de incidência do imposto de renda.

Somente quando se estiver diante de alteração do patrimônio que representa um acréscimo ao mesmo é que se estará diante do fato jurídico tributário ensejador do IRPJ.

Segundo a súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos, “é ilegítimo o lançamento de imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários”.

Apresenta jurisprudência e doutrina sobre o tema – fls. 504/505.

k) Da necessidade de perícia – somente através da prova pericial é que se conseguirá esclarecer a tese apresentada, afastando-se por completo os fundamentos ensejadores da combatida ação fiscal e, conseqüentemente da nulidade do crédito;

Não há outro meio de se atender ao princípio da ampla defesa, sendo que a prova a ser produzida depende de conhecimento técnico específico na área contábil.

Apreciada a impugnação, após afastada a preliminar de decadência por envolver análise questão constitucional alheia a competência da DRJ, o lançamento foi mantido em parte para por maioria reduzir o percentual da multa de ofício de 150% para 75% e por unanimidade rejeitar as preliminares de decadência e nulidade e rejeitar o pedido de perícia, para no mérito manter a exigência fiscal nos valores principais originais a saber: IRPJ (R\$ 5.391.981,91), CSLL (R\$ 1.958.393,49), COFINS (R\$ 652.797,79), PIS (R\$ 141.439,39) e IRRF (R\$ 9669.695,72), acrescidos da multa de 75% e juros de mora.

Inconformada, apresentou Recurso Voluntário apontando preliminar de nulidade da atuação, segundo o argumento de que não podem ser validados os Autos de Infração com base na apuração ANUAL, quando há prova de que o contribuinte fez OPÇÃO PELO LUCRO REAL TRIMESTRAL;

No mérito defende a improcedência da autuação considerado que:

a) a fiscalização autuou fatos jurídicos que já estavam abrangidos pela decadência;

b) os fatos alegados pela Fiscalização na elaboração do presente ato administrativo de lançamento são inexistentes, na medida em que toda sua movimentação bancária relacionada ao período autuado tem sua origem suficientemente comprovada na própria escrituração contábil que foi validada pelo Fisco;

c) o acórdão se mostrou completamente omissos a comprovação dos valores recebidos e pagos pela Recorrente, razão pela qual deve se acolher a preliminar alegada no presente recurso para determinar o retorno dos autos à DRJ para que esta aprecie as demais matérias articuladas na impugnação, essenciais ao julgamento do litígio;

d) desconsiderou a comprovação de que as operações realizadas pela Recorrente referem-se em sua grande maioria a créditos de MÚTUOS contraídos, inclusive com o recolhimento do IOF por essas operações junto ao Fisco, fatos que estão excluídos da hipótese de incidência do Imposto de Renda;

e) As operações de saídas e entradas que se referem aos MÚTUOS contraídos por seu sócio foram amplamente detalhadas junto ao MPF e fizeram parte do acordo de delação premiada homologado pela Justiça Federal de Mato Grosso, completamente desconsideradas pela DRJ;

f) diversas operações (créditos em conta corrente) referem-se ao recebimento de valores relativos ao Contrato de Promessa de Compra e Venda Mercantil com licença de uso de marca firmado com a empresa Petrobrás Distribuidora S.A, já declaradas e que o tributo foi efetivamente recolhido através do ajuste anual (DIRPF). Esses documentos estão nos autos e foram ignorados pela DRJ, requerendo ponderado exame dessa Turma do CARF, até mesmo com a cautela para que sejam avaliados em procedimento de diligência fiscal, pleiteada ao final deste recurso;

g) foram tributadas operações relativas ao recebimento de pró-labore, lucros, juros sobre capital próprio e dividendos já devidamente declarados e tributados, demonstrações essas que também foram ignoradas pela DRJ e que precisam ser avaliadas, ainda que em diligência, para que não se consuma o condenado cerceamento ao direito de defesa;

h) inexistente solidariedade passiva do sócio da Recorrente, ou seja, há contradição ao aplicar o art. 124 do CTN que pressupõe o interesse jurídico na prática do fato gerador (e não o econômico como aponta a DRJ). Além disso, não há dolo (vontade livre e consciente de produzir o resultado) com intenção de sonegar, fraudar e/ou conluio para omitir suas receitas.

i) as operações da Recorrente devem ser consideradas como sendo de fomento mercantil, aplicando o fator Anfac para arbitramento do lucro uma vez que o conjunto probatório indica que os depósitos bancários não decorrem da operação de venda de combustível;

j) se correta a premissa sobre o volume de receita omitida e dos pagamentos sem causa, a contabilidade era imprestável o que levaria necessariamente ao arbitramento dos lucros.

k) a identificação dos pagamentos destinados ao grupo político investigado pela Operação Ararath (fato incontroverso), não havendo que se falar em tributação do IR como “pagamento sem causa”.

A despeito de já desqualificada pela DRJ, é preciso insistir no erro de direito que ocorreu na aplicação da exorbitante multa qualificada de 150% por infrações que não existiram.

O Responsável solidário também apresentou Recurso Voluntário, onde defende estarem provadas as origens dos depósitos e os destinos dos depósitos conforme depoimentos colhidos pelo Ministério Público em acordos de delação premiada, devendo ser afastada a sua responsabilização.

É o relatório do essencial.

Voto Vencido

Conselheira Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin - Relatora.

Os recursos são tempestivos e apresentam os demais requisitos de admissibilidade, por isso, dele conheço.

Preliminar de "nulidade" por erro na acusação fiscal:

Conforme anota a recorrente, o Auto de Infração e Imposição de Multa é o documento elaborado pela fiscalização que vai fazer o lançamento do fato gerador do tributo não pago e impor penalidade sobre essas quantias. Para tanto deve indicar os fundamentos de fato, ou seja, os motivos reais que ensejaram a sua prática, bem como os fundamentos de direito, que é o completo e correto enquadramento legal aplicável a essa cobrança tributária.

Nesse contexto, observa-se que a própria decisão de piso reconhece uma incoerência entre a forma de apuração que havia sido adotada pelo contribuinte na apuração do lucro real e a posteriormente consignada pela fiscalização quando refez a apuração também pelo lucro real para considerar os depósitos bancários omitidos presumidos receitas, contudo adotando sistemática diversa daquela que originariamente havia sido eleita pela Recorrente, ou seja, enquanto a recorrente havia optado pela apuração do lucro real pela apuração trimestral, a fiscalização refez a contabilidade, mas adotando apuração anual.

Na intenção de demonstrar a incoerência que segundo a Recorrente levaria a nulidade da autuação, destaca do acórdão recorrido o seguinte trecho:

5.65 Note-se que há uma incoerência entre as informações constantes da DIPJ e os recolhimentos referentes ao IRPJ (cód. 3373 – IRPJ – PJ não obrigada ao lucro real) e CSLL (cód. 6012 – CSLL – Lucro Real Trimestral), vez que tais recolhimentos referem-se à apuração trimestral, enquanto que a DIPJ informa apuração pela sistemática anual. Outrossim, ainda que não houvesse tal discrepância, os sistemas da RFB mostram que os recolhimentos relativos a períodos de apuração de 2010 foram efetuados apenas no ano de 2011, conforme as áreas achuradas, abaixo, relativas às datas de arrecadação (que é seguida pela data de vencimento – não achurada):

Como demonstrado pela Recorrente, o código de DARF 3373 está assim relacionado pela própria Secretaria da Receita Federal:

Código Descrição

3373 IRPJ - PJ NÃO OBRIGADAS AO LUCRO REAL - BALANÇO TRIMESTRAL

Com isso, tendo a pessoa jurídica realizado seu primeiro recolhimento do IRPJ mediante DARF com esse código 3373, fez a sua opção pela regra geral de tributação que é o regime TRIMESTRAL de apuração, opção essa que a lei considera irretratável para o referido ano calendário.

Contudo, verifica-se que na entrega da DIPJ relativa ao período fiscalizado (fls.) a Recorrente não confirma a opção pela apuração trimestral, pois ao contrário do por ela defendido em sede de recurso, sua opção é feita pelo regime de apuração anual, o que afasta o alegado equívoco supostamente cometido pela acusação fiscal, de maneira que não resta nulidade a ser sanada quanto a este ponto, restando perfeitamente válidos os Autos de Infração com base na apuração ANUAL, principalmente diante do comportamento contraditório adotado pelo contribuinte.

Decadência.

Aponta a recorrente que crédito tributário é relativo a depósitos e saques supostamente não justificados no período de Janeiro/2010 a Dezembro/2011, que somente foram constituídos definitivamente com a notificação do sujeito passivo em 28/12/2015.

Neste caso, uma vez decorrido o prazo de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, sem que o Fisco tenha se pronunciado a respeito de eventuais diferenças relacionadas ao lançamento por homologação realizado pelo contribuinte, essas diferenças se encontram extintas, não podendo mais ser lançadas.

Assim, defende a recorrente que de acordo com o art. 150, § 4º, do CTN, a Fazenda Pública tem o prazo decadencial de 05 (cinco) anos para homologar, de forma expressa ou tácita, o lançamento por homologação efetuado pelo contribuinte, sendo que o dies a quo do prazo decadencial é a data da ocorrência do fato gerador do tributo sujeito a lançamento por homologação.

Isto porque, está-se diante de débitos relativos aos meses de Janeiro/2010 a Dezembro/2011, que somente em dezembro/2015 (mais de 05 anos da ocorrência do fato gerador) foram constituídos definitivamente, com a notificação do sujeito passivo.

De maneira que segundo seu raciocínio, na data em que o fisco efetuou o lançamento, já havia ocorrido a homologação tácita da norma individual e concreta expedida pelo particular e declarado extinto o crédito tributário.

Contudo, conforme acórdão recorrido, considerando que no ano de 2010 o contribuinte optou pela sistemática do lucro real anual, com antecipações mensais por estimativa (conforme consta de sua DIPJ – fl. 96), foram verificados, junto aos sistemas da RFB, os recolhimentos efetuados naquele ano-calendário, tendo constatados pagamentos apenas em 31/01/2011, após a entrega da DIPJ ano calendário 2010, com opção pela apuração anual, razão pela qual foi afastada a alegação da decadência.

Em relação ao PIS e COFINS monofásico na cadeia anterior, deixo de analisar a preliminar de decadência, pois no mérito o lançamento será considerado improcedente.

Mérito.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS - PRESUNÇÃO LEGAL- ILEGALIDADE.

A empresa inicia seu recurso questionando juntamente a impossibilidade de inversão do ônus da prova com imputação ao contribuinte do ônus de demonstrar a origem dos depósitos bancários localizados em suas contas, sob pena de presumi-los com renda, quando argumenta o caberia a fiscalização o dever legal de comprovar a existência de renda omitida a justificar a autuação.

Já está pacificado nesse Conselho que o lançamento baseado no art. 42, da Lei nº 9.430/96, e que é legítimo o lançamento com base na presunção legal por ele instituída, desde que seguidos os procedimentos impostos no dispositivo:

IRPF DEPÓSITOS BANCÁRIOS OMISSÃO DE RENDIMENTOS Presume-se a omissão de rendimentos sempre que o titular de conta bancária, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em suas contas de depósito ou de investimento (art. 42 da Lei n. 9.430, de 1996).(CARF. 2ª Seção. 2ª Câmara. 2ª Turma Ordinária. Ac. 2202002.207.Rel. Rafael Pandolfo. Julg. 12/03/13)

A caracterização da ocorrência do fato gerador do imposto de renda não se dá pela mera constatação de um crédito bancário, considerada isoladamente, abstraída das circunstâncias fáticas. Pelo contrário, a caracterização está ligada à falta de esclarecimentos da origem dos numerários creditados e seu oferecimento à tributação, conforme dicção literal da lei. Existe, portanto, uma correlação lógica entre o fato conhecido – ser beneficiado com um crédito bancário sem origem ou não oferecido à tributação – e o fato desconhecido – auferir rendimentos. Essa correlação autoriza plenamente o estabelecimento da presunção legal de que o dinheiro surgido na conta bancária, sem qualquer justificativa, provém de rendimentos não declarados.

Omissão de Receitas.

Durante todo o processo e de forma reiterada em recurso voluntário, a recorrente arguiu e traz indícios de que as operações (ingressos e saídas de valores) objeto de tributação pelos autos de infração ora questionados decorrem em regra de empréstimos (mútuos) em operações indicadas pelos sócios da empresa autuada.

Nesse contexto, embora a ação fiscal tenha sido iniciada em decorrência da investigação da operação ARARATH desenvolvida pelo Ministério Público Federal (MPF), as informações contidas nos depoimentos dos envolvidos na operação, prestados ao MPF, foram desconsiderados pela autoridade autuante que entendeu não haver provas das operações financeiras da ora Recorrente, situação confirmada pela DRJ.

As informações prestadas nos depoimentos colhidos pelo MPF, segundo a recorrente seriam mais do que suficientes para demonstrar a real natureza de grande parte das operações na medida em que seus intervenientes atestam qual o negócio jurídico entabulado e a sua causa.

Isto porque, observa-se que os mútuos realizados pelo Sr. Gércio Marcelino Mendonça Júnior (operação realizada pela pessoa física, com recursos tomados junto à empresa ora Recorrente) teriam sido detalhadamente descritos e comprovados em seus

depoimentos perante o MPF e embasaram o acordo de delação premiada homologado pela Justiça Federal do Mato Grosso. O mútuo, confirmado e validado na delação pelas autoridades que conduziram o inquérito e investigaram as operações, não pode ser transformado POR PRESUNÇÃO em pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado.

Referidos documentos, segundo a recorrente seriam prova robustas de que Gercio Marcelino Mendonça Junior realizava os mútuos EXCLUSIVAMENTE com sua empresa (Comercial Amazônia de Petróleo), repassando os valores tomados diretamente as pessoas Físicas e Jurídicas indicadas pelos agentes políticos do Estado de Mato Grosso (contas bancárias de terceiros).

Posteriormente tais valores retornavam DIRETAMENTE para a conta da empresa Comercial Amazônia de Petróleo através de depósitos realizados pelas próprias pessoas Físicas e Jurídicas (terceiros).

Dos depoimentos prestados, extrai-se que todas as operações de Mútuo realizadas pelo Sr. Gercio Marcelino Junior, tinham como destino atender ao Grupo Político objeto de investigação pela operação Ararath.

O depoimento do Recorrente, aponta a ORIGEM e DESTINO de recursos financeiros:

“Depoimento prestado no dia 25/02/2014:

(...) QUE o Depoente foi procurado por SILVAL BARBOSA pessoalmente no escritório do Depoente localizado na cidade de Várzea Grande, na sede da GLOBO FOMENTO, (...) que DOIS DIAS DEPOIS, APÓS O PRIMEIRO CONTATO, O Depoente recebeu novamente em seu escritório em Várzea Grande o Vice Governador SILVAL BARBOSA, momento em que entregou pessoalmente vários cheques por meio do Banco Bradesco, (...), na Conta Corrente nº 65400 e 64595, ambas da Agência 1263, Banco Bradesco – 237; (...) QUE o Depoente repassou parte do primeiro TED nº 8200153 de 25/03/2009 da Conta Corrente nº 64595-8, Banco Bradesco, (...) Que o depoente emitiu inúmeros cheques da conta corrente nº 80800, Agência 1263, Banco Bradesco. Em nome de COMERCIAL AMAZÔNIA DE PRETRÓLEO LTDA de propriedade do Depoente; QUE não foi dado nenhum título de crédito como forma de garantia do empréstimo (...);

QUE os cheques compensados em 04/10/2010 na conta corrente 80800-8 indicada acima foram emitidos para execução do empréstimo, (...).

QUE o depoente declara que a sequência de cheques compensados de 04/10/2010 a 29/10/2010 (nºs 628 a 732) foram utilizados para realização de empréstimo (“...);”.

Que outro pagamento feito pelo grupo acima referido, por intermédio da ENCOMIND, na data de 19/04/2010, mediante uma só transferência no 4

valor de R\$ 6.570.000,00 (seis milhões, quinhentos e setenta mil reais), na conta corrente 80800, Agência 80800, Agência 263, Banco Bradesco, da Comercial Amazônia Petróleo Ltda; (...).

Realmente estão nos autos os documentos dessa operação e, a despeito de estar confirmada e comprovada a origem desse valor de R\$ 6.570.000,00 (ENCOMIND), permanecendo esse significativo valor indevidamente tributado como “depósito sem origem comprovada”, conclusão que se revela simplista e contraditória por afrontar a prova dos autos, merecendo a devida ponderação pela Turma de Julgamento, ainda que mediante avaliação em

procedimento de diligência, para que não se consume o condenado cerceamento ao direito de defesa.

Feito esse necessário registro, volta-se ao Depoimento que é esclarecedor da origem de outros significativos valores:

Reconhece que a transferência de R\$ 2.485.000,00 (dois milhões, quatrocentos e oitenta e cinco mil reais) feita pela TODESCHINI em favor da COMERCIAL AMAZÔNIA; (...).

Que registrava como ‘EMPRÉSTIMO JÚNIOR MENDONÇA’ para fins de apresentação ao escritório de contabilidade; (...).

Que o Declarante esclarece que todos os empréstimos realizados utilizando-se da C/C 80800-8, Agência 1263, Banco Bradesco, Comercial Amazônia de Petróleo, foram concedidos pela pessoa física do Declarante, uma vez que retirava esse dinheiro da Comercial Amazônia a título de antecipação de lucro e o próprio Declarante, na condição de pessoa física, concedia os empréstimos; que o Declarante nunca se utilizou da estrutura da Comercial Amazônia de Petróleo para concessão de empréstimos, vez que as quantias emprestadas tem como origem o lucro obtido com a atividade empresarial de comércio de combustível;

“Depoimento prestado no dia 27/02/2014:

(...) além de pedir para usar a empresa Comercial Amazônia de Petróleo para fins de solicitação de empréstimo perante o Banco Bic; (...) e que os valores incluem os valores emprestados pelo Depoente a EDER MORAES, bem como os valores fornecidos a este e que foram obtidos mediante empréstimo tomado pela Comercial Amazônia no interesse e a pedido de EDER MORAES (...), que o depoente foi até o apartamento de Chico Galindo, foi recebido por este, tomou um café com este, e entregou um lote de cheques cujo emitente e nominal era a empresa Amazônia Petróleo, contam corrente 80800 do Banco Bradesco, até alcançar a soma de R\$ 1.400.000,00; QUE o Depoente afirma que todas as transferências de sua movimentação bancária de suas empresas Globo Fomento e Comercial Amazônia de Petróleo em favor da empresa Brisa Consultoria/Assessoria foram realizadas a pedido e determinação de EDER MORAES; (...) HUMBERTO BOSAIPO já foi até uma das unidades dos postos do Depoente, denominado posto ANAUÊ – Posto Amazônia 7, localizado próximo à “Ponte Nova” que liga a cidade de Cuiabá e Várzea Grande.”.

Não há como se afastar a força probante dos depoimentos havidos perante o MPF (também utilizados pelo Fisco para tentar lhe atribuir a condição de sócio de fato da recorrente), prova esta homologada judicialmente através do acordo de delação premiada.

No mesmo sentido o empréstimo concedido a empresa MAXPET de propriedade de Joaquim Curvo no valor de R\$ 200.000,00 realizado em 25/10/2010. No depoimento prestado ao MPF (Doc. 01) GÉRCIO MARCELINO MENDONÇA JÚNIOR aduziu às fls. 6 *no que toca à transferência realizada em favor da empresa MAXPET o declarante pontua que concedeu empréstimo, conforme transferência realizada no dia 25.10.2010, da conta 80800-8, Banco Bradesco, da COMERCIAL AMAZÔNIA DE PETRÓLEO, a quantia de R\$ 200.000,00, em favor da MAXPET, e propriedade de Joaquim Curvo; que o empréstimo foi concedido a Joaquim, não sabendo o que ele fez com o dinheiro (...).* 6

Esses pagamentos, realizados diretamente da conta da Recorrente para a empresa MAXPET, estão no rol de pagamentos sem causa que acompanha o auto de infração de IRRF.

Portanto, de acordo com seu raciocínio restaria claro que os depoimentos prestados pelos envolvidos na operação ARARATH são provas **da causa das remessas** realizadas pela Recorrente assim como justificam e **comprovam a origem dos ingressos**, objetos dos autos de infração ora combatidos. No entanto, em que pese a fiscalização ter tido acesso a todos os depoimentos que ensejaram a ação fiscal, essas provas foram sumariamente ignoradas na conclusão do auto de infração. Ora, se todo o procedimento fiscal decorre da apuração do MPF as provas obtidas na investigação não podem ser ignoradas.

Assim é evidente a validade da prova produzida no IPL oriundo da operação Ararath, dentre eles os inegáveis depoimentos prestados pelo Recorrente e que foram homologados através da delação premiada.

Dessa forma, defende a Recorrente que não haveria que se falar em pagamento sem causa, mormente porque através das provas produzidas durante a Operação Ararath, estão minuciosamente identificados os Mútuos realizados pelo sócio da recorrente, para atender ao Grupo político, com a individualização dos valores repassados.

Contudo, após considerados os argumentos de defesa, é necessário contextualizá-los enquanto elementos probatórios, face ao já apontado pela DRJ, no sentido de que é necessário verificar, especificamente, o conteúdo da alegada prova da origem dos valores, a que se referem os Recorrentes. Quanto a isso, foi mencionado na Impugnação, primeiramente, que houve depoimentos prestados junto ao MPF, anteriores à fiscalização. Tal argumento, por si só, não prospera nessa seara, visto que a prova aqui analisada não são vinculadas àquelas tratadas no âmbito do Ministério Público. De certo, apenas, que o conteúdo das informações lá prestadas, e aqui reiteradas, devem ser devidamente comprovadas, se tiverem ligação direta com os fatos geradores, para que se possa concluir acerca dos efeitos tributários.

A fiscalização desconsiderou os valores recebidos da empresa Petrobrás Distribuidora SA, decorrentes do contrato de Promessa de Compra e Venda Mercantil com licença de uso de marca (CNPJ 34.274.233/0001-02) - fl. 479; afirmou que os oconstantes dos extratos bancários, bem como o contrato firmado, seriam provas robustas da origem dos créditos, bem como que os valores teriam sido submetidos à tributação.

Sobre a alegação supra, e compulsando os autos, o D. Julgador DRJ verificou que o auditor considerou os valores da tabela acima como sendo de origem não identificada, conforme se verifica das tabelas de fls. 329 e ss, e dos totais das bases de cálculo do lançamento de fls. 247 e ss. Note-se, porém, que, ainda que o auditor tenha se referido à Petrobrás como sendo o depositante dos referidos TED, conforme planilhas denominadas “omissão de receita 2010 e 2011”, de fls. 329 e ss, não há como se verificar as provas de tal origem, pois, se houve pagamentos por parte da PETROBRAS à Impugnante COMERCIAL AMAZONAS, deveriam ter ocorrido as respectivas retenções do IR Fonte, devendo ser devidamente registrados na DIPJ da Impugnante (as quais foram anexadas aos autos - fls. 95 e ss, bem como fls. 132 e ss, anos-calendários 2010 e 2011, respectivamente), porém, não logrou localizar tais informações nas referidas declarações.

Importante se destacar também que, apesar de os Impugnantes terem anexado o contrato com a PETROBRAS (anexado às fls. 547 e ss), firmado em 01/09/2010, alegando ser tal documento prova robusta dos créditos bancários integrantes da BC do lançamento,

verifica-se nesse referido documento que a autuada é nominada como PROMISSÁRIA – COMPRADORA, ou seja, atuaria como REVENDEDORA, adquirindo produtos da DISTRIBUIDORA de combustíveis (além de obter licença para uso da marca), o que afasta o argumento da suposta prova, pois que não haveria justificativa para ter havido os referidos TED advindos da referida Distribuidora, quando a autuada seria a compradora.

Ainda, com referência às alegações de terem havido diversas operações de MÚTUOS, conforme adotado pela DRJ, verifica-se que o fisco fez as seguintes observações sobre o tema:

- ☐ Não houve provas documentais das alegadas operações (como contrato, prazos, encargos, garantias e comprovante das transferências das operações);
- ☐ Contribuinte alegou não possuir documentos sobre os mútuos, pois seriam operações tácitas, não onerosas, e de prazo indeterminado; e as operações foram realizadas apenas por comando eletrônico
- ☐ Que as operações foram declaradas na contabilidade e na declaração da pessoa física
- ☐ Apresentou planilha contendo as entradas e saídas dos valores.
- ☐ Na falta de apresentação das provas documentais, a fiscalização considerou os lançamentos a crédito como omissão de receita por presunção legal, com base no art. 42 da Lei n. 9.430/96 (nos anos de 2010 e 2011); e considerou os lançamentos bancários a débito como pagamentos sem causa ou a beneficiário não identificado, ante a falta de vinculação e comprovação com qualquer pagamento ou entrega de recursos a terceiros com os quais a empresa mantinha atividade ligada a seu objeto social;
- ☐ Ausência de comprovantes da causa e os respectivos beneficiários dos supostos empréstimos ou mútuos escriturados na conta contábil 1.2.3- Empréstimos a sócios do livro razão;

Conforme bem considerado pela DRJ, para que seja comprovada a relação obrigacional estabelecida em um contrato de mútuo é necessário que haja contrato; segundo, que tal documento possua condições de ateste de sua efetividade, como, por exemplo: a forma escrita; definição do valor mutuado; data da disponibilidade; previsão de cobrança de juros e de prazo de vencimento, assim como deve ser apresentada a prova do pagamento pelo mutuário (e dos juros eventualmente incidentes). No entanto, não houve nada nesse sentido, pelo contrário, o contribuinte alegou, inclusive, não dispor de documentos sobre os mútuos, pois que seriam operações tácitas, não onerosas, e de prazo indeterminado, e que as operações foram realizadas apenas por comando eletrônico, enfraquecendo, portanto a tese defensiva.

- ☐ Sobre as transferências do dia 18/11/2010, nos valores de R\$ 81.166,66, R\$ 20.553,55; R\$ 85.500,00 e R\$ 83.333,33] referiram-se a parte do pagamento do mútuo, sendo cheques da rede de postos do próprio Aldo Locatelli; [...] Aldo Locatelli repassou ao Declarante “muitos e diversos cheques”, todos com valores pequenos, emitidos por clientes da rede de postos de Aldo; esses cheques representaram a maior parte do valor da dívida; [...] o Declarante não ficou com cópia de qualquer dos cheques [...];

□ que em relação aos depósitos realizados pela empresa AJ CAMINHÕES LTDA, na conta-corrente 80800-8, ag. 1263, Bradesco, da Comercial Amazônia de Petróleo, foram pagamentos efetuados a favor de terceiros que tomaram empréstimos com o Declarante, mas não sabe dizer quem teria sido favorecido (relaciona diversos pagamentos efetuados em 2011 e 2012) – fl. 581;

Portanto, em relação às mencionadas declarações, confirma-se que não houve por parte dos Impugnantes controle sobre os documentos relacionados aos supostos mútuos. Inclusive, reitere-se que já havia sido informado à fiscalização que não havia cópias de cheques compensados e demais comprovantes das operações realizadas eletronicamente, conforme fl. 67.

Dando respaldo a confirmação da acusação fiscal, está o próprio pedido de diligência formulado pela Recorrente, no sentido de diligenciar junto as empresas apontadas como remetentes dos valores glosados para que apontem as causas das remessas, visto que ela foi incapaz de demonstrar a causa dos referidos depósitos.

Isto porque, tais respostas apenas corroborariam a suspeita da autoridade fiscal autuante de que ditos adiantamentos nunca tiveram tal natureza, tanto é que a Recorrente não foi capaz de comprovar, para nenhum deles, quer a devolução quer a destinação dos valores como contrapartida a efetivos serviços.

De qualquer forma, comprovar a origem dos recursos não significa apenas identificar o depositante, mas também provar a causa dos recebimentos. No caso, mesmo que o suposto credor tivesse sido identificado como uma empresa do grupo, isso não esclarece sobre a natureza dos recursos e somente documentos hábeis e idôneos trazidos aos autos poderiam elidir a presunção legal de que se trata de receitas.

Por se tratar de uma presunção legal, não cabe ao fisco provar o nexo causal entre os depósitos e o fato que represente a omissão das receitas, sendo este ônus da Recorrente, a qual dele não se desincumbiu, não sendo cabível neste ponto a realização de diligência para buscar prova da origem para o crédito realizado pela ENCOMIND, na data de 19/04/2010, mediante uma só transferência no valor de R\$ 6.570.000,00 (seis milhões, quinhentos e setenta mil reais), na conta corrente 80800, Agência 80800, Agência 263, Banco Bradesco, da Recorrente; ou prova da origem da transferência de R\$ 2.485.000,00 (dois milhões, quatrocentos e oitenta e cinco mil reais) feita pela TODESCHINI em favor da Recorrente, ao passo que tais demonstrações deveriam ter sido por ela feitas em momento oportuno.

Por outro lado, a Recorrente demonstra que parte dos valores tratados como pagamento sem causa, ou com omissão de receitas, não representam pagamentos ou ingressos na Recorrente, o que implicaria na precariedade do trabalho fiscal, estando incorretos e devendo ser expurgados dos lançamentos os seguintes valores:

Redução de saldo devedor - As planilhas de omissão de receitas e de pagamentos sem causa trazem valores que não podem ser considerados receita e muito menos pagamentos sujeitos a incidência de IRRF. A redução de saldo negativo em uma conta bancária não representa ingresso de receita ou saída de numerário.

Logo na primeira página da planilha de omissão de receitas é possível identificar o lançamento de **24/03/2010** no valor de R\$ 9.381,00 cujo histórico aponta como redução e saldo devedor. Esse mesmo valor, R\$ 9.381,00, consta na página 4 da planilha de pagamento sem causa com o mesmo histórico redução de saldo devedor. No dia **19/02/2010**

também há um lançamento de R\$ 49.818,87 com o histórico de redução de saldo devedor. Esse mesmo valor, R\$ 49.818,87, consta na página 3 da planilha de pagamento sem causa com o mesmo histórico redução de saldo devedor. No dia **10/09//2010** também há um lançamento de R\$ 61.752,70 com o histórico de redução de saldo devedor. Esse mesmo valor, R\$ 61.752,70, consta na página 4 da planilha de pagamento sem causa com o mesmo histórico redução de saldo devedor.

Plano de Previdência Privada: No dia 30/12/2010 há um registro de uma saída da conta da Recorrente no valor de R\$ 300.000,00, cuja descrição na planilha de Pagamentos sem causa que integra o auto de infração de IRRF já é suficiente para denotar que não se trata de operação sem causa. Com efeito, consta no histórico que a saída se refere a aporte em plano de vida e previdência em favor do sócio da Recorrente. Uma vez comprovado o destinatário da operação e a sua natureza não há como justificar a acusação de pagamento sem causa. É preciso registrar que desde a Impugnação a Recorrente demonstra que essa remessa é destinada a seu sócio a título de empréstimo o que não pode ser mais uma vez sumariamente desconsiderado.

Feitas essas considerações, quando aos dois itens acima, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir dos lançamentos os valores demonstrados como redução de saldo negativo e plano de previdência privada.

PIS E COFINS

Nas razões de recurso voluntário, é demonstrado o equívoco no enquadramento da Recorrente (empresa tributada pelo lucro real anual) no regime cumulativo de apuração do PIS e da COFINS conforme previsão da Lei nº 9.718/98., fundamento dos Autos de Infração.

Isso porque, as Leis nº 10.637/02 e 10.833/03 estabeleceram como regra o regime não cumulativo de apuração do PIS e da COFINS. Assim, os Autos de infração são improcedentes em relação à exigibilidade do Pis e da Cofins.

Isto porque, as receitas apontadas como omitidas foram apuradas com o uso de presunção legal e não correspondem a nenhuma das exceções ao regime não cumulativo previsto na legislação. Aliás, como a própria DRJ reconhece no parágrafo 5.56 note-se que não é possível identificar nos autos, de forma positiva e factível, a que se referiram todos os valores constantes da base de cálculo do tributo lançado (fls. 848).

Portanto, os lançamentos efetuados são improcedentes neste aspecto, eis que foram confeccionados com base em regime jurídico distinto do determinado pelos comandos legais para as pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real como a Recorrente.

Nota-se que nos termos do delatado a atividade desenvolvida pela autuada era de repasse de valores e não de empréstimo, de maneira que não cabe a analogia pretendida pela autoridade fiscal, no sentido de tratá-la como factoring, até porque, conforme item 38 do TVF, a autuada não possuía lastro suficiente para relacionar os contratos de mútuos, saques, retiradas, com a atividade principal da empresa, posto que foram tratadas como operações sem causa comprovada.

De maneira que não havendo causa comprovada, apuração teria que ser pelo lucro real, no regime não-cumulativo e lançado a base de 9,5% e não 13,5% que é a base de

factoring para o regime cumulativo, justamente pela falta de comprovação de que seria factoring, conforme descrito na base legal para autuação

Por essas razões, voto pela improcedência da acusação fiscal em relação a autuação do Pis e Cofins por conta do desvistamento da aplicação da alíquota, em razão da eleição de regime equivocado por parte da autoridade fiscal.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Na autuação, foi ainda atribuída responsabilidade solidária ao sócio da empresa Gaércio Marcelino Mendonça Júnior.

Isto porque conforme os fatos relatados no TVF o sr. Gério era tanto sócio como administrador da empresa autuada, e, segundo denúncia do MPF (e também segundo as declarações do próprio sr. Gério, então delator), também era o operador financeiro de um grupo político do Estado do Mato Grosso, manipulando pessoalmente movimentação financeira vultosa através de suas empresas, principalmente a Comercial Amazônia de Petróleo Ltda, e efetuando diversos pagamentos a PFs e PJs através de operações que não faziam parte dos negócios normais da empresa, operações essas contabilizadas como “operações mútuo júnior”.

Reitere-se, inclusive, o que o Imputado responsável declarou ao MPF (conforme mencionado nesse voto), que recebera pagamento da ENCOMIND no valor de R\$ 3.430.000,00, através dos TEDs de 23/04/2010, 26/04/2010 e 27/04/2010, todos de R\$ 1 milhão, e uma quarta transferência de R\$ 430 mil, em 28/04/2010; que tais pagamentos *não eram referentes a vendas efetuadas a ENCOMIND, mas para justificar uma operação dissimulada de fomento efetuada em 2009*; que tais pagamentos foram feitos no interesse do grupo Eder Moraes, Silval Barbosa e Blairo Maggi. Tais declarações, a meu pensar, confirmam a própria denúncia do MPF, de que o sr. Gério encobria operações dissimuladas de outras empresas e de agentes políticos do Estado do Mato Grosso.

Nota-se que o contexto descrito, se amoldaria ao artigo 135, III, do CTN, contudo a acusação fiscal aponta como causa da imputação de responsabilidade ao solidário, a presença do interesse comum prevista no art. 124, I, do CTN, dispositivo de lei que inclusive foi transcrito no lançamento.

Contudo, para que houvesse a responsabilização do Sr. Gaércio nos termos do art. 124, I do CTN conforme pretendido pela autoridade autuante, era necessária a demonstração do efetivo benefício por ele aferido em razão da sua conduta, uma vez que a ação de não pagar tributo, por si, só, ao menos ao meu ver, não pode ser entendida como apta a caracterização de interesse comum.

Nestes termos, afasto a responsabilidade solidária.

RECURSO DE OFÍCIO - MULTA QUALIFICADA.

Houve recurso de ofício contra o Acórdão DRJ que afastou a qualificação da multa por entender ausentes as provas sobre a verdadeira natureza dos valores referentes aos extratos bancários impertinente seria afirmar que houve mudança da natureza e circunstâncias materiais do fato gerador da obrigação tributária, conforme preceitua o art. 71, da Lei n. 4.502/64 (hipótese de sonegação).

Para a conformação da hipótese de fraude o fato gerador da obrigação principal teria que estar devidamente demonstrado e claro qual a forma dolosa utilizada para

retardar ou impedir a ocorrência do FG da omissão direta, descabendo que o fato gerador seja relacionado à omissão por presunção. Demonstrado que o fisco não foi capaz de provar qual a atividade a que os valores (dos extratos bancários) se refeririam, e que, apenas pelo fato de estar sob o amparo legal da presunção se utilizou desse recurso, deve-se afastar a hipótese do art. 72, da Lei n. 4.502/64.

De igual forma, aplica-se à hipótese de conluio. É impertinente no âmbito administrativo de julgamento tratar de hipótese de multa confiscatória e redução do percentual a patamar não previsto em lei, visto que os trabalhos de fiscalização e julgamento administrativo são estritamente vinculados à lei. Reduzi-se de 150% para 75% a multa de ofício, pela ausência de comprovação das hipóteses de fraude, sonegação e conluio.

Ao meu ver, a decisão de piso não merece reparos, vez que, de fato, não se admite a qualificação da multa com base em meras presunções ou ilações da autoridade lançadora, sem fundamento legal e sem a devida individualização da conduta.

Não basta, para fins de qualificação da multa, apoiar-se apenas em argumentos quanto a razoabilidade da conduta do contribuinte, ao apontar simplesmente que com relação à infração descrita no item 4 – Omissão de receitas – Notas fiscais de venda não contabilizadas, as circunstâncias descritas revelam de forma inequívoca a intenção firme e consciente do contribuinte no sentido de suprimir tributo devido à fazenda pública federal, mediante sonegação, fraude e conluio praticados de forma dolosa e agravam o valor da multa imposta, sem mencionar precisamente quais as circunstâncias e o efetivo ato fraudulento ou doloso praticado.

Até porque, embora em momento tardio (durante o procedimento de diligência) o contribuinte trouxe para os autos as notas fiscais ditas a princípio como ocultadas, documentos estes que permitiram inclusive reconhecer a redução da base de cálculo da CSLL e IRPJ.

Conforme reiterada jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, a qualificação da multa pressupõe a prova inequívoca sobre a intenção do agente em fraudar o fisco. Meras ilações de ordem subjetiva são incapazes de suportar lançamento de multa agravada, ainda mais quando a sua manutenção implica necessariamente em juízo persecutório penal ao fim do processo administrativo e desprezo ao disposto no artigo 112, II do CTN:

"Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

(...)

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;"

Nesse sentido, 2a. Turma da 2a. Câmara da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF deste E. Sodalício:

COMPROVADA – MULTA QUALIFICADA.

Para que possa ser aplicada a penalidade qualificada prevista, à época do lançamento em apreço, no artigo 44, inciso II, da Lei n.

9.430/96, a autoridade lançadora deve coligir aos autos elementos comprobatórios de que a conduta do sujeito passivo está inserida nos conceitos de sonegação, fraude ou conluio, tal qual descrito nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. **Q EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE NÃO SE PRESUME E DEVE SER DEMONSTRADO PELA FISCALIZAÇÃO. NO CASO, O DOLO QUE AUTORIZARIA A QUALIFICAÇÃO DA MULTA NÃO RESTOU COMPROVADO, CONFORME BEM EVIDENCIADO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO.** A omissão de rendimentos por dois exercícios consecutivos ou a ausência de apresentação de declarações de ajuste anual, isoladamente, sem nenhum outro elemento adicional, não caracterizam o dolo. Ademais, diante das circunstâncias duvidosas, tem aplicação ao feito a regra do artigo 112, incisos II e IV, do CTN. (Acórdão nº 9202-00.971. Processo n. 14041.000301/2004-01. Recurso nº 149.607 Especial do Procurador. Sessão de 17 de agosto de 2010). No mesmo sentido: CSRF - 2a. Turma da 2a. Câmara, Acórdãos n.s 9202-00.969, 9202-00.910 e 9202-00.909.

No mesmo sentido, 1ª Turma da CSRF:

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA . INAPLICABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE. Nos lançamentos de ofício para constituição de diferenças de tributos devidos, não pagos ou não declarados, via de regra, é aplicada a multa proporcional de 75%, nos termos do art. 44, inciso I, da Lei 9.430/1996. A qualificação da multa para aplicação do percentual de 150%, depende não só da intenção do agente, como também da prova fiscal da ocorrência da fraude ou do evidente intuito desta, caracterizada pela prática de ação ou omissão dolosa com esse fim. Na situação versada nos autos não restou cabalmente comprovado o dolo por parte do contribuinte para fins tributário, logo incabível a aplicação da multa qualificada. Acórdão n.º 9101-001.403 - Processo n.º 11020.004863/200719. Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF. 1ª Turma. Sessão de 17 de julho de 2012.

Não bastasse a reiterada jurisprudência da CSRF do CARF, é de se observar a Súmula CARF n. 14, assim redigida:

"A simples apuração de omissão de receita e 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".

De forma que correta a desoneração da qualificadora conforme decidido na origem.

Pelo exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário para afastar os valores demonstrados como redução de saldo negativo e plano de previdência privada, negar provimento ao recurso de ofício no que se refere à qualificação da multa de ofício e manter a responsabilidade do solidário.

(assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin - Relatora.

Voto Vencedor

Conselheiro Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa - Redator Designado

Fui designado para redigir o voto vencedor em relação à manutenção da multa qualificada.

Em que pese o voto da I. Conselheira Luciana, entendo que as provas acostadas ao processo demonstram que a conduta perpetrada pela ora recorrente superou a fronteira da mera inadimplência fiscal ou ainda do planejamento tributário fiscal, ainda que abusivo.

O § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 estabelece que a multa de ofício (75%) deverá ser duplicada quando verificadas as hipóteses previstas nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964, respectivamente, transcritos abaixo:

Lei nº 9.430/1996

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Lei nº 4.502/1964

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Pela dicção da redação da Lei nº 4.502/1964, deve-se comprovar a ação ou omissão dolosa tendente a ocultar, do conhecimento do fisco, a ocorrência do fato gerador.

O elemento dolo não é representado pelos atos praticados, pela exteriorização destes; característica marcante dos elementos objetivos do tipo penal. O dolo é representado pelo elemento subjetivo do tipo, que se perfaz pela intenção do agente em praticar tal conduta, descrita na norma como ilícita. Para a sua configuração, dever-se-ia buscar internar-se na mente do praticante da conduta para perceber qual era a sua intenção, se lícita ou ilícita. Entretanto, como isso não é possível, busca-se interpretar a exteriorização dos atos e, assim, constatar se houve, ou não, má-fé na prática da conduta.

No caso concreto, porém, há a confissão do sócio-administrador da recorrente, Sr. Gercio Marcelino Mendonça Junior, de que se montou um arquétipo com o objetivo de praticar crime de lavagem de dinheiro, conforme se depreende da leitura do termo de delação premiada constante no IPL nº 182/201, acostado neste processo como "arquivo não paginável" (pág. 1 do arquivo denominado "Resumo dos IPLs):

O inquérito policial indicado demonstra que as empresas Globo Fomento Ltda e Comercial Amazônia de Petróleo Ltda, além de seus sócios e de empresas relacionadas com estas, estão a realizar atividades privativas de instituição financeira sem autorização do Banco Central do Brasil, bem como auxiliar terceiros criminosos a ocultar e dissimular a natureza de recursos provenientes de atividades ilícitas, fatos que configuram, em tese, crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, de Lavagem de Ativos e de quadrilha (artigos 16 da Lei nº 7.492/86, artigo 1º, incisos V, VI e VII da Lei nº 9.613/98 e 288 do Código Penal).

Este é o ponto de partida para a caracterização da sonegação fiscal, mas não é o que inevitavelmente demonstra a conduta ilícita (sonegação, fraude e conluio) praticada pela recorrente, pois poderia a empresa pagar pelos tributos decorrentes dos ingressos de numerários em suas contas-correntes, não deixando surgir a imputada omissão de receitas, e posteriormente repassar a quem fosse os recursos advindos de tais ingressos - ressalvo que esta é apenas uma hipótese, pois se sabe que todo o procedimento teve como intento a prática de crime de lavagem de dinheiro -.

O que quero dizer é que a recorrente confessa toda a estrutura criminosa por ela implementada e, para tanto, ainda deixa de recolher tributo que sabia devido.

Este é o ponto central que me faz entender que a recorrente tenha praticado o crime de sonegação e fraude fiscal, nos termos dos artigos 71 e 72 da lei nº 4.502/1964. A fiscalização tratou da fraude fiscal, conforme trecho do Termo de Verificação Fiscal (e-fl. 410):

O Sr. Gercio Marcelino Mendonça Junior, conforme denuncia do MPF da Operação Ararath, era o operador financeiro do grupo político do Estado do Mato Grosso e manipulação uma grande movimentação financeira através de suas empresas, principalmente a Comercial Amazônia de Petróleo Ltda, para efetuar os pagamentos as PF's e PJ's do esquema envolvido. E toda essa movimentação financeira efetuada pela Comercial Amazônia de Petróleo Ltda que não fazia parte de seus negócios "normais" foi contabilizada como "**OPERAÇÕES MÚTUO JUNIOR**", com o intuito de fraudar o Fisco; ou seja, omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação

tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Além da fraude, vejo também que o interesse da recorrente era muito mais omitir do conhecimento da autoridade fiscal a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária (sonegação fiscal) do que meramente a apresentação de declaração inexata, ou seja, não se pode admitir simplesmente que houve erro de informação, uma vez que a fiscalização alcançou dois anos subsequentes, e, como visto, houve omissão de receitas em todos os meses de cada ano-calendário.

Quero dizer, não se trata de uma situação isolada, de valor de pequena monta, não reincidente, que se poderia interpretar como mero erro material; enfim, situada dentro do campo da inadimplência. Trata-se de fatos que se enquadram de forma inequívoca na definição de sonegação e fraude fiscal, pois demonstram o desígnio deliberado, por parte da empresa recorrente, de impedir tanto a ocorrência do fato gerador quanto o conhecimento por parte da autoridade fazendária de sua ocorrência.

Diante do exposto, voto por dar provimento ao recurso de ofício, mantendo a multa qualificada em 150%.

(assinado digitalmente)

Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa