



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

Processo n° 10240.721190/2012-75
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-001.819 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de setembro de 2014
Matéria OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS
Recorrente C. M. DE ANDRADE - ME (CONTRIBUINTE), OSVALDINO RODRIGUES DE SOUZA (COBRIGADO) e ILDIVALDO RODRIGUES DE SOUZA (COBRIGADO)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS E VALORES CREDITADOS EM CONTA BANCÁRIA. ORIGEM NÃO COMPROVADA. ÔNUS DA PROVA.

A Lei nº 9.430/96, em seu art. 42, estabeleceu a presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta corrente ou de investimento.

LUCRO. ARBITRAMENTO. ESCRITURAÇÃO. FALTA DE APRESENTAÇÃO.

Sujeita-se ao arbitramento de lucro o contribuinte que deixar de apresentar à autoridade tributária livros e documentos da escrituração comercial e fiscal.

LANÇAMENTOS DECORRENTES. CSLL. PIS. COFINS

A solução dada ao litígio principal, relativa ao IRPJ, aplica-se, no que couber, aos lançamentos decorrentes, quando não houver fatos ou argumentos a ensejar decisão diversa.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2008

FASE PROCEDIMENTAL. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. IMPUGNAÇÃO. INÍCIO DE FASE LITIGIOSA.

Durante o procedimento fiscal, em regra, não há que se falar em direito à ampla defesa e ao contraditório. O litígio instaura-se com a apresentação de impugnação, momento a partir do qual deve ser observado o amplo direito à

defesa e ao contraditório. O auto de infração que descreve corretamente os fatos que ensejam a conclusão quanto à ocorrência do fato gerador da obrigação principal, das penalidades cominadas e atribuição de corresponsabilidade tributária não pode ser tachado de imotivado. Ausente prejuízo ao contribuinte, não há que se falar em nulidade do lançamento.

MPF. INSTRUMENTO DE CONTROLE INTERNO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O Mandado de Procedimento Fiscal - MPF é mero instrumento de controle interno com impacto restrito ao âmbito administrativo.

Ainda que ocorram problemas com a emissão, ciência ou prorrogação do MPF, que não é o caso dos autos, não são invalidados os trabalhos de fiscalização desenvolvidos. Isto se deve ao fato de que a atividade de lançamento é obrigatória e vinculada, e, detectada a ocorrência da situação descrita na lei como necessária e suficiente para ensejar o fato gerador da obrigação tributária, não pode o agente fiscal deixar de efetuar o lançamento, sob pena de responsabilidade funcional.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA.

Incabível na esfera administrativa a discussão de que uma determinada norma legal não é aplicável por ferir princípios constitucionais, pois essa competência é atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário, na forma dos artigos 97 e 102 da Constituição Federal. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO.

A vedação quanto à instituição de tributo com efeito confiscatório é dirigida ao legislador e não ao aplicador da lei.

MULTA QUALIFICADA. COMPROVAÇÃO DE DOLO.

Justifica-se a aplicação da multa no percentual de 150% quando restar demonstrado que o contribuinte agiu de forma dolosa, com o propósito de impedir ou retardar, o conhecimento por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Nas hipóteses em que não restar configurado o intuito doloso, aplica-se a penalidade de 75%, agravada em 50% pelo não atendimento as intimações lavradas no decorrer do procedimento fiscal.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008

SUJEIÇÃO PASSIVA. SOLIDARIEDADE. RESPONSABILIDADE. INTERESSE COMUM.

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Comprovada a utilização de pessoa jurídica de modo fraudulento, por pessoas físicas e jurídicas que dela se utilizaram como meio de fugirem da tributação, deve a

responsabilidade tributária recair sobre essas pessoas que se beneficiaram do ilícito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, rejeitar as preliminares de nulidade, e no mérito, dar provimento parcial ao recurso para reduzir a multa de ofício ao percentual de 112,50%. Ausente o Conselheiro Carlos Pelá. Participou do julgamento o Conselheiro Sergio Luiz Bezerra Presta.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo de Andrade Couto, Paulo Roberto Cortez, Rogério Aparecido Gil (suplente convocado) e Sergio Luiz Bezerra Presta (suplente convocado).

Relatório

C. M. DE ANDRADE – ME, OSVALDINO RODRIGUES DE SOUZA e ILDIVALDO RODRIGUES DE SOUZA recorrem a este Conselho, com fulcro no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 1972, objetivando a reforma do acórdão nº 0945.900 da 1ª Turma da Delegacia de Julgamento em Juiz de Fora/MG, que julgou improcedente a impugnação apresentada.

Por bem refletir o litígio até aquela fase, adoto o relatório da decisão recorrida, complementando-o ao final:

Contra a contribuinte acima identificada foram lavrados autos de infração de IRPJ, CSLL, Cofins e Contribuição para o PIS/Pasep, que lhe exigem um crédito tributário relativo ao ano-calendário de 2008, no valor total de R\$ 1.609.428,25, com juros de mora calculados até outubro de 2012.

Na “Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is)” constante dos autos de Infração, foram constatadas as seguintes infrações:

IRPJ

*0001 OMISSÃO DE RECEITA POR PRESUNÇÃO LEGAL
DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA*

CSLL

*0001 OMISSÃO DE RECEITA
FALTA DE RECOLHIMENTO DA CSLL DEVIDA SOBRE RECEITAS
DA ATIVIDADE OMITIDAS*

COFINS

*0001 INCIDÊNCIA CUMULATIVA PADRÃO
OMISSÃO DE RECEITA SUJEITA À COFINS*

PIS/PASEP

*0001 INCIDÊNCIA CUMULATIVA PADRÃO
OMISSÃO DE RECEITA SUJEITA À CONTRIBUIÇÃO PARA O*

PIS/PASEP

No Termo de Verificação Fiscal – TVF, anexo aos autos de infração, consta, em síntese, que a autoridade lançadora, após um relato detalhado dos fatos, apurou práticas e infrações que implicaram no arbitramento do lucro (art. 3º da Lei n.º 9.249/95; art. 42 da Lei n.º 9.430/96 c/c art. 537 do RIR/99; art. 47 da Lei n.º 8.981/95; e art. 530, inciso III, do RIR/99), sendo constituído crédito tributário de IRPJ e seus reflexos, CSLL, Cofins e Contribuição para o PIS/Pasep, além da aplicação de multa de ofício, qualificada e agravada, no percentual total de 225% (art. 44, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei n.º 11.488/07), e juros de mora à taxa SELIC (art. 61, § 3º, da Lei n.º 9.430/96).

Além disso, ficou caracterizada a sujeição passiva solidária dos Srs. Osvaldino Rodrigues de Souza e Ildivaldo Rodrigues de Souza, em face do interesse comum na situação que constituiu o fato gerador ocorrido na empresa, consoante relatado no TVF.

Registre-se que os responsabilizados pelo crédito tributário constituído, Srs. Osvaldino Rodrigues de Souza e Ildivaldo Rodrigues de Souza, apresentaram impugnações em separado da empresa autuada, valendo-se de seu direito de defesa conferido constitucionalmente. Não obstante isso, exceto pelo fato de ambos questionarem a sujeição passiva solidária a eles atribuída, os termos, expressões, argumentos e pedidos contidos em suas razões de defesa e as da empresa autuada, guardam identidade de conteúdo e de forma entre si, ou seja, são idênticos. Disso resulta que a análise aqui a ser feita servirá, ao mesmo tempo, para todas as impugnações apresentadas.

A contribuinte, por sua vez, através dos seguintes tópicos, em suma, assim se defendeu:

- 1. OS FATOS;**
- 2. DA PRELIMINAR DE NULIDADE PELA NÃO TRIBUTAÇÃO DOS VALORES PRESUMIDOS LEGALMENTE PELA AUTORIDADE TRIBUTÁRIA;**
- 3. DO ERRO NO ENQUADRAMENTO LEGAL;**
- 4. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE;**
- 5. O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO – FALTA DOS MOTIVOS DE DIREITO;**
- 6. DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO MPF POR VÍCIO FORMAL;**
- 7. DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA;**
- 8. DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA;**
- 9. DA IMPROCEDÊNCIA E DA ILEGALIDADE DOS LANÇAMENTOS EFETUADOS COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS;**
- 10. DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE DA MULTA APLICADA – DO AFRONTO AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE CONFISCO;**
- 11. DA OFENSA À CAPACIDADE CONTRIBUTIVA;**
- 12. DA PROVA ILÍCITA;**
- 13. DA MULTA AGRAVADA;**
- 14. DO PEDIDO.**

Registre-se que, nas defesas apresentadas, os sujeitos passivos se utilizaram, por diversas ocasiões, de posicionamentos doutrinários e

Processo nº 10240.721190/2012-75
Acórdão n.º **1402-001.819**

S1-C4T2
Fl. 1.028

jurisprudenciais (administrativos e judiciais), para fundamentar seu entendimento.

Ver datas intimações e apresentações de recursos.

Os recursos apresentados possuem o mesmo conteúdo, repetindo argumentos utilizados nas respectivas impugnações.

É o relatório.

Voto

Conselheiro FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Relator

Os recursos são tempestivos e preenchem os demais pressupostos de admissibilidade. Portanto, deles tomo conhecimento.

Trata-se de analisar lançamento referente ao IRPJ e reflexos, cujo substrato decorre de omissão de receitas, decorrente de depósitos bancários sem origem justificada, da qual se obteve a base para o arbitramento do lucro.

Houve aplicação de multa qualificada e agravada (225%) e foi cominada responsabilidade tributária aos coobrigados indicados nos termos competentes.

Passo à análise das questões controvertidas.

1 PRELIMINARES

1.1 SIGILO BANCÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE. NULIDADE

Entre os direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, XII, assegura que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.” Entre os dados cuja a inviolabilidade está assegurada, nos dizeres da Recorrente, encontra-se o sigilo bancário, somente sendo admitido seu acesso, com ordem judicial, para fins criminais.

Da leitura da norma constitucional acima transcrita depreende-se que o legislador constituinte estabeleceu limites ao legislador ordinário, isto é, somente permitiu a edição de lei regulando o acesso ao sigilo bancário mediante duas condições: a) para fins de investigação criminal; b) mediante ordem judicial.

Da leitura da norma constitucional acima transcrita depreende-se que o legislador constituinte estabeleceu limites ao legislador ordinário, isto é, somente permitiu a edição de lei regulando o acesso ao sigilo bancário mediante duas condições: a) para fins de investigação criminal; b) mediante ordem judicial.

O ponto principal do recurso em que se baseia o recurso é se o legislador ordinário poderia ter editado a Lei Complementar nº 105, de 2001 e a Lei nº 10.147, de 2001, outorgando poderes à Administração para requisitar a movimentação financeira dos contribuintes. Mais, além desta indagação há que se verificar se o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão da Administração que é, tem competência para conhecer e julgar questões afetas à constitucionalidade das leis.

Inicialmente, observo que sancionada determinada lei ela entra no sistema jurídico e presume-se constitucional até que seja declarada sua inconstitucional, retirando-a do sistema ou impedindo sua aplicação em relação ao caso concreto, isto é “inter partes”. Por outro lado, o Judiciário pode deixar de aplicar lei que a considere inconstitucional, contudo, o mesmo não se aplica em relação à Administração. A razão desta lógica é que o Estado-Administração não pode avocar para si a prerrogativa de julgar a constitucionalidade ou não de lei. Tal prerrogativa, por força das previsões contidas nos artigos 97, 102, I, compete ao Poder Judiciário.

À luz do artigo 103, I, da Constituição Federal, o chefe do Poder Executivo, no caso o Presidente da República, tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade sustentando que determinada lei viola da Constituição. Contudo, nem o Presidência da República e tampouco os demais órgãos da Administração podem deixar de cumprir lei sob o pretexto de que esta viola norma Constitucional. Neste sentido, à luz do artigo 26-A, § 6º, I, do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, a seguir transcrito, os Conselheiros do Carf somente podem deixar de aplicar lei sob o fundamento de inconstitucionalidade após o Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, em controle concentrado ou difuso, por decisão definitiva, ter reconhecido a inconstitucionalidade da norma.

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

....

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Sobre a matéria este Conselho já pacificou seu entendimento por meio da Súmula nº 2, cujo teor é o seguinte:

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

Não desconheço que em 15/12/2010, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, proferiu decisão que pode ser sintetizada na ementa abaixo transcrita, publicada no DJe-086 em 10-05-2011:

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.

SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

Ocorre que o acórdão exarado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, com a ementa acima transcrita, foi desafiado por embargos de declaração, com pedido de modificação da decisão.

Pelo que apurei em pesquisa realizada, os citados embargos foram recebidos por despacho datado de 07/10/2011 e ainda encontram-se pendentes de julgamento.

Assim, por estarmos diante de acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal que não transitou em julgado, com base na decisão resultante do RE 389.808/PR, não é possível, nesta instância administrativa, deixar de aplicar as disposições constantes na Lei Complementar nº 105, de 2001 e na Lei nº 10.174, de 2001.

Ainda em relação ao tema, em 20/11/2009, ao examinar o Recurso Extraordinário nº 601.314/MG, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, quanto à matéria, a existência de repercussão geral, nos termos do artigo 543-B, do Código de Processo Civil. Neste sentido, segue a ementa da decisão:

CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao fisco, sem prévia autorização judicial (lei complementar 105/2001). Possibilidade de aplicação da lei 10.174/2001 para apuração de créditos tributários referentes a exercícios anteriores ao de sua vigência. Relevância jurídica da questão constitucional. existência de repercussão geral.

Neste sentido, quer da análise do Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, ou do Recurso Extraordinário nº 601.314/MG, não se identifica decisão definitiva do STF reconhecendo a inconstitucionalidade das normas invocadas pela recorrente.

Quanto ao procedimento para acesso às informações bancárias diretamente pela Receita Federal, convém tecer alguns comentários adicionais.

A respeito da suposta quebra de sigilo bancário, convém reforçar que o parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, estabelece que as informações e documentos obtidos pela RFB junto às instituições financeiras serão conservados em sigilo.

No mesmo sentido, o mesmo diploma legal estabelece em seu art. 1º, § 3º, VI, que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos seus arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 10.

Para preservar a inviolabilidade do direito constitucional que as pessoas têm à intimidade e à privacidade, preceitua o § 5º do art. 5º da precitada LC que: "As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor". Relativamente ao sigilo fiscal, vigora o art. 198 do Código Tributário Nacional, lei materialmente complementar, que, no seu caput, de acordo com a nova redação atribuída pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, assim dispõe: "Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades". Portanto, as informações bancárias sigilosas são transferidas à administração tributária da União sem perderem a proteção do sigilo.

Argumenta também a Recorrente que o procedimento fiscal seria nulo em razão de suposta “quebra” de seu sigilo bancário, bem como cerceamento do seu direito de defesa em razão dos exíguos prazos para apresentação da documentação referente aos depósitos bancários.

A nulidade no processo administrativo fiscal é regulada pelos arts. 59 a 61 do Decreto 70.235, de 06 de março de 1972, e alterações posteriores, abaixo transcritos:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1.º. A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2.º. Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3.º. Quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Acrescido pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993)

*Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior **não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo**, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio. (grifo nosso)*

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

A despeito do já exposto, no caso concreto não há qualquer dúvida quanto à ausência de prejuízo ao contribuinte, tanto que, conseguiu defender-se plenamente.

A respeito dos supostos prazos exíguos para comprovação dos depósitos, melhor sorte não lhe socorre. Isso porque, compulsando os autos, não se encontra qualquer prorrogação de prazo requerida pelo sujeito passivo, esquivando-se da apresentação de documentação que poderia, em tese, comprovar a origem dos créditos em suas contas bancárias. Não há qualquer indicação de que a ausência de apresentação de documentos tenha qualquer relação com os prazos fixados pela autoridade fiscal. Tanto que em sede de impugnação e recurso voluntário também não se anexou um só documento que infirmasse as conclusões fiscais.

Ademais, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa na fase inquisitorial do procedimento fiscal, uma vez que a fase litigiosa somente se inicia com a apresentação da impugnação (art. 14 do Decreto nº 70.235, de 1972), momento a partir do qual o contraditório e a ampla defesa devem ser observados de forma ampla. No decorrer do procedimento de fiscalização o agir da autoridade fiscal se deu em estrito cumprimento das normas estabelecidas, inclusive quanto à intimação prévia para comprovação da origem dos

créditos bancários, conforme estatui o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Quisesse o contribuinte poderia ter solicitado prorrogação de prazo, ou apresentado a documentação pertinente em sede de impugnação, ou até mesmo, acompanhando seu recurso voluntário. Mas assim não o fez.

1.2 MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL

Em relação à arguição de nulidade em razão de supostos vícios no Mandado de Procedimento Fiscal, mais uma vez não se pode acolher os argumentos entabulados pelos Recorrentes.

À época do início do procedimento fiscal, relativamente ao planejamento das atividades fiscais e execução de procedimentos fiscais no âmbito da Receita Federal do Brasil, vigia a Portaria RFB nº 11.371, de 2007. Na data da lavratura dos autos de infração (30 de agosto de 2011), a norma que regulava o tema, em especial as regras para expedição e prorrogação de Mandados de Procedimento Fiscal, era a Portaria RFB nº 3.014, de 19 de junho de 2011.

Por meio das normas antes referidas se disciplinou a expedição do MPF – Mandado de Procedimento Fiscal que se constitui em elemento de controle da administração tributária. Eventual inobservância dos procedimentos e limites fixados por meio do MPF, salvo quando utilizado para obtenção de provas ilícitas, não gera nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal.

O Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, constitui-se em instrumento de controle criado pela Administração Tributária tanto para fins de controle interno, quanto para dar segurança e transparência à relação fisco-contribuinte, assegurando ao sujeito passivo que o agente fiscal indicado recebeu da Administração a incumbência para executar a ação fiscal. Pelo MPF o Auditor-Fiscal está autorizado a dar início ou a levar adiante o procedimento fiscal. Se ocorrerem problemas com emissão ou a prorrogação do MPF estes não invalidam os trabalhos de fiscalização desenvolvidos. Isto se deve ao fato de que a atividade de lançamento é obrigatória e vinculada, e, detectada a ocorrência da situação descrita na lei como necessária e suficiente para ensejar o fato gerador da obrigação tributária, não pode o agente fiscal deixar de efetuar o lançamento, sob pena de responsabilidade funcional.

Salvo nos casos de ilegalidade, a validade do ato administrativo é subordinada ao autor ser titular do cargo ou função a que tenha sido atribuída a legitimação para a prática daquele ato. Assim, legitimado o Auditor-Fiscal para constituir o crédito tributário mediante lançamento, não há o que se falar em nulidade por falta de prorrogação do MPF que se constitui em instrumento de controle da Administração.

A não prorrogação do MPF ou a sua não ciência ao contribuinte, por si só não gera nulidade do lançamento.

Ademais, no caso concreto, o procedimento fiscal transcorreu absolutamente nos moldes estabelecidos pelas normas infralegais que regem a matéria.

Como bem asseverou a decisão recorrida, *“Não obstante o anteriormente exposto, tendo por base os documentos fiscais anexados aos autos, pode-se afirmar que foram observados todos os quesitos atinentes à correta instauração do procedimento fiscal e à formalização da exigência, não tendo sido evidenciada nenhuma irregularidade no que diz*

respeito à aplicação das disposições contidas nas Portarias RFB n.ºs 11.371, de 12/12/2007, e 3.014, de 29/06/2011”.

Por tais razões, rejeito também a arguição de nulidade do lançamento sustentada em vícios no Mandado de Procedimento Fiscal.

1.3 CONCLUSÕES QUANTO ÀS ARGUIÇÕES DE NULIDADE

No que tange aos demais pontos levantados, quais sejam, falta de motivação da descrição exata e precisa dos motivos de fato e de direito que serviram de fundamento para o lançamento, e discussões a respeito da validade do lançamento com base em depósitos bancários cuja origem não foi devidamente comprovada pelos Recorrentes, outra sorte não lhes merece. A descrição dos fatos foi elaborada de maneira satisfatória pela autoridade autuante, descrevendo perfeitamente qual a motivação para considerar-se ocorrido o fato gerador da obrigação principal, bem como em relação à penalidade cominada e aos pressupostos da responsabilidade tributária atribuída aos coobrigados. Especificamente em relação aos demais pontos a respeito do lançamento com base em depósitos bancários, trata-se de matéria afeta ao mérito da exigência, sendo analisada em ponto específico deste voto.

Assim sendo, voto rejeitar as arguições de nulidade.

2 MÉRITO

2.1 OMISSÃO DE RECEITAS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS

A Recorrente (contribuinte) é acusada de omissão de receita, caracterizada pela falta de comprovação da origem dos depósitos/créditos efetuados em suas contas bancária, tendo por base legal o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, que assim dispõe:

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.

Tal dispositivo legal estabeleceu uma presunção de omissão de receitas, autorizando a exigência de imposto de renda e de contribuições correspondentes, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

A inversão legal do ônus da prova é perfeitamente aceita por nosso ordenamento jurídico, estando regulada também no artigo 334, inciso IV, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil – CPC), aplicado subsidiariamente ao Decreto nº 70.235/1972 no Processo Administrativo Fiscal:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

A Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN), recepcionada pela nova Constituição, consoante artigo 34, § 5º, do Ato das Disposições Transitórias, define, em seus artigos 43, 44 e 45, o fato gerador, a base de cálculo e os contribuintes do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. De acordo com o artigo 44, a tributação do imposto de renda não se dá só sobre rendimentos reais, mas, também, sobre rendimentos arbitrados ou presumidos por sinais indicativos de sua existência e montantes. Esses artigos assim dispõem:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

Art. 45. Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.

Parágrafo único. A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.

A presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem dos recursos utilizados para efetuar os depósitos bancários. Trata-se, afinal, de presunção relativa, passível de prova em contrário.

É função do Fisco, entre outras, comprovar o crédito dos valores em contas de depósito ou de investimento e intimar o titular da conta bancária a apresentar os documentos, informações e esclarecimentos, com vistas à verificação da ocorrência de omissão de receitas de que trata o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Contudo, a comprovação da origem dos recursos utilizados nessas operações é obrigação do contribuinte.

Não comprovada a origem dos recursos, tem a autoridade fiscal o poder e o dever de considerar os valores depositados em conta bancária como receita, efetuando o lançamento do imposto e contribuições correspondentes. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do princípio da legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente seguir a legislação.

Dessa forma, detectadas irregularidades que conduzem à presunção de omissão de receita, por imposição legal e por ser a atividade de lançamento vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, conforme parágrafo único do art. 142 do

Código Tributário Nacional, cabe à fiscalização efetuar o lançamento de acordo com a legislação aplicável ao caso.

A Recorrente foi intimada a comprovar, com documentação hábil e idônea, a origem dos valores depositados/creditados nas suas contas corrente.

Para a turma julgadora de primeira instância, não houve comprovação da origem dos créditos em suas contas, uma vez que meras alegações não possuem o condão de comprovar a origem dos valores depositados ou creditados em suas contas bancárias. Em sede de recurso voluntário não foram apresentados quaisquer elementos adicionais.

Nesse contexto, impende concluir que competia ao contribuinte provar a veracidade do que afirmou, nos termos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (texto legal que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), art. 36:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.

No mesmo sentido dispõe os art. 333 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC):

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

[...]

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Corroborando tal tese, convém transcrever jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Allegare nihil et allegatum non probare paria sunt — nada alegar e não provar o alegado, são coisas iguais. (Habeas Corpus nº 1.171-0 — RJ, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 4, (39): 211-276, novembro 1992, p. 217)

Alegar e não provar significa, juridicamente, não dizer nada. (Intervenção Federal Nº 8-3 — PR, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 7, (66): 93-116, fevereiro 1995. 99)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – APOSENTADORIA – NEGATIVA DE REGISTRO – TRIBUNAL DE CONTAS – ATOS ADMINISTRATIVOS NÃO COMPROVADOS – ART. 333, INCISO II, DO CPC – PAGAMENTO DOS PROVENTOS DE NOVEMBRO/96 E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO DAQUELE MESMO ANO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULAS 269 E 271 DA SUPREMA CORTE – 1. O ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do

autor (art. 333, II, do Código de Processo Civil). Incumbe às Secretarias de Educação e da Fazenda a demonstração de que a professora havia sido notificada da suspensão de sua aposentadoria. (STJ – ROMS 9685 – RS – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 20.08.2001 – p. 00538)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IMPOSTO DE RENDA – VERBAS INDENIZATÓRIAS – FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO – NÃO INCIDÊNCIA – COMPENSAÇÃO – AJUSTE ANUAL – ÔNUS DA PROVA – O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe ao contribuinte comprovar a ocorrência de retenção na fonte do imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias e à Fazenda Nacional incumbe a prova de eventual compensação do imposto de renda retido na fonte no ajuste anual da declaração de rendimentos. Recurso provido. (STJ – REsp 229118 – DF – 1ª T. – Rel. Min. Garcia Vieira – DJU 07.02.2000 – p. 132)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – EMBARGOS DO DEVEDOR – NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO – IMPRESCINDIBILIDADE – ÔNUS DA PROVA – 1. Imprescindível a notificação regular ao contribuinte do imposto devido. 2. Incumbe ao embargado, réu no processo incidente de embargos à execução, a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333, II). 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp 237.009 – (1999/0099660-7) – SP – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 27.05.2002 – p. 147)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IRPF – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – VERBAS INDENIZATÓRIAS – RETENÇÃO NA FONTE – ÔNUS DA PROVA – VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL CONFIGURADA – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA – SÚMULA 13/STJ - PRECEDENTES – Cabe ao autor provar que houve a retenção do imposto de renda na fonte, por isso que é fato constitutivo do seu direito; ao réu competia a prova de eventual compensação na declaração anual de rendimentos dos recorrentes, do imposto de renda retido na fonte, fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor – Incidência da Súmula 13 STJ – Recurso especial conhecido pela letra a e provido. (STJ – RESP 232729 – DF – 2ª T. – Rel. Min.

Francisco Peçanha Martins – DJU 18.02.2002 – p. 00294)

De acordo com o parágrafo único do artigo 142 do Código Tributário Nacional, a autoridade administrativa encontra-se submetida ao estrito cumprimento da legislação tributária, estando impedida de examinar outras questões como as suscitadas pelo Contribuinte em seu recurso, uma vez que às autoridades tributárias cabe aplicar a lei e obrigar seu cumprimento.

O princípio da legalidade, assentado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e o previsto no parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional, vinculam a atividade do lançamento à lei, sob pena de responsabilidade funcional.

No caso concreto, dado que a administração tributária apenas exerceu o poder/dever de tributar, conferido pela Constituição Federal e institucionalizado pela legislação infraconstitucional de regência da matéria.

Por fim, cabe ressaltar que o tema já foi pacificado no âmbito do processo administrativo fiscal com a edição da Súmula 26 do CARF, a seguir transcrita: “A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.”

A respeito da Súmula 182 expedida pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, referia-se à legislação já revogada (art. 6º, § 5º, da Lei nº 8.021/90), portanto, não aplicável ao art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Ante o exposto, confirma-se a omissão de receita apontada pelo Fisco.

2.2 ARBITRAMENTO DE LUCROS

No que tange ao arbitramento de lucros, a Recorrente (contribuinte), devidamente intimada, deixou de apresentar os documentos e livros comerciais e fiscais solicitados. Nesse cenário, a autoridade lançadora considerou como receita bruta o valor de receitas omitidas apurado durante o procedimento fiscal, procedendo ao arbitramento de lucros.

Não há reparos a fazer ao lançamento e à decisão recorrida, isso porque o art. 530, III, do RIR/1999 assim determina:

Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º)

[...]

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527; (grifou-se)

Assim sendo, correta também a forma de apuração de lucro levada a efeito pelo lançamento, que merece ser integralmente mantido nesse ponto.

2.3 LANÇAMENTOS DECORRENTES

Os lançamentos do Programa de Integração Social, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (Lucro Arbitrado) foram lavrados em decorrência da omissão de receita apurada.

Há disposição legal expressa de que a receita omitida seja incluída na base de cálculo da CSLL, PIS e COFINS, conforme dispões o § 2º do art. 24 da Lei nº 9.249/1995, que assim dispõe:

Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

(...)

§ 2º. O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para a seguridade social - COFINS e da contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP.

Assim, como a omissão de receita foi mantida parcialmente, e não tendo fatos ou argumentos novos a ensejar conclusão diversa, é de se manter essas exigências nas mesmas condições, ante a íntima relação e causa e efeito.

2.4 DAMULTA DE OFÍCIO

Os Recorrentes questionam a aplicação da multa no percentual de 150% - embora a penalidade cominada tenha sido de 225%. Aduzem, em síntese, que a multa de 150% seria desproporcional e que a Constituição Federal veda, expressamente, a utilização de qualquer tributo com efeito confiscatório. Alega ainda que a autoridade fiscal não comprovou o evidente intuito de fraude, simulação ou o conluio, elementos necessários à qualificação da penalidade.

Conforme bem evidenciado pela decisão recorrida, “*esclareça-se à interessada que o **agravamento** da penalidade tem natureza diversa de sua **qualificação**. A aplicação da **multa qualificada** no percentual de 150% tem fundamento legal no art. 44, inciso I e § 1º, da Lei n.º 9.430/96. Segundo o inciso I, a multa proporcional é aplicada no percentual de 75% nos casos de mera falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata. Todavia, a majoração/qualificação do percentual da multa para 150%, conforme determina o § 1º, ocorre nos casos de condutas dolosas do sujeito passivo previstos nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, ou seja, sonegação, fraude ou conluio. Já o **agravamento** encontra amparo no art. 44, parágrafo 2º, da Lei n.º 9.430/1996, e decorre do não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para prestar esclarecimentos”.*

Vê-se, assim, que o Recurso voluntário limita-se a discutir a qualificação da penalidade, deixando de atacar o agravamento da penalidade.

Embora mostre-se perfeito agravamento da multa em face da ausência de respostas às intimações ao longo de todo o procedimento fiscal, deixo de esmiuçar a questão em razão da ausência de lide sobre a matéria.

No que atine aos princípios da proporcionalidade e confisco, o tema já foi alvo de análise no item “1” deste voto (“preliminares”), que em sua, reafirma a validade e presunção de constitucionalidade das leis vigentes.

Resta, portanto, a análise quanto à qualificação da penalidade.

A decisão recorrida assim asseverou sobre a matéria:

No presente caso, consoante consta do TVF, a qualificação e o agravamento da multa de ofício se deram em razão das seguintes justificativas:

61. A multa agravada justifica-se pelas evidências da interposição de pessoas na empresa fiscalizada, e por ter ela declarado à autoridade fazendária receita bruta em valor inferior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), tendo sido verificado pela fiscalização uma receita bruta em valor superior a R\$ 6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais), fatos que configuram a ocorrência, em tese, de sonegação. O contribuinte também não compareceu para prestar os esclarecimentos solicitados pela fiscalização, apesar de ter sido reiteradamente intimado.

Frise-se que as circunstâncias que demonstram o dolo na omissão de receitas estão fartamente comprovadas nos autos, como omissão de vultosos valores movimentados em suas contas bancárias (sonegação), interposição de pessoas (fraude/conluio), não atendimento reiterado a diversas intimações para prestar esclarecimentos/apresentar documentação (embaraço à fiscalização) etc. Senão vejamos:

1. Em 19/10/2011, foi emitido o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF nº 02.5.01.00- 2011-00558-4, com o intuito de verificar o cumprimento, por parte da empresa contribuinte, da legislação tributária do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica. A empresa possui situação cadastral "baixada" no CNPJ.

2. Em 10/11/2011 foi emitido o Termo de Início de Procedimento Fiscal relativo ao MPF 02.5.01.00-2011-00558-4, encaminhado via postal ao endereço do CPF do titular Claudionil Matias De Andrade, CPF 015.397.759-09, Av. Ayrton Senna, 435, Buritis/RO. Recebeu o Termo, em 28/11/2011, a Sra. Maria Augusta de Oliveira, RG 4.407.508-1, conforme consta no Aviso de Recebimento emitido pelos CORREIOS.

3. O Termo de Início de Procedimento Fiscal tinha como objetivo intimar o contribuinte a apresentar o

seguintes documentos relativos ao Ano-calendário de 2008, no prazo de 20 (vinte) dias:

3.1. Registros contábeis em arquivos digitais;

3.2. Livros Diário e Razão;

3.3. Livro Registro de Entrada e Saída;

3.4. Livro de Apuração do ICMS;

3.5. Extratos Bancários.

4. O contribuinte não se manifestou, não apresentou os documentos solicitados no Termo, nem qualquer tipo de esclarecimento para seu não atendimento.

*5. Em 28/11/2011 foi emitido o Termo de Intimação nº 01/2011, intimando o contribuinte a apresentar seu Contrato Social e Alterações. Também foi encaminhado via postal ao endereço do CPF do titular, Claudionil. **No entanto, este Termo foi devolvido pelos CORREIOS à fiscalização, pelo motivo de o destinatário ter se mudado.***

*6. Em 11/01/2012 foi emitido o Termo de Reintimação nº 01/2012, encaminhado via postal ao endereço do CPF do titular Claudionil. **O Termo foi devolvido pelos CORREIOS à fiscalização pelo motivo de ter sido recusado o seu recebimento.***

7. O Termo de Reintimação nº 01/2012 tinha como objetivo reintimar o contribuinte a apresentar os documentos solicitados no Termo de Início de Procedimento Fiscal.

8. Assim, visando constatar o correto endereço de Claudionil, a fiscalização compareceu ao endereço de seu cadastro no CPF, sendo o mesmo endereço de cadastro no CNPJ da empresa fiscalizada, onde foi lavrado o Termo de Constatação nº 01/2012, em 25/01/2012, com os fatos e depoimentos abaixo:

8.1. No endereço diligenciado funciona a empresa O R DE SOUZA CEREAIS ME, CNPJ 04.284.297/0001-15, nome fantasia AGRÍCOLA SAFRA.

8.2. O Sr. OSVALDINO RODRIGUES DE SOUZA, CPF 536.953.219-20, afirmou:

a) Ser o proprietário da O R DE SOUZA CEREAIS ME desde 2001.

b) Que sua empresa sempre funcionou naquele local.

c) Não possuir contato pessoal ou comercial com o Sr. Claudionil, proprietário da C. M. DE ANDRADE - ME, conhecendo-o apenas pessoalmente.

d) Não ter conhecimento de uma mesma empresa cadastrada naquele endereço e com o mesmo nome fantasia da O R DE SOUZA CEREAIS ME.

e) *Que sua esposa, Maria Augusta de Oliveira, recebeu por engano o Termo de Início de Procedimento Fiscal encaminhado àquele endereço.*

i) *Que já fez transações comerciais da C. M. DE ANDRADE - ME com terceiros.*

g) *Que abriu a empresa C. M. DE ANDRADE - ME em nome do cunhado de seu irmão.*

h) *Que o nome de seu irmão é Ildivaldo Rodrigues de Souza.*

9. *Tendo em vista o depoimento contradizente do Sr. Osvaldino Rodrigues de Souza, foi encaminhado a ele via postal, em 06/02/2012, o Termo de Solicitação de Esclarecimentos nº 02/2012, cuja ciência se deu em 27/03/2012 mediante Aviso de Recebimento emitido pelos CORREIOS.*

10. *Em 06/02/2012 também foi lavrado o Termo de Solicitação de Esclarecimentos nº 01/2012, encaminhado via postal ao endereço constante no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) do titular Claudionil Matias de Andrade, Av. Ayrton Senna, 1271, Centro, Buritis/RO, CEP 76.880-000, em mais uma tentativa de encontrá-lo. **O Termo foi devolvido pelos CORREIOS à fiscalização pelo motivo destinatário desconhecido.***

11. *Em 07/02/2012 foi lavrado o Termo de Reintimação nº 02/2012 ao contribuinte para apresentação, no prazo de 20 (vinte) dias, dos documentos já exigidos no Termo de Início de Procedimento Fiscal. A ciência se deu em 22/02/2012, 15 (quinze) dias após a publicação do Edital de Intimação nº 04/2012 na Delegacia da Receita Federal em Porto Velho/RO (DRF/PVO), em 07/02/2012.*

12. *O contribuinte não se manifestou, não apresentando os documentos solicitados no Termo de Reintimação nº 02/2012, nem qualquer tipo de esclarecimento para seu não atendimento.*

13. *Na tentativa de se encontrar o titular Claudionil, também foram enviados, em 07/02/2012:*

13.1. *O Ofício nº 20/2012/GAB/IRF/GUM ao Ofício de Registro Civil e de Notas de Buritis, solicitando cópias autenticadas das procurações arquivadas naquele tabelionato, emitidas por e/ou para o titular Claudionil Matias de Andrade e por e/ou para a empresa C. M. DE ANDRADE - ME.*

13.2. *O Ofício nº 23/2012/GAB/IRF/GUM à Junta Comercial do Estado de Rondônia (JUCER), solicitando fotocópias autenticadas do Contrato Social e Alterações, assim como quaisquer procurações e documentos arquivados naquele órgão, relativos à empresa C. M. DE ANDRADE - ME.*

14. Em atendimento ao Ofício nº 23/2012/GAB/IRF/GUM, a JUCER entregou à fiscalização os seguintes documentos referentes ao contribuinte:

14.1. Requerimento de inscrição da empresa.

14.2. Comunicação de enquadramento na situação de microempresa.

14.3. Requerimento de extinção da empresa.

15. Em atendimento ao Ofício nº 20/2012/GAB/IRF/GUM, o Ofício de Registro Civil e de Notas de Buritis entregou à fiscalização os documentos arquivados naquele tabelionato, abaixo:

15.1. PROCURAÇÃO bastante que faz: C. M. DE ANDRADE - ME a Favor de OSVALDINO RODRIGUES DE SOUZA E OUTRO, Livro nº 31-P, Folha nº 085.

15.2. PROCURAÇÃO bastante que faz C. M. DE ANDRADE - ME a Favor de OSVALDINO RODRIGUES DE SOUZA E OUTRO, Livro nº 23-P, Folha nº 004.

16. Com base nas procurações acima, constatou-se que os Srs. Osvaldino Rodrigues de Souza e Ildivaldo Rodrigues de Souza possuíam amplos poderes para administrar a C. M. DE ANDRADE - ME, inclusive em relação ao controle das contas bancárias da empresa. Tais informações divergiram das declarações prestadas inicialmente por Osvaldino Rodrigues de Souza de que o mesmo manteve pouco relacionamento com a empresa fiscalizada.

17. Prosseguindo com os procedimentos de fiscalização, foi solicitada a emissão de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira (RMF), em 16/03/2012:

17.1. Por ter o contribuinte deixado de entregar os livros e documentos fiscais solicitados, apesar de intimado, visando embarçar a fiscalização (art. 3º, inciso VII, Decreto 3.724/01, c/c art. 33, inciso I, Lei 9.430/96).

17.2. Por terem sido outorgadas procurações pela C. M. DE ANDRADE em favor de Osvaldino Rodrigues de Souza e de Ildivaldo Rodrigues de Souza, fato não revelado por Sr. Osvaldino no Termo de Constatação nº 01/2012, evidenciando assim a interposição de pessoas na empresa (art. 3º, inciso VII, Decreto 3.724/01, c/c art. 33, inciso III, Lei 9.430/96).

18. Em 16/03/2012 foram emitidas as Requisições de Informação sobre Movimentação Financeira para as seguintes instituições:

18.1. RMF 02.5.01.00-2012-00003-9, para o BANCO DA AMAZONIA S/A, CNPJ 04.902.979/0001-44.

18.2. RMF 02.5.01.00-2012-00004-7, para a COOPERATIVA DE CREDITO RURAL DE BURITIS, CNPJ 05.203.605/0001-01.

19. Foram requisitadas as seguintes informações, no prazo de 20 (vinte) dias:

19.1. Codificação adotada pela Instituição Financeira para especificar a natureza dos lançamentos, em papel.

19.2. Dados constantes da ficha cadastral do sujeito passivo, em papel.

19.3. Depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança, em meio magnético.

19.4. Emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados, em meio magnético.

19.5. Extrato de aplicações financeiras, em meio magnético.

19.6. Extrato de movimentação de conta-corrente, em papel e em meio magnético.

19.7. Instrumento de Procuração outorgando poderes para terceiros movimentar a conta-corrente, em papel.

19.8. Pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheque, em meio magnético.

20. Paralelamente ao procedimento de fiscalização, constatou-se que o contribuinte foi fornecedor da empresa COMPANHIA CACIQUE DE CAFÉ SOLÚVEL, CNPJ 78.588.415/0001-15. Em razão disto, foi emitido o Mandado de Procedimento Fiscal - Diligência 02.5.01.00-2011-00611-4, em 05/12/2011, com o propósito de coletar informações e documentos destinados a subsidiar os procedimentos de fiscalização.

21. Em cumprimento ao MPF-Diligência, foi lavrado em 06/12/2011 o Termo de Intimação Fiscal nº 01/2011 à empresa CACIQUE intimando-a a apresentar, no prazo de 20 (vinte) dias, os esclarecimentos e documentados listados abaixo:

21.1. Informações sobre as Notas Fiscais de Entrada (número, data de emissão e valor) emitidas pela empresa C. M. DE ANDRADE - ME, CNPJ 08.422.427/0001-90, no ano-calendário de 2008, em favor do diligenciado.

21.2. Cópia das Notas Fiscais de Entrada referentes ao mês de emissão em que se consolide o maior valor em "R\$" de mercadorias adquiridas da empresa C. M. DE ANDRADE - ME.

a) *Cópia dos conhecimentos de transporte referentes a estas Notas Fiscais de Entrada.*

b) *Cópia dos comprovantes de pagamento destas Notas Fiscais de Entrada.*

21.3. *Identificação da pessoa responsável pela C. M. DE ANDRADE - ME que intermediou os negócios de compra e venda com o contribuinte.*

22. *Em 23/12/2011 a CACIQUE solicitou prorrogação de prazo para a entrega dos documentos solicitados no Termo de Intimação nº 01/2011 da Diligência Fiscal. O prazo foi prorrogado em 20 (vinte) dias.*

23. *Em 11/01/2012, apresentou as notas fiscais emitidas em seu favor pelo contribuinte fiscalizado no mês de maior valor consolidado de aquisições, maio de 2008, bem como os respectivos conhecimentos de transporte, comprovantes de pagamento e contratos de corretagem, informando ainda que:*

23.1. *Adquiriu mercadoria do contribuinte fiscalizado sendo café cru para industrialização no montante de R\$ 2.529.335,80 (dois milhões e quinhentos e vinte e nove mil e trezentos e trinta e cinco reais e oitenta centavos);*

23.2. *A corretagem foi realizada pela empresa O R DE SOUZA CEREAIS ME, de propriedade de Osvaldino Rodrigues de Souza.*

24. *As informações prestadas pela CACIQUE se somaram aos indícios antes coletados no sentido de ser Osvaldino Rodrigues de Souza o verdadeiro titular da empresa fiscalizada. Assim, visando esclarecer os fatos, Osvaldino foi intimado mediante Termo de Solicitação de Esclarecimentos, tendo comparecido à DRF/PVO e prestado os esclarecimentos abaixo, constantes do Termo de Esclarecimentos lavrado em 05/04/2012:*

24.1. *Que reside à Rua Vale do Paraíso, no. 2279, Buritis/RO, há onze anos.*

24.2. *Que o endereço foi incorretamente declarado à Av. Ayrton Senna, no. 100, Buritis/RO.*

24.3. *Que exerce a atividade de comerciante proprietário da empresa O R DE SOUZA CEREAIS ME desde 2001.*

24.4. *Que a O R DE SOUZA CEREAIS ME estabeleceu-se à Av. Ayrton Senna, no.*

100, até 16/11/2009.

24.5. *Que a partir de 17/11/2009 até 25/01/2012 a empresa manteve-se estabelecida a Av. Ayrton Senna, no. 435, em Buritis/RO.*

24.6. *Que assinou o Termo de Constatação lavrado pelo AFRFB Michel Lopes em 25/01/2012.*

24.7. *Que em relação aos esclarecimentos prestados ao AFRFB Michel, esclarece que tinha conhecimento de que o proprietário da empresa C. M. DE ANDRADE - ME abriu a empresa até a regularização de sua situação no Paraná, salvo engano.*

24.8. *Que conheceu o proprietário porque o mesmo era cunhado de Ildivaldo Rodrigues de Souza, seu irmão.*

24.9. *Que por ocasião da alteração de endereço da O R DE SOUZA CEREAIS ME do no. 100 para o no. 435, a empresa C M DE ANDRADE já se encontrava fechada e o proprietário já tinha ido embora da cidade.*

24.10. *Que adquiriu o imóvel localizado no no. 435 mediante compra no valor de R\$40.000,00 (quarenta mil reais) da pessoa identificada por Francisco, salvo engano.*

24.11. *Que sua empresa, a O R DE SOUZA CEREAIS ME sempre manteve empregados.*

24.12. *Que não tinha nada a esclarecer sobre o fato de a O R DE SOUZA CEREAIS ME e a C. M. DE ANDRADE - ME terem informado à Receita Federal o mesmo telefone.*

24.13. *Que não tinha nada a esclarecer sobre o fato de a O R DE SOUZA CEREAIS ME e a C. M. DE ANDRADE - ME terem informado na GFIP - Guia de Recolhimento do FGTS e Informações a Previdência Social o mesmo telefone.*

24.14. *Que a empresa O R DE SOUZA CEREAIS esteve em funcionamento no ano-calendário de 2009, mediante compra e venda de cereais.*

24.15. *Que não tem conhecimento se a empresa C. M. DE ANDRADE - ME esteve em atividade durante o ano-calendário de 2009.*

24.16. *Que sobre as procurações outorgadas por Claudionil Matias de Andrade, proprietário da C. M. DE ANDRADE - ME, esclarece que tem conhecimento das outorgas e exerceu os poderes nela contidos mediante a emissão de cheques para pagamento de fornecedores.*

24.17. *Que Ildivaldo Rodrigues de Souza é seu irmão.*

24.18. *Que conhece a empresa I. R. DE SOUZA CEREAIS - ME, pois a mesma é propriedade de seu irmão Ildivaldo Rodrigues de Souza.*

24.19. *Que a empresa O R DE SOUZA CEREAIS ME, ao sair do endereço sito à Av. Ayrton Senna, no. 100,*

em 16/11/2009, já havia a empresa I. R. DE SOUZA CEREAIS - ME desde 2008.

24.20. Que alterou o endereço e o nome fantasia da empresa O R DE SOUZA CEREAIS ME após o início da fiscalização na empresa C. M. DE ANDRADE - ME, para sua empresa não sofrer consequências pelo fato de estarem no mesmo endereço e possuírem o mesmo nome fantasia.

24.21. Que não tem conhecimento de onde se encontram os documentos da empresa C. M. DE ANDRADE-ME.

25. Em 05/04/2012 o BANCO DA AMAZÔNIA S/A encaminhou à fiscalização os documentos solicitados na RMF 02.5.01.00-2012-00003-9, exceto as cópias dos extratos em meio físico (papel), bem como dos depósitos à vista e a prazo ali registrados.

26. Em 16/04/2012 a COOPERATIVA DE CREDITO RURAL DE BURITIS encaminhou à fiscalização os documentos solicitados na RMF 02.5.01.00-2012-00004-7.

27. Em 02/05/2012 foi lavrado o Termo de Intimação nº 01/2012, cuja ciência se deu em 17/05/2012, 15 (quinze) dias após a publicação do Edital de Intimação nº 12/2012 na DRF/PVO, em 02/05/2012.

28. O Termo de Intimação nº 01/2012 teve como objetivo intimar o contribuinte a apresentar, no prazo de 20 (vinte) dias, os documentos e esclarecimentos especificados abaixo:

28.1. Apresentar todas as Notas Fiscais emitidas no ano-calendário de 2008, de entrada e de saída.

28.2. Comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos créditos identificados nos anexos I e II daquele Termo, referentes às transações efetuadas nas contas bancárias mantidas no BANCO DA AMAZÔNIA S/A e na COOPERATIVA DE CRÉDITO RURAL DE BURITIS.

28.3. Comprovar, mediante documentação hábil e idônea, os beneficiários dos pagamentos, depósitos, TED's, transferências e cheques identificados nos anexos III e IV daquele Termo, referentes às transações efetuadas nas contas bancárias mantidas no BANCO DA AMAZÔNIA S/A e na COOPERATIVA DE CRÉDITO RURAL DE BURITIS.

29. O contribuinte não se manifestou, não apresentando os documentos solicitados no Termo de Intimação nº 01/2012, nem qualquer tipo de esclarecimento para seu não atendimento.

30. Tendo em vista a outorga de poderes ilimitados pela empresa fiscalizada também à pessoa de **ILDIVALDO RODRIGUES DE SOUZA**, CPF

585.489.049-68, foi então lavrado o Termo de Solicitação de Esclarecimentos contra o próprio em 16/05/2012, sob o respaldo do MPF - Diligência no. 02.5.01.00/2012/00284-4, e encaminhado via postal ao endereço constante do CPF. O Termo foi devolvido pelos CORREIOS à fiscalização pelo motivo de o destinatário ter mudado de endereço.

31. Em 22/06/2012 foi lavrado novo Termo de Solicitação de Esclarecimentos para o Sr. Ildivaldo Rodrigues de Souza, cuja ciência se deu em 09/07/2012, 15 (quinze) dias após a afixação do Edital de Intimação nº 19/2012 na DRF/PVO, em 22/06/2012. O Termo tinha como objetivo solicitar o comparecimento do intimado à DRF/PVO para os esclarecimentos sobre a empresa C. M. DE ANDRADE - ME.

32. O Sr. Ildivaldo Rodrigues de Souza não compareceu para prestar os esclarecimentos solicitados pela fiscalização.

33. Com base nas informações prestadas pelo contribuinte fiscalizado na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) e na Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), e nas prestadas pelas instituições financeiras em que o contribuinte manteve movimentação bancária, constatou-se a existência de créditos nas contas de depósito ou de investimento mantidas junto a estas instituições.

34. O contribuinte, regularmente intimado, não comprovou a origem dos recursos utilizados nessas operações, fato que configura a infração fiscal de omissão de receitas e autoriza o lançamento do imposto de renda e do adicional nos termos e fundamentos legais expressos abaixo e no decorrer deste Termo e do Auto de Infração.

(...)

35. O contribuinte, optante pelo regime de tributação com base no lucro presumido, tem o dever de manter escrituração contábil nos termos da legislação comercial, nos termos do art. 45, inciso I da Lei 8.981/95.

36. Tendo em vista a obrigação supra, foram solicitados ao contribuinte os documentos abaixo, relativos ao ano-calendário de 2008. As ciências das intimações se deram via edital, por não ter sido localizado o proprietário da empresa, já baixada, nos endereços cadastrados no CPF e no CNIS.

36.1. Contrato Social e alterações;

36.2. Registros contábeis em arquivos digitais;

36.3. Livros Diário e Razão;

36.4. Livro Registro de Entrada e Saída;

36.5. Livro de Apuração do ICMS;

36.6. Extratos Bancários.

37. O contribuinte e seu proprietário, apesar de terem sido intimados reiteradamente a apresentar os documentos solicitados, não os apresentaram, não alegaram o(s) fato(s) que os impediram de apresentá-los, nem prestaram qualquer tipo de esclarecimento.

38. Diante da inércia do contribuinte e tendo em vista o disposto na Lei 8.981/95, desconsiderou-se a opção pelo lucro presumido e arbitrou-se o lucro auferido no ano-calendário de 2008.

Diante dos fatos evidenciados e das circunstâncias, não se conhece que outra tenha sido a intenção do sujeito passivo que não a de ocultar do Fisco a ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária principal, de modo a evitar o seu conhecimento e, por conseguinte, o seu pagamento, o que denota o evidente intuito de fraude, sonegação e conluio, obrigando à qualificação e o agravamento da penalidade.

No que toca ao agravamento da penalidade, importa observar que, além de não ter prestado os esclarecimentos solicitados via intimação, os sujeitos passivos não apresentaram os livros fiscais e demais documentos de escrituração da empresa, sem nenhuma justificativa plausível, apesar de reiteradamente intimados. É certo que a Fiscalização necessitaria desses documentos fiscais qualquer que fosse a forma de autuação a ser adotada, portanto, ao deixar de apresentar tais documentos os sujeitos passivos incorreram na mesma conduta vedada pelo art. 44, § 2º, da Lei 9.430/1996, já anteriormente citado.

Assim, diante do contexto do presente julgado e da eficácia dos dispositivos legais que respaldam as multas aplicadas, deve ser mantido o feito fiscal no que concerne a estes itens.

No que concerne à alegação de que a multa de 150% é confiscatória, como já dito no início deste voto, cumpre considerar que o princípio insculpido no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, relativo à vedação ao confisco, antes de mais nada, é dirigido ao legislador. Tal princípio orienta a elaboração legislativa, que deve observar a capacidade econômica do contribuinte (art. 145, § 1º da CF), bem como não pode dar ao tributo conotação de confisco.

Ressalte-se, novamente, que o contencioso administrativo não é o foro próprio para examinar questões de tal natureza. Vale esclarecer que não cabe às autoridades administrativas se manifestarem sobre matéria do ponto de vista constitucional, excetuado os casos em que houver declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal de lei, de tratado ou de ato normativo, situação em que é permitido às autoridades fiscais a quo afastar a sua aplicação (Art. 26-A do Decreto 70.235/72, Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, e Parecer da PGFN/CRE n.º 948, de 2 de junho de 1998).

Por todo o exposto, devem ser mantidos a qualificação e o agravamento da multa de ofício.

Entendo que tal entendimento não deve prevalecer. A infração objeto de lançamento baseou-se única e exclusivamente em presunção legal, sem qualquer aprofundamento que pudesse dar à ocorrência do fato gerador contornos de dolo, quer por meio de sonegação, fraude ou conluio a que dizem respeito, respectivamente, os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

O fato de a empresa encontrar-se formalmente titularizada por interpostas pessoas em nada interfere com a ocorrência do fato, especialmente porque as contas bancárias que deram origem aos depósitos considerados como renda encontravam-se em nome da própria pessoa jurídica. Sobre tal irregularidade, seus reflexos devem se dar no âmbito da responsabilidade tributária, tema a ser abordado no próximo item deste voto.

Entendo que a circunstância a ser levada em conta para qualificação da multa deve dizer respeito à ocorrência do fato gerador. E, conforme explanado, não há nada nos autos que demonstre a atitude dolosa da Recorrente em relação à auferição de receitas. Por mais que os volumes movimentados sejam vultosos e incompatíveis com a receita declarada, não se altera o panorama da simples presunção de omissão de receitas, haja vista a ausência de elementos que comprovem o dolo da Interessada.

Nesse cenário, impõe-se a aplicação da Súmula CARF nº 14, assim vazada:

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.

Assim sendo, considerando que foi aplicada multa de 225%, a duplicação no percentual a que alude o § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96 não deve prevalecer, devendo a penalidade ser reduzida a 112,5%.

2.5 DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

A esse respeito, a decisão recorrida descreve com precisão e conclui de forma precisa no mesmo sentido de meu entendimento sobre o tema: os titulares de fato de pessoas jurídicas possuem interesse comum na ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 124, I, do CTN, agindo em paralelo com a pessoa jurídica na obtenção de renda, devendo responder solidariamente com o contribuinte em relação ao crédito tributário por este devido. Desse modo, a fim de evitar-se tautologia, e com base no § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784/99, adoto como fundamento de meu voto sobre a matéria as razões de decidir do aresto recorrido, transcrevendo-as a seguir:

Os sujeitos passivos solidariamente responsabilizados pelo crédito tributário constituído requerem a nulidade dos Termos de Sujeição Passiva Solidária – TSPS, por entenderem, em síntese, “... que o “Termo de Solidariedade Passiva” objetivando a imputação da responsabilidade a terceiros é nulo, vez que lavrado por autoridade incompetente, no caso, o agente fiscal, face à competência exclusiva da Procuradora da Fazenda Nacional.”.

Esclareça-se, inicialmente, que o crédito tributário foi constituído em relação à empresa em epígrafe, na condição de contribuinte, conforme definido no parágrafo único do art. 121, inciso I, do CTN. Entretanto, tendo em vista as circunstâncias desvendadas no trabalho fiscal e a finalidade do lançamento, que visa não só a constituição do crédito tributário, mas em última análise o seu recolhimento ao Tesouro Nacional, a Fiscalização arrolou outras pessoas como responsáveis, sobre as quais incide a responsabilização para fins de cobrança do crédito constituído.

Nesse sentido dispõe a Portaria RFB n.º 2.284, de 29 de novembro de 2010:

Art. 1 *º*—Os processos de determinação e exigência de créditos tributários relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, nas hipóteses em que houver pluralidade de sujeitos passivos, serão disciplinados conforme o disposto nesta Portaria.

Art. 2 *º*—Os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, na formalização da exigência, deverão, sempre que, no procedimento de constituição do crédito tributário, identificarem hipóteses de pluralidade de sujeitos passivos, reunir as provas necessárias para a caracterização dos responsáveis pela satisfação do crédito tributário lançado.

§ 1 *º*—A autuação deverá conter a descrição dos fatos e o enquadramento legal das infrações apuradas e do vínculo de responsabilidade.

§ 2 *º*—Na hipótese de que trata o **caput**, não será exigido Mandado de Procedimento Fiscal para os responsáveis.

Art. 3 *º*—Todos os autuados deverão ser cientificados do auto de infração, com abertura de prazo para que cada um deles apresente impugnação.

Parágrafo único. Na hipótese do **caput**, o prazo para impugnação é contado, para cada sujeito passivo, a partir da data em que tiver sido cientificado do lançamento.

Art. 4 *º*—O pagamento efetuado por um dos autuados aproveita aos demais.

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento integral, perdem o objeto as impugnações ou recursos apresentados pelos demais autuados.

Art. 5º-O pedido de parcelamento deferido a um dos autuados suspende a exigibilidade do crédito tributário em relação aos demais.

§ 1º-O parcelamento impede a apreciação de impugnações ou recursos apresentados pelos demais autuados.

§ 2º-Rescindido o parcelamento, o julgamento das impugnações ou recursos segue o curso normal do processo, aplicando-se o disposto no art. 7º.

Art. 6º-A compensação declarada por um dos autuados, na forma do art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, extingue o crédito tributário lançado sob condição resolutória de sua ulterior homologação, para todos os autuados.

§ 1º-O disposto no caput impede a apreciação de impugnações ou recursos apresentados pelos demais autuados.

§ 2º-Homologada a compensação declarada por um dos autuados, a extinção definitiva do crédito tributário aproveita aos demais, perdendo o objeto as impugnações ou recursos apresentados pelos demais autuados.

§ 3º-As impugnações e os recursos apresentados contra o lançamento do crédito tributário somente deverão ser encaminhados a julgamento após o trânsito em julgado da decisão que não homologar total ou parcialmente a compensação ou a considerar não declarada, observado o disposto no art. 7º.

Art. 7º-A impugnação tempestiva apresentada por um dos autuados suspende a exigibilidade do crédito tributário em relação aos demais.

§ 1º-O disposto neste artigo não se aplica na hipótese em que a impugnação versar exclusivamente sobre o vínculo de responsabilidade, caso em que só produzirá efeitos em relação ao impugnante.

§ 2º-Os autos somente serão encaminhados para julgamento depois de transcorrido o prazo para apresentação de impugnação ou recurso para todos os autuados ou impugnantes, conforme o caso.

§ 3º-No caso de impugnação quanto ao crédito tributário e quanto ao vínculo da

responsabilidade e, posteriormente, recurso voluntário apenas no tocante ao vínculo, a exigência quanto ao crédito tributário torna-se definitiva para os demais autuados que não recorreram.

§ 4º—A desistência de impugnação ou recurso não prejudica os demais autuados que também impugnaram ou recorreram.

§ 5º—A decisão definitiva que afasta o vínculo de responsabilidade opera efeitos imediatos.

§ 6º—Se um dos autuados pedir parcelamento ou compensação do crédito tributário lançado, aplica-se o disposto no art. 5º ou no art. 6º, respectivamente.

Art. 8º—Na hipótese de diligência ou de perícia, de que trata o art. 18 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, todos os autuados que impugnaram ou recorreram do crédito tributário serão cientificados do resultado, sendo-lhes concedido prazo para manifestação.

*§ 1º—Aplica-se o disposto no **caput**, também, aos que impugnaram ou recorreram quanto ao vínculo de responsabilidade, se a diligência ou a perícia versar sobre esta matéria.*

§ 2º—Se da perícia ou da diligência resultar agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, todos os autuados serão cientificados, devolvendo-se o prazo para impugnação da matéria alterada.

Art. 9º—Não cumprida a exigência e nem impugnado o crédito tributário lançado, será declarada a revelia para todos os autuados.

Parágrafo único. No caso de impugnação apenas do vínculo de responsabilidade, a revelia se opera em relação aos demais que não impugnaram o lançamento.

Art. 10. O crédito tributário será encaminhado à Procuradoria da Fazenda Nacional, para inscrição em dívida ativa, somente após o término do prazo de cobrança amigável para todos os obrigados.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese em que houver pendência de julgamento exclusivamente quanto ao vínculo de

encaminhamento deverá ocorrer em relação aos autuados que não discutem o vínculo.

Art. 11. *Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.*

Assim, o lançamento de ofício deve ser efetuado contra o contribuinte e todos os responsáveis tributários sempre que, no procedimento de constituição do crédito tributário, forem identificadas hipóteses de pluralidade de sujeitos passivos. O art. 124 do CTN comporta dois tipos de responsabilidade solidária: a de fato (art. 124, I), que exige interesse comum, e a de direito (art. 124, II). Visualiza-se interesse comum, por exemplo: nos grupos econômicos, se constatadas situações de confusão patrimonial, vinculação gerencial, coincidência de sócios e administradores; nas sociedades em comum, nas sociedades extintas de fato que continuam a exercer suas atividades por meio dos sócios (em relação aos fatos geradores ocorridos após a extinção) e nas sociedades conjugais, quando a apuração é feita em conjunto ou, em relação aos rendimentos de bens comuns, quando o regime de bens é o da comunhão.

Nunca é demais lembrar, mais uma vez, que a atividade do lançamento é vinculada, cabendo à autoridade administrativa identificar o sujeito passivo, seja ele contribuinte ou responsável (arts. 142 e 121 do CTN).

Outrossim, determina o art. 202, inciso I, do CTN que o termo de inscrição da dívida ativa deve indicar obrigatoriamente o nome do devedor e, sendo o caso, o dos co-responsáveis. Assim, para a execução atingir terceiros que não a autuada, é importante que esses sejam indicados no procedimento fiscal, subsidiando o trabalho da Procuradoria da Fazenda Nacional quando da execução fiscal

De mais a mais, é pacífico na esfera administrativa, tanto em primeira quanto em segunda instância, que cumpre a autoridade tributária arrolar os responsáveis tributários na autuação, os quais são partes legítimas para impugnar e recorrer da exigência do crédito. Nesse sentido dispõe a súmula 71 do CARF:

“Todos os arrolados como responsáveis tributários na autuação são parte legítima para impugnar e recorrer acerca da exigência do crédito tributário e do respectivo vínculo de responsabilidade. Acórdãos precedentes: 1402-00.423, de 28/01/2011; 1201- 00.267, de 20/05/2010; 1402-00.093, de 26/01/2010; 1103-00.043, de 01/10/2009; 1401-00.047, de 13/05/2009; 101-97.107, de 04/02/2009; 103-

23.649, de 18/12/2008; 103-23.364, de 24/01/2008.”

No caso específico, o que sobressai do exame dos autos é que os sujeitos passivos responsabilizados solidariamente pelo crédito tributário são, de fato, os verdadeiros sócios da empresa autuada. Além dos fatos narrados no TVF e já aqui parcialmente transcritos, item DA MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA E AGRAVADA, a fiscalização houve por bem concluir da seguinte forma, também no TVF, item DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA:

(...)

50. Além das receitas omitidas, foram constatadas diversas evidências da interposição de pessoa na empresa, com objetivo de ocultar os administradores de fato e, por conseguinte, fugir ao cumprimento das obrigações tributárias e | dificultar o conhecimento e a exigência dos créditos tributários devidos. Em síntese, citamos abaixo os principais indícios.

51. A fiscalização compareceu ao endereço do CPF do titular Claudionil Matias de Andrade, mesmo endereço do CNPJ da empresa fiscalizada quando esta ainda estava ativa. Restou comprovado, portanto, mediante registro no Termo de Constatação nº 01/2012, que no endereço cadastral da CM de Andrade também havia em concomitância atividades da empresa O R DE SOUZA CEREAIS ME, CNPJ 04.284.297/0001-15, ambas como o mesmo nome fantasia de "AGRÍCOLA SAFRA".

52. O proprietário da O R DE SOUZA CEREAIS ME, Sr. Osvaldino Rodrigues de Souza, prestou depoimento contradizente. Inicialmente, declarou não ter mantido contato pessoal ou comercial com o titular da empresa fiscalizada, sequer sabia que exista outra empresa em atividade no mesmo local da O R de Souza. Após ser intimado a prestar esclarecimentos na DRF/PVO/RO e à vista da procuração que lhe fora outorgada, confessou ter realizado transações comerciais, inclusive bancárias, em nome da C. M. DE ANDRADE - ME com terceiros.

53. Confessou conhecer a pessoa de Claudionil como sendo cunhado de seu irmão identificado por Ildivaldo Rodrigues de Souza, também procurador da empresa fiscalizada e detentor de poderes ilimitados para administrá-la e movimentar conta bancária, além de ser proprietário da empresa I. R. DE SOUZA CEREAIS - ME.

54. Declarou que sua empresa mudou de endereço do no. 100 para o no. 435 da Av. Ayrton Senna, em 16/11/2009, contradizendo o que havia dito inicialmente no sentido de que sua empresa sempre exerceu atividades no mesmo local da empresa fiscalizada, ou seja, a Av. Ayrton Senna, no. 435, e tendo jamais havido outra empresa naquele local.

55. Negou esclarecimentos quanto ao fato de as empresas C. M. DE ANDRADE - ME, O R DE SOUZA CEREAIS ME e I. R. DE SOUZA CEREAIS - ME, esta de propriedade de seu irmão, terem informado o mesmo telefone na GFIP-Guia de Recolhimento do FGTS e informações a Previdência Social.

56. Além dos indícios levantados a partir das declarações de Osvaldino, as PROCURAÇÕES obtidas junto ao Registro Civil e de Notas de Buritis comprovam o total envolvimento e os amplos poderes conferidos à Osvaldino Rodrigues de Souza e Ildivaldo Rodrigues de Souza para gerir a empresa CM. DE Andrade, conforme segue:

a) Livro nº 31-P, Folha nº 085: Na procuração acima a empresa Outorgante, C. M.

DE ANDRADE - ME, constitui seu bastante procurador, OSVALDINO RODRIGUES DE SOUZA, ao qual confere "amplos e gerais poderes para o fim especial de gerir e administrar todos os bens, negócios e interesses da Empresa ora Outorgante (...)".

b) Livro nº 23-P, Folha nº 004: Na procuração acima a empresa Outorgante, C. M.

DE ANDRADE - ME constitui seus bastantes procuradores, OSVALDINO RODRIGUES DE SOUZA e ILDIVALDO RODRIGUES DE SOUZA, aos quais confere "amplos, gerais e ilimitados poderes, para o fim especial de representar a Outorgante, perante ao BANCO DO BRASIL S/A, BANCO DA AMAZÔNIA S/A e COOPERATIVA DE CRÉDITO DE BURITIS - SICOOB/BURITIS (...)".

57. Das informações prestadas pelas instituições financeiras nas quais a empresa fiscalizada possuiu movimentação, verificou-se que:

57.1. Em relação ao Banco da Amazônia S/A:

a) A instituição possui cópia da já citada procuração que confere amplos, gerais e ilimitados poderes para que os Srs. Osvaldino e Ildivaldo Rodrigues de Souza representem a empresa fiscalizada perante ao Banco da Amazônia S/A, dentre outros.

b) A conta-corrente foi aberta em 07/08/2008 pelo procurador da empresa, Sr. Ildivaldo Rodrigues de Souza.

c) A empresa O R DE SOUZA CEREAIS - ME, de propriedade do Sr. Osvaldino Rodrigues de Souza, consta como sendo referência comercial do contribuinte fiscalizado.

57.2. Em relação a Cooperativa de Crédito Rural de Buritis:

a) A instituição possui cópia da já citada procuração que confere amplos, gerais e ilimitados poderes para que os Srs. Osvaldino e Ildivaldo Rodrigues de Souza representem a empresa fiscalizada perante a Cooperativa de Crédito Rural de Buritis, dentre outros.

b) Na Ficha Cadastral Pessoa Jurídica, no campo "1 - DADOS PESSOAIS - Resumo Contrato Social / Administração / Objeto", consta a seguinte descrição da empresa: "Sociedade firma individual (...) sendo administrada pelos outorgados: Osvaldino Rodrigues de Souza e Ildivaldo Rodrigues de Souza."

c) Na Ficha Cadastral Pessoa Jurídica, no campo "3 - ADMINISTRADORES", constam como administradores outorgados os Srs. Osvaldino e Ildivaldo Rodrigues de Souza.

58. Ressalta-se que a empresa diligenciada CACIQUE DE CAFÉ SOLÚVEL, intimada a identificar a pessoa responsável pela intermediação dos negócios de compra e venda pela C. M. DE ANDRADE - ME, informou que a corretagem fora realizada pela empresa O R DE SOUZA CEREAIS ME, de propriedade de Osvaldino Rodrigues de Souza.

59. Restou, portanto, caracterizada a Sujeição Passiva Solidária dos Srs. OSVALDINO RODRIGUES DE SOUZA, CPF 536.953.219-20, e ILDIVALDO RODRIGUES DE SOUZA, CPF 585.489.049-68, em face do interesse comum na situação que constituiu o fato gerador ocorrido na empresa C. M. DE ANDRADE - ME, haja

vista o exercício efetivo de gerência e administração sobre os negócios da empresa, constatado durante o período em que foram verificadas as infrações descritas nesse Termo de Verificação e Constatação Fiscal. Tal situação, tipificada no art. 124, Lei 5.172/66 (Código Tributário Nacional), foi materializada em Termo de Sujeição Passiva Solidária.

(...)

De uma leitura detalhada do texto, fica patente que os impugnantes tinham interesse comum nos negócios da autuada, uma vez que, conforme demonstrado, em maior ou menor grau, deles se beneficiaram. Portanto, independentemente de lei específica nesse sentido, os impugnantes são solidariamente obrigados nos termos do art. 124, inciso I, do CTN.

Assim, não há como dar razão às recorrentes.

Isso posto, voto por manter a responsabilidade tributária atribuída aos coobrigados.

3 CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto por rejeitar as arguições de nulidade e, no mérito, dar provimento parcial aos recursos voluntários, reduzindo a penalidade aplicada a 112,5%, mantendo, ainda a responsabilidade tributária atribuída aos coobrigados.

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Relator